





ЮЖНЫЙ
ФЕДЕРАЛЬНЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ НА ЮГЕ РОССИИ: вчера, сегодня, завтра

МАТЕРИАЛЫ
НАУЧНО-
ПРАКТИЧЕСКОЙ
КОНФЕРЕНЦИИ



ЮРИДИЧЕСКИЙ
ФАКУЛЬТЕТ РГУ-ЮФУ:
1947–2012



65 лет



ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ НА ЮГЕ РОССИИ: вчера, сегодня, завтра

МАТЕРИАЛЫ
НАУЧНО-
ПРАКТИЧЕСКОЙ
КОНФЕРЕНЦИИ



ЮРИДИЧЕСКИЙ
ФАКУЛЬТЕТ РГУ-ЮФУ:
1947-2012



Ростов-на-Дону – 2013

ББК 67.0
Ю70

Ответственный за выпуск:
кандидат юридических наук, доцент Т. С. ЯЦЕНКО

Члены редколлегии:
доктор юридических наук, профессор Н. С. БОНДАРЬ,
доктор юридических наук, профессор Л. И. ВОЛОВА,
кандидат юридических наук, профессор В. Т. ГАЙКОВ,
кандидат юридических наук, доцент И. П. ЗИНОВЬЕВ,
доктор юридических наук, профессор А. А. ЛУКЬЯНЦЕВ,
доктор юридических наук, профессор В. Я. ЛЮБАШИЦ,
доктор юридических наук, профессор Ю. А. ЛЯХОВ,
доктор юридических наук, профессор Ж. И. ОВСЕПЯН

Ю70 Юридическое образование на юге России: вчера, сегодня, завтра: Материалы научно-практической конференции, посвященной 65-летию юридического факультета РГУ–ЮФУ. Ростов н/Д: Изд-во ЮФУ, 2013. 502 с.

ББК 67.0

ISBN 978-5-905468-15-5

Данный сборник материалов научно-практической конференции посвящен 65-летию юридического факультета РГУ–ЮФУ. В работе конференции приняли участие ученые, преподаватели, магистранты и студенты Южного федерального университета, а также ряда вузов — партнеров ЮФУ. На пленарном заседании были рассмотрены актуальные проблемы современного конституционно-правового развития России. На секционных заседаниях были представлены научные сообщения, касающиеся правовых, исторических, политологических и других проблем юриспруденции.

Издание предназначено для студентов, магистрантов, аспирантов и преподавателей юридических факультетов.

СОДЕРЖАНИЕ

РАЗДЕЛ I. ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ НА ДОНУ: ВЧЕРА, СЕГОДНЯ, ЗАВТРА

<i>Лях С. М.</i> Юридическому факультету Южного федерального университета 65 лет	12
<i>Баглай М. В.</i> Лет много, но молодость не прошла...	17
<i>Бондарь Н. С.</i> Юридическое образование — конституционная ценность нашей жизни: ностальгия по прошлому, надежды на будущее...	18
<i>Кехлеров С. Г.</i> Дорожить знаниями и уметь их применять...	27

РАЗДЕЛ II. ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКЕ: ТЕОРИЯ, МЕТОДОЛОГИЯ, ПРАВотВОРЧЕСКАЯ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА

СЕКЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

<i>Анохин В. С.</i> Значение конституционных принципов правосудия для организации судебной власти	32
<i>Болдырев С. Н.</i> К вопросу о приемах юридической техники	38
<i>Верещак А. Н.</i> Конституционное регулирование обязанностей граждан (подданных) в мусульманских странах	42
<i>Волченко В. Н.</i> Концепция современной модели модернизации избирательного законодательства в РФ	45
<i>Дригола Э. В.</i> Сфера миграции как предмет правового регулирования	48
<i>Izdebski Hubert.</i> “Administration of Justice” (“Wymiar Sprawiedliwości”) in the Light of the Constitution of the Republic of Poland	51
<i>Косачев А. С.</i> Контрольные полномочия и процедуры в Законодательном Собрании Ростовской области: законодательство и практика	54
<i>Кузнеценкова В. Е.</i> Актуальные вопросы налогового процесса	57
<i>Мартюшова В. А.</i> Новеллы применения Конституционным Судом Российской Федерации норм международного права об основных правах и свободах	60
<i>Негодаева Е. Г.</i> Агентство по страхованию вкладов как юридическое лицо публичного права	63
<i>Овсепян А. Г.</i> Парламентский контроль как разновидность конституционного контроля	66

<i>Овсепян Ж. И.</i> О поправках к Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 г. в период с 1996 по 2012 гг. К вопросу о соотношении динамизма и стабильности Основного Закона государства в современной российской практике	69
<i>Рассыльников И. А.</i> Парламент Российской Федерации как субъект федерального бюджетного процесса	72
<i>Рудая Ю. Н.</i> Актуальные проблемы регулирования экономического развития.	75
<i>Сиражудинова С. В.</i> Актуальные правовые и социологические проблемы Северного Кавказа	77
<i>Третьяков И. А.</i> Конституционное право человека и гражданина на обращение: законодательство и практика реализации в Ростовской области.	81
<i>Юркова Т. Н.</i> Судебная защита основных конституционных прав и свобод иностранцев в России и других странах СНГ	83

СЕКЦИЯ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Андреев Н. Ю.</i> Государственно-правовой идеал Н. И. Черняева.	87
<i>Баранов П. П.</i> Актуальные проблемы модернизации российского законодательства на современном этапе	90
<i>Барсукова В. Н.</i> Уважение прав и свобод человека и гражданина как неотъемлемая составляющая принципа уважения в деятельности государственного аппарата	94
<i>Диновский Д. Н.</i> Историко-правовое наследие академика И. А. Малиновского в совершенствовании юридического образования Украины и России	98
<i>Иванников И. А.</i> Государство и право России начала XXI века: проблемы и предложения	100
<i>Казачанская Е. А.</i> Уголовное законодательство России и Франции о посягательстве на половую неприкосновенность детей (к истории вопроса).	104
<i>Каплина Г. А.</i> Синергетическая методология в теории права: инструменты и перспективы применения	105
<i>Кравцов Н. А.</i> Деятельность греческих тиранов в области искусства.	107
<i>Левченков А. И.</i> Неэффективное право в государствах переходного типа: случайность или закономерность.	110
<i>Любашниц В. Я.</i> Глобализация и её влияние на развитие современного государства и права.	113
<i>Маримова И. В.</i> Конституционная Хартия Царства Польского, ее создание и значение для развития российской государственности	119
<i>Романенко В. Б.</i> Разделение властей в современном государстве: проблемы теории и истории	122

<i>Саркисова Н. А.</i> Модернизация институтов политической системы российского общества: проблемы теории	126
<i>Серегин А. В.</i> Юридическое содержание республиканской формы государственного правления	129
<i>Скрынник А. М.</i> Проблемы качественной подготовки, переподготовки, повышения квалификации бакалавров, специалистов, магистров юриспруденции и подготовки научных кадров в сфере международного и российского морского права	132
<i>Стетюха М. П.</i> К вопросу об универсализации сексуальных прав человека	137
<i>Филимонова Е. А.</i> К вопросу об интернационализации системы высшего образования ...	140

СЕКЦИЯ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА

<i>Барциц И. Н.</i> Возможно ли эффективное управление при демократии?	142
<i>Георгиева Т. П.</i> О некоторых вопросах реализации реформы местного самоуправления в РФ	148
<i>Гурнак Е. В.</i> Правовые гарантии реализации прав населения в сфере муниципального градостроительства	150
<i>Джагарян А. А.</i> Социальная государственность в условиях современного конституционализма: проблемы правопонимания	151
<i>Джагарян Н. В.</i> Муниципальная представительная демократия в России: к обоснованию конституционной доктрины	158
<i>Дмитриева Е. А.</i> Значение института муниципальных услуг в нормативно-правовом механизме реализации прав граждан по месту жительства	163
<i>Дончевский Г. Н.</i> Современные технологии управления как платформа для взаимопроникновения экономической и юридической мысли	166
<i>Колесников Ю. А.</i> Развитие российского бюджетного федерализма на современном этапе: теория и практика	168
<i>Юсов С. В.</i> Развитие избирательной системы России в условиях модернизации государственности	172
<i>Капанова Ю. В.</i> Межэтническая толерантность и равноправие	177

РАЗДЕЛ III. МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И РОССИЙСКАЯ ПРАВОВАЯ СИСТЕМА

СЕКЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

<i>Бойко А. И.</i> Международный уголовный суд: идея создания, практика реализации и последствия	182
---	-----

<i>Василенко Е. В.</i> Концепция выделения международного природоресурсного права в системе международного права	187
<i>Волова Л. И.</i> Интеграционные объединения как участники международных экономических отношений.	193
<i>Козлов Д. В.</i> Внесудебный порядок разрешения коммерческих споров с участием иностранных лиц	198
<i>Коссе А. А.</i> Механизм правового регулирования международных транспортных отношений.	203
<i>Крыгина И. А.</i> Международные валютные правоотношения как средство оптимизации механизма валютного регулирования в современных условиях	208
<i>Паутова О. С.</i> Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений	213
<i>Рыбак С. В.</i> Дискриминация по признаку религиозной принадлежности: международно-правовой аспект	217
<i>Шиянов А. В.</i> Особенности применения Договора к Энергетической хартии (ДЭХ)	222

РАЗДЕЛ IV. ЦИВИЛИСТИКА КАК СФЕРА РАЗВИТИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

СЕКЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

<i>Лукьянцев А. А.</i> О гражданско-правовом содержании юбилейного развития юридического факультета ЮФУ	228
<i>Аксюк И. В.</i> Содержание защиты гражданских прав	232
<i>Андреев Ю. Н.</i> О некоторых проблемах права собственности	238
<i>Бабичева М. М.</i> Справедливость цены в гражданско-правовых отношениях на примере договоров поставки нефте- и газопродуктов трубопроводным транспортом	242
<i>Бакаева И. В.</i> Нематериальные блага и личные неимущественные отношения в предмете гражданско-правового регулирования: доктрина и законодательство	245
<i>Барков А. В., Барков Р. А.</i> Завещательная правосубъектность как методологическая и научно-теоретическая категория	249
<i>Берекчиян Н. И.</i> К вопросу о предмете договора подряда на выполнение кадастровых работ	254
<i>Гильфанова Д. М.</i> Существенный недостаток и его влияние на права потребителей технически сложных товаров	258
<i>Джиоева Е. Г.</i> Ответственность железнодорожного перевозчика за невыполнение принятой заявки	262
<i>Дмитриева О. В.</i> Некоторые проблемы соотношения видов и форм гражданско-правовой ответственности	265
<i>Долинская В. В.</i> Юридическая периодика, наука и образование	269

<i>Ераносян Э. А.</i> Правовая природа ответственности за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя	272
<i>Зумбулдизе Р.-М. З.</i> Признаки обычая как источника гражданского права	274
<i>Иванов В. И., Харитонова Ю. С.</i> Нетипичные субъекты права в свете теории конвергенции частного и публичного права	278
<i>Каширина Т. В.</i> Односторонний отказ от исполнения и одностороннее изменение условий дистрибьюторского договора	281
<i>Кобыляцкий Д. А.</i> Вопросы защиты прав на произведения в сети Интернет, опубликованные на условиях открытой лицензии	283
<i>Кравцова Л. Н.</i> К вопросу о гражданской правосубъектности	287
<i>Михайленко О. В.</i> О необходимости усиления ответственности собственников источников повышенной опасности	293
<i>Муравьева Е. В.</i> Дефекты оказания медицинской помощи: правовая квалификация ятрогении и врачебной ошибки	296
<i>Нуриева Э. М.</i> Особенности применения гражданско-правовых норм в гражданском и арбитражном процессуальном законодательстве на примере гражданско-правовой ответственности	302
<i>Орлянкина Е. К.</i> Проблемы классификации прав участников (учредителей) юридических лиц в проекте Федерального закона «О внесении изменений в Гражданский кодекс РФ»	303
<i>Рузанова В. Д.</i> Вопросы общей теории систем в аспекте системности гражданского законодательства	306
<i>Селиванова Е. С.</i> О новом подходе к формированию жилищного фонда социального использования	309
<i>Танага А. Н.</i> Правовая природа регрессных требований	314
<i>Тарасова А. Е.</i> Развитие положений гражданского законодательства РФ и доктрины гражданского права о правосубъектности, правоспособности и дееспособности граждан	317
<i>Ткаченко Т. В.</i> Совершенствование законодательства РФ об обеспечении жильем сотрудников органов внутренних дел РФ и членов их семей	322
<i>Тужилова-Орданская Е. М.</i> Защита владения: опыт законодательства континентальных государств	327
<i>Федянин Ю. М.</i> К вопросу о гражданско-правовом режиме иностранных инвестиций	329
<i>Ходакова Д. А.</i> Залог исключительных прав	330
<i>Хохлов В. А.</i> Особенности договоров соавторства	333
<i>Цыбуленко З. И.</i> Совершенствование норм гражданского законодательства России на современном этапе	337

<i>Чурочкина О. С.</i> Общие проблемы правового регулирования потребительского кредитования в Российской Федерации.	341
<i>Яценко Т. С.</i> Гражданско-правовые меры стимулирования социально полезного поведения участников имущественного оборота.	345

СЕКЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

<i>Афанасьев С. Ф., Филимонова М. В.</i> Единообразие в понимании правовой терминологии как условие правильного толкования норм (на примере законодательства об исполнительном производстве).	350
<i>Бахарева О. А.</i> Производство по делам о временном размещении гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении.	353
<i>Борисова В. Ф.</i> Реформирование науки и преподавания гражданского процессуального права.	356
<i>Джаникян М. В.</i> Лица, не привлеченные к участию в деле, вопрос о правах и обязанностях которых был разрешен судом в гражданском процессе.	359
<i>Зайцев А. И.</i> Порядок приведения к принудительному исполнению решения третейского суда в XIX–XX веках.	361
<i>Невский И. А.</i> О соотношении предусмотренных законодательством РФ несудебных способов урегулирования споров.	365
<i>Симонян С. Л.</i> Новеллы в правовом регулировании производства по делам, возникающим из публичных правоотношений.	367
<i>Смагина Е. С.</i> К вопросу о порядке апелляционного обжалования определений суда первой инстанции в гражданском процессе.	368
<i>Соловьева Т. В.</i> Отдельные проблемы исполнительного производства РФ в решениях ЕСПЧ.	374
<i>Ткачёва Н. Н.</i> Студенческая конференция как предпосылка развития науки гражданского процесса.	377
<i>Шевченко М. А.</i> Роль секретаря судебного заседания и председательствующего судьи при составлении протокола судебного заседания.	378

СЕКЦИЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

<i>Абалдуев В. А.</i> Обоснованное изменение трудового договора и иных условий труда работников: необходима новая концепция закона.	383
<i>Аверьянова М. И.</i> Допуск к педагогической деятельности как условие заключения трудового договора с учителями.	388
<i>Акопов Д. Р.</i> О коллизии норм части 2 статьи 331 Трудового кодекса РФ	

и части 6 статьи 86 Уголовного кодекса РФ	392
<i>Адриановская Т. Л.</i> Оплата труда государственных гражданских служащих	394
<i>Бердычевский В. С., Бердычевская С. В.</i> Надзор органов прокуратуры за соблюдением конституционных прав, свобод и законных интересов работников в сфере труда	397
<i>Гейфтер Ю. А.</i> Обеспечение приоритетного трудоустройства граждан РФ: современное состояние проблемы и пути ее решения	402
<i>Долова А. З.</i> Судебное решение — основание для заключения трудового договора	404
<i>Еремина С. Н.</i> Служебный контракт как форма реализации права на труд	407
<i>Калиберда Т. М.</i> Отдельные вопросы правового регулирования труда работников пассажирского хозяйства железнодорожного транспорта	412
<i>Кокова Л. Р.</i> Порядок исчисления сроков в трудовом праве	416
<i>Курьлёва О. С.</i> Административный штраф и проблемы материальной ответственности работников	419
<i>Митрошкина Ю. Ю.</i> К вопросу о содержании понятия «конституционный принцип социального обеспечения»	422
<i>Мотина Е. В.</i> Некоторые проблемы охраны коммерческой тайны в трудовых правоотношениях	425
<i>Неверова А. С.</i> Генезис законодательства об охране труда РФ и США: общее и особенное	426
<i>Степанова Е. А.</i> Судебное усмотрение при разрешении трудовых споров и его пределы	429
<i>Сулейманова Г. В.</i> Договорное регулирование в сфере трудоустройства и занятости . . .	432
<i>Нискогуз Н. Б.</i> Основания и условия возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту	434

**РАЗДЕЛ IV. ПРАВОСУДИЕ.
УГОЛОВНО-ОХРАНИТЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ**

СЕКЦИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

<i>Гайков В. Т.</i> Кафедра уголовного права и криминологии: прошлое и современность . . .	440
<i>Корецкий Д. А.</i> Проблемы взаимодействия юридической науки и практики в начале XXI века	443
<i>Куринова Я. И.</i> Криминологическая характеристика лиц, обращающихся за помилованием (на материалах Комиссии по помилованию Ростовской области)	445
<i>Саядян С. Г.</i> Межотраслевая природа института отсрочки	448

<i>Тищенко Е. В.</i> Охрана здоровья: экспансия уголовного права	450
<i>Чурляева И. В.</i> Уголовное право на пути к потерпевшему	453

СЕКЦИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И КРИМИНАЛИСТИКИ

<i>Антипова Н. Т.</i> Прения сторон, речь государственного обвинителя	456
<i>Балашова М. А.</i> Рассмотрение прокурором дела, поступившего с обвинительным заключением.	459
<i>Водяник Е. А.</i> Привлечение специалиста защитником в уголовном процессе	463
<i>Воронцов С. А.</i> О необходимости модернизации системы подготовки студентов юридических факультетов вузов	466
<i>Гладышева О. В.</i> Законные интересы потерпевшего и их обеспечение в досудебном производстве	469
<i>Капранов А. В.</i> Контроль в уголовном судопроизводстве	473
<i>Корнишина О. А.</i> Проблемы производства неотложных следственных действий при осуществлении предварительного следствия по уголовному делу	475
<i>Луценко О. А.</i> Следственная ситуация как основополагающая компонента следственной тактики	477
<i>Ляхов Ю. А.</i> Кафедра уголовного процесса и криминалистики	480
<i>Ляхов Ю. А.</i> Отстоять демократические основы модернизации российского уголовного процесса	481
<i>Малиненко М. К.</i> Прокурорский надзор за соблюдением прав и свобод граждан при производстве предварительного следствия, применяемыми мерами процессуального принуждения.	486
<i>Подопригора А. А.</i> К вопросу о реабилитации по делам частного обвинения	489
<i>Семенцов В. А.</i> О соотношении надзорных полномочий прокурора и процессуальной самостоятельности следователя	492
<i>Цыганенко С. С.</i> Вопросы развития системы российского уголовного процесса	496





РАЗДЕЛ I




*Юридическое
образование на Дону:
вчера, сегодня,
завтра*





ЮРИДИЧЕСКОМУ ФАКУЛЬТЕТУ ЮЖНОГО ФЕДЕРАЛЬНОГО УНИВЕРСИТЕТА 65 ЛЕТ

В 2012 году мы отметили 65-летие с того дня, когда юридический факультет тогда еще Ростовского университета распахнул двери для своих первых студентов. 65 лет — немалый срок, тем более если учесть, что традиции высшего юридического образования Ростовский государственный университет воспринял от своих предшественников — Императорского Варшавского университета (1869–1915), Донского, а потом Северо-Кавказского университета.

После начала Первой мировой войны и эвакуации университета из Варшавы 27 ноября 1915 года состоялось его торжественное открытие в г. Ростове-на-Дону, а 1 декабря 1915 года начались учебные занятия на всех четырех факультетах.

Достаточно скоро на юридическом факультете сложился сильный коллектив высококвалифицированных преподавателей, особенно выделялись такие ученые, как профессор Ф.Ф. Зигель (декан факультета, преподавал историю славянского законодательства), В.В. Есипов (уголовное право), П.В. Верховской (церковное право), В.А. Гаген (полицейское право), А.А. Вилков (финансовое право) и др. В 1917 г. к ним присоединился в Ростове профессор А.А. Алексеев (государственное право), Т.М. Яблочков (гражданское судопроизводство), Г.М. Колоножников (гражданское право), в 1920 году — профессор А.М. Ладыженский, С.И. Живаго, А.В. Соловьев.

Юристов готовили преподаватели «старого образца». В марте 1922 г. В.И. Ленин писал, что «почти пять лет спустя после завоевания политической власти пролетариатом в его, пролетариата, государственных школах и университетах учат (вернее, развращают) молодежь старые буржуазные ученые старому буржуазному хламу» [1, с. 52].

Нехватка марксистских профессорских кадров была причиной проведения концентрации юридических вузов в университетах — Московском, Ленинградском и некоторых других вузах с одновременным закрытием вузов, готовящих юристов.

В 1924 г. правовое отделение факультета общественных наук Ростовского университета в связи с общей ситуацией с высшим юридическим образованием в стране было закрыто.

6 октября 1946 г. министр образования СССР С. В. Кафтанов представил А. А. Жданову докладную записку «О состоянии высшего юридического образования» [2], где указал на то, что выпускники вузов не покрывают потребности органов юстиции, суда и прокуратуры в специалистах-юристах, что значительное число работников этих орга-

нов не имеют юридического образования. Так, из числа работников Верховных судов союзных республик лишь 52,5% имели высшее юридическое образование, из членов областных (краевых) судов — 24,3%, из народных судей — 8,4%. Аналогичная ситуация имела место и в прокуратуре.

11 апреля 1947 г. был издан приказ министра высшего образования СССР №283, согласно которому в Ростовском государственном университете им. В.М. Молотова открылся с 1 сентября того же года юридический факультет. С этой даты и начинается современная история юридического факультета ЮФУ после его воссоздания в рамках РГУ.

Первым деканом факультета был назначен М.А. Тарасов, на факультете начали работать профессор Д.М. Каушанский и Г.М. Колоножников, Н.Н. Паше-Озерский, А.М. Ладыженский, пришедшие с практической работы П.Т. Некипелов, И.И. Малхазов.

Среди наиболее успевающих студентов юридического факультета первых лет были Е.М. Аكوпова (впоследствии ставшая профессором, доктором юридических наук, заведующей кафедрой трудового права РГУ), И.С. Вишневская (ставшая профессором кафедры гражданского права РГУ), В.В. Кульчихин (долгие годы работавший в органах государственной безопасности и впоследствии доцентом кафедры уголовного процесса и криминалистики), П.П. Баранов (в последующем видный сотрудник прокуратуры Ростовской области).

В 1950-е годы преподавательский состав факультета стал пополняться своими выпускниками, а также молодыми преподавателями, защитившими кандидатские диссертации вскоре после начала своей карьеры на факультете: К.Г. Федоровым, И.Ф. Рябко, Н.М. Минасяном, Б.Н. Габричидзе, М.Н. Кулажниковым, Е.И. Филипповым, Е.М. Акоповой, А.Т. Гужиним, Н.Н. Сазоновым.

В 1960–70-е годы на факультете трудились многие известные российские ученые: В.Т. Гайков, К.М. Коркмасова, Э.В. Лисневский, Б.Я. Токарев, А.А. Пушкаренко, Ф.К. Голомидов, В.А. Ржевский (ставший впоследствии основателем признанной в России ростовской школы конституционного права).

Самой многочисленной была кафедра гражданского права и процесса. Она пополнилась выпускниками юрфака: Г.М. Каратыш, Л.А. Карпович, С.М. Дудниковым, И.А. Андриановым, И. С. Вишневской, Л.Н. Кравцовой, В.Н. Гапеевым, Е.И. Дулимовым, С.А. Зинченко, А.А. Григоровым. Кафедра уголовного права и процесса пополнилась выпускниками факультета Б.Н. Звонковым, В.Г. Беляевым, Е.И. Демидовым, Ю.Н. Лукиным, практическими работниками В.А. Стремовским, В.П. Нажимовым.

В 1980–90-е годы на юридический факультет пришел В.Я. Любашиц, ставший заведующим кафедрой теории и истории государства и права, К.П. Краковский — известный ученый историк, исследовавший историю высшей правовой школы Варшавского, затем Донского и Ростовского государственного университета на протяжении двух веков.

Кафедра государственного и международного права приняла в свой состав Л.А. Симоняна, Н.С. Бондаря, Ж.И. Овсепян, кафедра гражданского права — В.Е. Стрегло, И.В. Бакаеву, А.А. Лукьянцева, В.А. Лапача, И.П. Зиновьева.

Новые сотрудники появились и на кафедре криминалистического цикла — Н.Г. Шимбарева, Е.Г. Щербакова, Ю.А. Ляхов, С.С. Цыганенко, Н.Н. Апостолова.

В настоящее время кадровый состав штатных преподавателей факультета насчитывает 96 человек, из них 86,5% имеют ученую степень и ученое звание. Среди них 11 докторов юридических наук: Н.Н. Апостолова, Н.С. Бондарь, Л.И. Волова, И.А. Иванов, А.А. Лукьянцев, Ю.А. Ляхов, В.Я. Любашиц, Ю.А. Колесников, Г.А. Мисник, Ж.И. Овсепян, С.С. Цыганенко.

Образовательный процесс осуществляется 8 кафедрами: теории и истории государства и права; государственного (конституционного) права; муниципального права и природоохранного законодательства; международного права; гражданского права; гражданского процессуального и трудового права; уголовного права и криминологии; уголовного процесса и криминалистики.

На факультете удачно сочетаются молодость и опыт. Штатными сотрудниками стали молодые ученые: Н.В. Джагарян, А.М. Разогреева, А.С. Серегин, Е.А. Степанова, К.В. Степанов, Т.С. Яценко.

В настоящее время на юридическом факультете осуществляется подготовка специалистов по специальности «Юриспруденция» по четырем специализациям: государственно-правовой; гражданско-правовой; уголовно-правовой; международно-правовой, а также бакалавров по трем направлениям: государственно-правовой; гражданско-правовой; уголовно-правовой.

С переходом к многоуровневой системе образования факультет стал готовить магистров по направлению «Юриспруденция» по следующим программам:

- Предпринимательское право. Международное частное право (бизнес-юрист);
- Государственная власть и человек (гражданин) в конституционной, административной и финансово-налоговой системах России;
- Муниципальное право и управление;
- Эффективная правовая политика и институты гражданского общества;
- Теория и практика международного права;
- Судебная власть;
- Уголовная юстиция;
- Ювенальная юстиция.

Профессорско-преподавательский состав факультета принимает активное участие в научно-исследовательской работе.

Высокий интеллектуальный потенциал коллектива факультета позволил разработать комплексные научные направления, имеющие федеральное и региональное значение. Так, сотрудники факультета ведут научные исследования в рамках общего научного направления «Конституционные основы осуществления безопасности, прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации». Каждая кафедра в рамках данной проблематики выполняет научные исследования в пределах своей специализации:

- кафедра уголовного процесса и криминалистики — по проблеме «Судебная власть и уголовное судопроизводство»;
- кафедра уголовного права и криминологии — «Уголовно-правовые, уголовно-исполнительные и криминологические проблемы защиты прав и свобод человека и гражданина. Обеспечение национальной безопасности средствами уголовного права в условиях глобализации мирового сообщества»; «Криминальная

ювенология: уголовно-правовая, уголовно-исполнительная, криминологическая исследовательская перспектива»;

■ кафедра муниципального права и природоохранного законодательства — «Общетеоретические (фундаментальные) проблемы государственного и муниципального права»;

■ кафедра гражданского права — «Проблемы частноправового регулирования обязательств и способы их обеспечения»;

■ кафедра гражданского процессуального и трудового права — «Защита субъективных гражданских прав и законных интересов граждан и организаций. Проблемы межотраслевых связей трудового права»;

■ кафедра государственного (конституционного) права — «Развитие систем конституционного, административного и финансового права как отраслей российского права»;

■ кафедра международного права — «Актуальные проблемы международного права. Актуальные проблемы международного частного права. Международное экономическое право. Международное процессуальное право»;

■ кафедра теории и истории государства и права — «Анализ становления и развития государственно-правовых институтов: проблемы теории и истории».

На каждой кафедре факультета есть своя летопись достижений, свой календарь замечательных событий. Все эти отдельные фрагменты органично вплетаются в единое монументальное полотно, имя которому — юридический факультет Южного федерального университета.

За последние десятилетия ученые юридического факультета опубликовали в зарубежных изданиях, в центральной и местной печати более 4 тыс. работ, в том числе более 200 монографий и крупных учебных пособий, защитили более 30 докторских и 100 кандидатских диссертаций. Традиционным стало проведение на юридическом факультете международных, всероссийских и региональных научных и научно-практических конференций.

За последнее десятилетие на факультете было подготовлено более 3 тыс. юристов-специалистов.

Профессиональное продвижение выпускников можно охарактеризовать как весьма успешное. Достаточно указать фамилии некоторых из них: М.В. Баглай — экс-председатель Конституционного Суда РФ; Н.С. Бондарь — судья Конституционного Суда РФ и одновременно заведующий кафедрой муниципального права и природоохранного законодательства, председатель диссертационного совета; Н.В. Мельников — судья КС РФ; С.Г. Кехлеров — заместитель Генерального прокурора России; В.Н. Ткачев — председатель Ростовского областного суда, П.П. Баранов — бывший начальник РЮИ МВД РФ; Д.П. Баранов — долгие годы работавший президентом адвокатской Палаты Ростовской области; Н.В. Федоренко — бывший председатель Арбитражного Суда Ростовской области; Д.А. Корецкий — профессор, доктор юридических наук, член Союза российских писателей; А.З. Анкваб — президент Республики Абхазия; Д.Ю. Шапсугов — директор Южного филиала Института государства и права Российской академии наук, директор центра правовых исследований Южно-Российского

института-филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ; Ю.В. Попов — руководитель Следственного управления Следственного комитета РФ по Ростовской области; А.Н. Бондарь — заместитель Председателя Арбитражного суда г. Москвы; Н.Н. Мисник — заместитель председателя 15-го арбитражного апелляционного суда.

На базе юридического факультета ЮФУ создан учебно-методический совет по юридическому образованию ЮФО.

Более десяти лет на факультете функционирует диссертационный совет.

Будущее факультет видит в дальнейшем усилении интеграции науки, учебного процесса и правоприменительной практики, в решении задач подготовки квалифицированных работников для правоохранительных, судебных, государственных и муниципальных органов.

Думаю, что выражу общее мнение, если скажу, что в каждом сотруднике, каждом преподавателе, студенте и выпускнике нашей Alma Mater есть своеобразный и неповторимый дух, которым прониклись все мы за годы учебы и работы в университетских стенах.

Говорят, что профессия юриста не может быть сравнима с другими профессиями; о ней нельзя сказать, что она лучше или хуже других, поскольку она уникальна. И эта ее уникальность состоит в том, что именно юристам народ доверил право защищать, быть может, самое главное благо цивилизации — справедливость. В этом смысле наша главная миссия на грядущие 65 лет — сохранить среди граждан уверенность в том, что у справедливости есть надежные и квалифицированные защитники.





ЛЕТ МНОГО, НО МОЛОДОСТЬ НЕ ПРОШЛА...

Вот уже 63 года, как я нахожусь в родстве с юридическим факультетом РГУ им. В.М.Молотова — легко догадаться, следовательно, что я поступил в Университет в 1949 году. Тогда это был совсем молодой факультет. Он начинал свою деятельность без достаточного числа профессиональных преподавателей, но этот недостаток был быстро восполнен путем приглашения на работу талантливых молодых ученых из Москвы — К.М. Симиса, Н.В. Черноголовкина, А.Б. Сахарова, Н.А. Тепловой и других. Но и многие преподаватели-ростовчане были на высоте — М.А. Тарасов, И.И. Малахов, историк Соловьев и др. Во всяком случае, когда после окончания факультета я приехал в Москву поступать в аспирантуру Института права АН СССР, то отнюдь не ощущал себя сколь-нибудь ущербным по сравнению с другими абитуриентами. Даже наоборот.

Задним числом легко говорить, что наше государство в те годы было недемократическим, а право — вообще не правом, а черт знает чем, т.е. лишенным институтов защиты прав граждан, утверждающего некое царство беззакония и оправдание репрессий. Государство и право действительно были далеки от демократии, но я что-то не припомню, чтобы наши преподаватели упоенно вещали о прелестях тоталитаризма (если, конечно, не иметь ввиду «служителей культа» — преподавателей истории КПСС и истмата). Это были демократические люди, прививавшие нам уважение к законности и справедливости. Наша юридическая наука через много лет не случайно подошла к моменту перестройки в стране гораздо более демократически подготовленной к реформам, чем другие общественные науки.

Часто говорят, что высшее образование — это то, что остается в человеке, когда обучение уже окончено. Смею сказать, что эта великая истина доказана жизнью многих моих коллег по университету. Мне лично хватило базовых знаний, когда я стал профессором ряда высших учебных заведений, председателем Конституционного Суда РФ, в спорах и дискуссиях о демократии, правовом государстве, защите прав человека. Ах, как завидна участь тех студентов, которые сумеют в дальнейшем по-хозяйски распорядиться своими знаниями и будут всегда верны традициям нашего юридического факультета — этого замечательного дома науки, в замечательном городе; факультета, родившегося 65 лет назад, но остающегося и поныне молодым и сильным.



ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ — КОНСТИТУЦИОННАЯ ЦЕННОСТЬ НАШЕЙ ЖИЗНИ: НОСТАЛЬГИЯ ПО ПРОШЛОМУ, НАДЕЖДЫ НА БУДУЩЕЕ...

Научно-практическая конференция, посвященная 65-летию юбилею юридического факультета Ростовского государственного университета (ныне — Южного федерального университета), располагает к анализу заявленной темы не в абстрактном плане (пусть даже с определенным наполнением научными, теоретическими идеями), а, прежде всего, с позиций *личного восприятия проблем юридического образования*, как в своей Alma Mater, так и во всей вузовской системе отечественного образования, переживающего в последние годы (и уже не одно десятилетие) не лучшие свои времена.

Такая постановка вопроса вполне естественна: все мы — вчерашние и сегодняшние преподаватели, нынешние и бывшие студенты юридического факультета — независимо от того, где и в каком качестве работаем — отнюдь не гости на юбилее своего факультета. Это общий для нас праздник, праздник юридических знаний. Мы — «прихожане» нашего общего *Храма юридического образования*, который как и многие десятилетия назад находится в сакральном для нас месте — городе нашей юности Ростове-на-Дону, на улице Максима Горького, 88.

Деканы факультета (как и ректоры университета) приходят и уходят, меняются вывески на здании университета, а образ Храма знаний пребывает в неизменном состоянии. И это сравнение (учебного заведения с храмом) не случайно. Ведь университет, как и молитвенное помещение, — не просто здание. Здание, предназначенное для богослужений, становится намоленным, преображается в подлинный Храм только со временем, впитав в себя и энергетику проповедей, звучащих под его сводами, и боль души кающихся грешников, и эмоциональный заряд, мечты стремящихся сюда верующих. То же относится и к учебным аудиториям юридического факультета на ул. М. Горького, 88, независимо от их состояния (кстати, далеко не всегда соответствующего их высокому предназначению).

Эти стены десятилетиями пропитывались неповторимой атмосферой юриспруденции, в основе которой всегда была (независимо от политического климата за окном) вера в *Добро* и *Справедливость*, вера в торжество *Права*. И эта вера (пусть, порой, и несколько наивная, не всегда соответствующая реалиям повседневной юридической жизни) была, есть и, хочется надеяться, будет общей, единой, как для тех, кто препода-

дает на юридическом факультете, так и для тех, кто пришел в нашу Alma Mater, стремясь к знаниям.

Сложный путь преодолел за эти 65 лет наш факультет, впрочем, как и сам университет (который в новом качестве едва перешагнул шестилетний рубеж). Впрочем, такие подсчеты едва ли уместны — слишком уж прямолинейна эта арифметика. История юридического факультета и, соответственно, всего юридического образования на Дону, равно как и история университетского образования, — единый, непрерывный процесс его развития: поначалу в составе Императорского Варшавского университета (оказавшегося волею исторических судеб в 1915 году в Ростове-на-Дону), а затем Донского, Северо-Кавказского, Ростовского государственного и, наконец, Южного федерального университета. Каждый из этих этапов и зигзагов (последние тоже были и, к сожалению, не канули в прошлое) — неотъемлемая часть его эволюции, его целостной образовательно-профессиональной биографии.

В силу особенностей самой своей природы наука и образование являются, пожалуй, наиболее консервативными сферами социальной жизни. *Непрерывность, последовательная преемственность — важнейшее условие и предпосылка успешного развития образования вообще и юриспруденции, в частности.* В этом смысле непродуманные перемены (в т.ч. под лозунгом модернизационных преобразований и реформ, могут вступить в противоречие с национально-историческими традициями в области образования, привести к утрате ранее достигнутого. Вот уж поистине — *не все новое является прогрессом!*

С учетом этих соображений представляется обоснованным понимание юридического образования как конституционной ценности, что предопределяет в конечном счете и оценку отдельных направлений его реформирования. Известно, что лишь *цены конкретны* (в том числе и на так называемое «коммерческое» юридическое образование), а *ценности — абстрактны*. Проникновение в их сущностные характеристики неизбежно требует определенных интеллектуальных усилий и даже в юбилейные даты — не только комплиментарных оценок.

1. О ЦЕННОСТНЫХ ХАРАКТЕРИСТИКАХ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ: ЕДИНСТВО ПУБЛИЧНЫХ И ЛИЧНОСТНЫХ НАЧАЛ

Все мы, кто в разное время обучался на юридическом факультете, не могли не понимать, что профессиональная обязанность лиц, получающих юридическое образование и избравших своей профессией дело защиты закона, самым непосредственным образом связана как с охраной прав и свобод личности, безопасностью граждан, так и с защитой государственных интересов, отстаиванием публичных ценностей общества и государства. Поэтому, защищая закон на основе верховенства права, юристы призваны на профессиональной основе, обеспечивая охрану, находить баланс между публичными и частными конституционными ценностями.

Вместе с тем и само по себе юридическое образование является конституционной ценностью. Ведь известно, что «ценность» есть признание за соответствующим явлением (объектом) определенной полезности, объективно-субъективной необходимости. В этом плане через конституционную ценность раскрывается конституционная значи-

мость того или иного явления. Конституционная значимость юридического образования очевидна. Это проявляется в двух аспектах: а) публично-правовом и б) субъективном, личностном.

В публично-правовом плане юридическое образование, будучи включенным в общую систему профессионального образования страны, представляет собой важную сферу социальной государственности и одновременно государственной политики по подготовке юридических кадров для судебных, правоохранительных, иных государственных и муниципальных органов, субъектов хозяйственной деятельности и т.п. В этом качестве юридическое образование проявляет себя как составляющая одной из основ конституционного строя, институциональное средство кадрового обеспечения законности и правопорядка, защиты российской государственности.

В субъективно-личностном плане конституционная ценность юридического образования имеет двуединые характеристики, связанные, с одной стороны, с самой природой получаемого человеком юридического образования как конституционно значимого блага, являющегося результатом реализации гражданином права на образование. С другой же стороны, следует учитывать ориентацию профессиональной юридической деятельности, главным образом, на личность, защиту ее прав и свобод, составляющих высшую ценность российского конституционализма (ст. 2 Конституции РФ).

Это достаточно абстрактные, но важные характеристики, имеющие значение для уяснения самой природы и назначения юридического образования как конституционной ценности в современном демократическом государстве. Им соответствуют и особенности юридического, государственно-правового оформления данной конституционной ценности: а) как элемента основ конституционного строя (ст. 7 Конституции РФ) и б) как составляющей конституционного статуса личности (ст. 43 Конституции РФ).

Соответственно, государственная политика в сфере реформирования юридического образования, очевидно, должна быть *конституционно обоснованной*, целенаправленной, взвешенной, последовательной и системной; она должна проводиться с опорой на научно обоснованные, концептуально выверенные подходы. Ее конституционное измерение определяется не только закреплением в Конституции РФ основополагающих требований и гарантий в области образования (ст. 43 Конституции РФ), но и фактическим конституционно-правовым содержанием вопросов профессиональной деятельности юриста. В этой связи не случайно, что различные проблемы образования неоднократно становились предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ).

Поэтому характеристика юридического образования как конституционной ценности определяется не только Конституцией как актом, устанавливающим свод основополагающих ценностных ориентиров государственно организованного общества, но и решениями КС РФ. По состоянию на 1 октября 2012 г. КС РФ обращался к соответствующим вопросам (в различных аспектах), по крайней мере, в 54 решениях. Было принято 5 постановлений и 49 определений (2 из них — с позитивным содержанием). Инициаторами таких обращений выступали самые различные субъекты, включая как отдельных граждан (абитуриенты, студенты, представители профессорско-преподавательского состава вузов), так и сами вузы, а также другие органы и учреждения.

В концентрированном виде понимание юридического образования как конституционной ценности заключается в том, что *обеспечение надлежащего уровня подготовки юридических кадров — это, в конечном счете, проблема конституционной безопасности*, причем безопасности как общества и государства, так и каждой конкретной личности. Ведь конституционная безопасность есть ни что иное как состояние защищенности жизненных интересов личности, общества и государства на основе последовательного обеспечения верховенства права, баланса конституционных ценностей.

Что же касается того, в чем конкретно проявляется тот факт, что состояние юридического образования — вопрос конституционной безопасности, то на него наиболее исчерпывающий ответ дает сама жизнь. Очевидно, что с распадом Союза ССР, стихийным переходом к рынку, в том числе в сфере образования, возникли принципиально новые условия функционирования всех ранее действовавших образовательных систем, включая подготовку юридических кадров. Не ставя перед собой цель всестороннего анализа состояния современного отечественного юридического образования в условиях его перманентного реформирования, представляется все же целесообразным обратить внимание на отдельные, наиболее существенные его проблемы¹.

2. ОПАСНОСТИ, ПОДСТЕРЕГАЮЩИЕ РОССИЙСКОЕ ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ КАК КОНСТИТУЦИОННУЮ ЦЕННОСТЬ

Сегодняшние проблемы юридического образования в России накапливались длительное время, но особенно активно — в последние два десятилетия.

Среди этих проблем стало уже традицией на одно из первых мест ставить *бурный рост количества юридических вузов и факультетов*, особенно негосударственных вузов, и юридических факультетов в непрофильных вузах (педагогических, технических, медицинских). Об этом сейчас не говорит только ленивый. Но перемены пока незаметны. По данным Рособнадзора, в настоящее время в стране подготовку юридических кадров осуществляют около 1100 высших образовательных учреждений, а во всем Союзе ССР юристов готовили лишь 52 вуза (в США же в настоящее время, к слову сказать, действует около 200 аккредитованных школ права). Основная цель функционирования такого рода юридических учреждений далеко не всегда сугубо образовательная. Гораздо больше она подходит под название «образовательно-предпринимательской».

Сегодня эти проблемы уже осознаны на высшем политическом уровне и вызывают неприкрытую обеспокоенность со стороны государства. Не случайно именно юридическому образованию был посвящен специальный Указ Президента РФ от 26 мая 2009 года №599 «О мерах по совершенствованию высшего юридического образования в Российской Федерации»². В соответствии с ним была предусмотрена разработка, при содействии Ассоциации юристов России (АЮР), механизма общественной аккредитации федеральных государственных и негосударственных образовательных учреждений

¹ Более подробно см.: Бондарь Н. С. Российское юридическое образование как конституционная ценность: национальные традиции и космополитические иллюзии. М.: Юрист, 2013.

² См.: СЗ РФ. 2009. №22. Ст. 2698.

высшего профессионального образования, осуществляющих подготовку юридических кадров, которая в сочетании с поставленной тем же Указом задачей упорядочения процедур лицензирования образовательной деятельности и государственной аккредитации государственных и негосударственных образовательных учреждений должна была бы вывести на оптимальные показатели необходимого количества юридических вузов.

Остается лишь сожалеть о том, что многочисленные «решительные» заявления и предупреждения как представителей Минвуза, других государственных органов, так и АЮР, в адрес откровенно неэффективных юридических вузов не прекратили образовательно-юридический беспредел. Общественная аккредитация юридических вузов (с помощью АЮР) пока не дала сколько-нибудь заметных результатов (если, правда, не иметь в виду ее финансовые результаты...). При этом проявилась в чем-то «уникальная закономерность» современного развития юридического образования: количественные показатели числа юридических вузов оказались, в своей основе, обратно пропорциональными показателям качества юридического образования.

Эти проблемы существенно обостряются также с включением нашего юридического образования в Болонский процесс.

Нет сомнений, что интеграция в европейское и мировое образовательное пространство имеет объективные предпосылки и условия. Очевидно, однако, и то, что интеграционные процессы не могут быть одинаковыми и равномерными применительно ко всему образовательному пространству, без учета особенностей тех или иных специальностей. Так, например для профессий и специальностей, связанных со сферой бизнеса и предпринимательства, для естественных и технических направлений профессиональной деятельности, такая интеграция актуальна уже сегодня. Но является ли столь же назревшей эта задача (по крайней мере, по состоянию на сегодняшний день) для юристов, ориентированных в своей профессиональной подготовке прежде всего на изучение национального законодательства? Положительный ответ на этот вопрос, по крайней мере, не очевиден.

Говоря о состоянии юридического образования как о проблеме конституционной безопасности, в современных условиях, думается, есть основания обратить серьезное внимание на проблему соотношения национальных традиций в области юридического образования и зарубежного опыта, что в обобщенном виде может быть представлено как **соотношение национальных традиций и наднациональных (космополитических) начал в системе юридического образования.**

Остроту этому вопросу придает, в частности, то обстоятельство, что с момента, когда были подписаны документы о присоединении России к Болонскому процессу (2003 г.), получил некое идеологическое обоснование тезис о том, что главным направлением и целью реформы юридического образования является его унификация с Болонской системой. При этом основой такой унификации, которая якобы должна была бы позволить уже к 2010 году войти в европейское образовательное пространство, должна стать двухуровневая система «бакалавриат–магистратура».

Оценивая первые (предварительные) итоги вхождения в Болонский процесс отечественного юридического образования, нельзя не отметить, что Россия, не будучи участником экономических, финансовых и тем более политико-правовых интеграци-

онных процессов Евросоюза, которые лежали в основе интеграции образовательного пространства, сегодня оказалась... впереди Европы всей в части «всеобщей образовательной интеграции» и перевода юридического образования на двухуровневую систему «бакалавр–магистр».

Конечно, для полноты оценки этой проблемы надо было бы, прежде всего, представить особенности наших национальных образовательных традиций, соотнести их с зарубежным опытом и требованиями Болонского процесса. Не уходя от этих проблем, представляется, тем не менее, важным уяснение достаточно конкретного вопроса, имеющего предельно прагматичное значение: что предполагает, в частности в содержательном плане, переход национального юридического образования на двухуровневую систему «бакалавриат–магистратура»?

Следует признать, что основные мотивы замены исторически сложившейся у нас системы юридического образования (по пятилетней программе подготовки специалистов) на двухуровневую систему «бакалавр–магистр» никоим образом не связаны с целями повышения качества юридического образования. Никто и не скрывает, что в данном случае имеется в виду иная цель — включиться в процесс унификации национальных европейских систем юридического образования, «догонять» зарубежные вузовские рейтинги. Одним словом, унификация рассматривается как самоцель, хотя там, на европейском образовательном пространстве (и тем более — на рынке юридических услуг Евросоюза), нас, кажется, никто не ждет...

А каковы издержки адаптации нашей правовой действительности к системе «бакалавр–магистр»? Не касаясь организационно-методических и иных трудных вопросов, с которыми столкнулись юридические вузы в связи с внедрением двухуровневой системы юридического образования, отметим то главное, что касается качества будущих выпускников отечественных юридических вузов.

Главный вывод в этой части заключается в том, что большая часть юридических кадров, прошедших подготовку по соответствующей двухуровневой системе, окажется за бортом традиционного для России элитного, фундаментального характера юридического образования. Взамен фундаментальности сейчас утверждается компетентностный принцип, предполагающий подготовку студента в соответствии с запросами работодателей. Последствия подобного перехода скажутся позже, однако уже сейчас ясно, что в преобладающей части это будет качественно иной уровень юридического образования, что, надо полагать, ожидает как бакалавров, так и магистров права.

Модернизацию национальной системы юридического образования оправданно рассматривать, прежде всего, с философско-мировоззренческих позиций, поскольку, как верно подмечено, каждое общество вырабатывает свой способ формирования правового профессионального сознания юристов¹. В этом плане при оценке современных тенденций развития юридического образования (в том числе в связи с проблемой национальной конституционной безопасности) необходимо осознание того, что

¹ См.: Синюков В. Н. Юридическое образование в контексте российской правовой культуры // Журнал российского права. 2009. №7; Жалинский А.Э. Правовая мысль и профессиональная деятельность юристов // Право и политика. 2005. №8; Камышанский В.П. О юридическом образовании и профессии юриста в России // Власть закона. 2010. №2.

составляет главный водораздел между, условно говоря, Болонской и нашей национальной моделями подготовки юристов. Он, этот водораздел, проявляется в том, что на основе Болонского процесса кардинально меняется понимание самой сущности и целей юридического образования: на смену ориентирам, основанным на требованиях единства образования, науки и воспитания и осуществления на этой базе широкой, фундаментальной (в том числе гуманитарной) подготовки будущих юристов, приходит новая формула: юридическое образование — это процесс подготовки практикующего юриста как узкого специалиста в конкретной сфере правоприменения. Отечественной системе образования предлагается, таким образом, принципиально новая мировоззренческая основа — философия юридического прагматизма.

В соответствии с этим уже сегодня претерпевают коренные изменения учебные планы, решительно сокращается номенклатура учебных дисциплин. И это не случайно: в западных юридических вузах заметно меньше учебных дисциплин, чем у нас, имея в виду, кстати, не только гуманитарные, общеобразовательные, но и специальные, юридические дисциплины. В этих условиях задача видится в том, чтобы подготовить юристов-практиков узкого профиля, «связанных» так называемыми кредитами (для бакалавра — 180–240 обязательных кредитов, для магистра — 60–120 «космополитических» кредитов. Парадокс состоит в том, что в этом случае под предлогом создания условий для расширения образовательной (академической) мобильности может существенно сократиться мобильность профессиональная: ведь в юридическом вузе изначально должны будут готовить узкого корпоративного юриста, нотариуса и т.п., о нынешних же возможностях как изначально выбора юридической профессии, так и последующей переквалификации в рамках расширяющегося спектра юридических профессий, придется забыть.

В связи с этим следует со всей определенностью подчеркнуть: **Болонский процесс не может (и не должен!) менять национальную стратегию развития юридического образования.**

3. КАКОЙ ДОЛЖНА БЫТЬ СОВРЕМЕННАЯ МОДЕЛЬ ЮРИСТА?

В контексте обозначенных вызовов и угроз, стоящих перед российским юридическим образованием, в том числе в связи с реализацией Болонского процесса, основополагающее значение приобретает вопрос о том, какой должна быть современная модель юриста в России?

При поиске ответа на поставленный вопрос следует отметить, что потребности самой жизни, переход к рыночной экономике и плюралистической демократии предопределили трансформацию *правоохранительной модели юриста* и поиск новых подходов к юридическому образованию. Одним из наиболее значимых оказался подход, связанный с выработкой некой *«рыночно-цивилистической», предпринимательской модели юриста*. По меньшей мере, каждый второй студент юридического факультета на начальном этапе рыночных преобразований желал стать банкиром или, в крайнем случае, бизнесменом от юриспруденции. При наличии безусловно позитивных ориентиров в такой подготовке есть и очевидные издержки: цивилистическая модель юри-

ста неизбежно базируется на приоритете частно-правовых ценностей. И уже это ведет к дисбалансу в квалификационных характеристиках будущего специалиста в области права между частными и публичными ценностно-образовательными началами. Выход из этой ситуации — и одновременно это одна из фундаментальных задач в аспекте реформирования юридического образования — *переход к конституционной модели современного юриста*. Именно она должна обеспечить преодоление крайностей правоохранительной и предпринимательской моделей юриста.

В особой степени это важно для классического университетского юридического образования, для которого принципиально противопоставлен узко-отраслевой подход к подготовке юристов (этим должны заниматься ведомственные юридические вузы, существующие в настоящее время более чем в десятке министерств и ведомств). Соответственно, классические отраслевые кафедры юридических вузов должны осознавать, что преподавание гражданского, уголовного, как и любой другой отрасли права, должно основываться на конституционных ценностных началах, пронизывающих всю нашу правовую систему, и должны стать надежными основами (принципами) правоприменительной деятельности каждого юриста независимо от сферы и направления его профессиональной деятельности. Без конституционализации всего учебного процесса юридических вузов невозможна подготовка современного правоведа университетского уровня.

Поэтому конституционная модель, ориентированная на фундаментальную подготовку юристов, не сводится к собственно государственведческой (конституционно-правовой) специализации. Она имеет конституционное обоснование во всех своих квалификационно-профессиональных характеристиках: в основе всех ее составляющих должны лежать конституционные ценности демократической правовой государственности России.

При этом структурная модель современного юриста может быть представлена в обобщенном виде как определенная система профессионально-образовательных координат и алгоритмов, определяющих:

а) стоящие перед юристом конституционно значимые перспективные и текущие задачи его профессиональной (прежде всего, правоприменительной) деятельности;

б) необходимые для решения соответствующих публично значимых задач личные и профессиональные качества юриста;

в) технологию (алгоритмы) формирования юриста как личности и специалиста соответственно предъявляемым к нему *универсальным* (характерным для юридического образования в целом) и *специальным* (отвечающим конкретному направлению профессиональной деятельности юриста) знаниям, умениям и навыкам.

Национальная модель современного юриста должна разрабатываться в соответствии с вытекающими из Конституции РФ общими принципами, целями и задачами юридической деятельности как специальной профессиональной работы по обеспечению и поддержанию конституционного правопорядка, законности, обеспечению прав, свобод и законных интересов личности, общества, государства. Юрист органически связан конституционными императивами, профессионально ответственен за реализацию Конституции РФ как акта высшей юридической силы и прямого действия (ч. 1 и 2

ст. 15 Конституции РФ). Поэтому в отличие от прежней модели советского юриста как юриста-правоохранителя, современный юрист — прежде всего, юрист-правозащитник (в широком смысле этого слова), для которого защита прав и свобод человека и гражданина, равно как и защита публично значимых конституционных ценностей общества и государства является не только профессиональной обязанностью, но и *конституционным долгом*.

Национальная модель юриста призвана отражать необходимость и конкретные направления формирования у гражданина в процессе юридического образования *профессиональной «юридической личности» как субъектного носителя системы конституционно-правовых ценностей и идеалов*. Соответственно, необходимым структурным элементом модели современного юриста и притом — в силу своей специфики — ее нормативным началом является конституционное мировоззрение (правосознание).

В этом плане, уйдя от слепого заимствования какой бы то ни было модели подготовки юридических кадров, необходимо выработать модель, отвечающую культурным, историческим традициям и духовности России, ибо главными проблемами в области юридического образования являются не технологические, не организационно-методические, а философско-мировоззренческие аспекты, имеющие конституционные начала разрешения.

В завершение следует подчеркнуть, что формирование национальной модели юриста в соответствии с вытекающими из Конституции России принципами и ценностными ориентирами — одна из важнейших общих задач, решение которой предполагает объединение усилий профессорско-преподавательского состава, правоохранительных и иных практических органов, широкого круга всех заинтересованных субъектов гражданского общества. При этом важно осознание того, что конституционная ценность должна признаваться не только за самим по себе институтом юридического образования, но и за его конкретными носителями, прежде всего профессорско-преподавательским составом юридического вуза. В этом плане не будет преувеличением сказать, что и наш юридический факультет Южного федерального университета, призванный быть проводником конституционных ценностей юридического образования, сам по себе, вместе со своими сотрудниками и выпускниками — тоже несомненная конституционная ценность. Хочется надеяться, что наша Alma mater и дальше будет соответствовать своему высокому статусу и предназначению Храма юридического образования для новых поколений его «прихожан» — будущих служителей Закона и Справедливости, в том числе тех, кто придет после нас.





ДОРОЖИТЬ ЗНАНИЯМИ И УМЕТЬ ИХ ПРИМЕНЯТЬ

Горжусь, что я выпускник юридического факультета Ростовского-на-Дону государственного университета. Даже по прошествии многих лет, а прошло уже 43 года, будучи уже немолодым по годам, но не признающим возраст, отстаиваю свое мнение о родном юридическом факультете как о самом лучшем.

Улица Горького, 88! Адрес, который не забывается. Помню каждого своего преподавателя, всех своих сокурсников.

Нас учили основательно, и мы жаждали знаний. Успевали не только учиться, но и заниматься спортом, участвовать в художественной самодеятельности и даже подрабатывать (так как даже повышенной стипендии не хватало). Но мы были молоды. Придя на работу в органы прокуратуры, я не ощущал нехватку первоначальных знаний. Но жизнь заставляла продолжать учиться уже самостоятельно и каждый день, что делаю и сегодня.

Наш факультет был одной из главных кузниц кадров не только для Кавказа и Закавказья, но и для всей великой страны. Его выпускники и сегодня вносят достойный вклад в дело развития и процветания нашего государства.

Поздравляя коллектив юридического факультета с 65-летием, желаю всем здоровья, счастья, благополучия, новых творческих успехов, а каждому студенту — найти свое достойное место в жизни, дорожить полученными знаниями и применять их во благо людей и России.



Во время пленарного заседания конференции



СЕРОШТАН М. В. — 1-й проректор — проректор по развитию науки и инноваций ЮФУ



БОНДАРЬ Н. С. — судья Конституционного Суда РФ, профессор, Заслуженный юрист РФ, Заслуженный деятель науки РФ



ЛЯХ С. М. — декан юридического факультета Южного федерального университета



ИЩЕНКО А. В. — председатель комитета
Законодательного Собрания Ростовской области



ЕМЕЛЬЯНОВ М. В. —
депутат Государственной Думы РФ





РАЗДЕЛ II




*Государственно-правовые
исследования
в современной юридической науке:
теория, методология,
правотворческая
и правоприменительная
практика*



СЕКЦИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

ЗНАЧЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРИНЦИПОВ ПРАВОСУДИЯ ДЛЯ ОРГАНИЗАЦИИ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ

АНОХИН Виктор Стефанович,
д.ю.н., профессор, Заслуженный юрист РФ,
председатель Арбитражного суда Воронежской области в отставке

В условиях развития и совершенствования демократии, построения правового государства, создания гражданского общества особую актуальность приобретает обеспечение прав и свобод человека, гарантий и надежной защиты прав и законных интересов физических и юридических лиц. Реализация этих задач требует строжайшего соблюдения норм материального и процессуального права, что призваны обеспечить органы судебной власти, представляющие собой одну из четырех ветвей государственной власти Российской Федерации (ч. 1 ст. 11 Конституции РФ).

В свою очередь судебная власть в Российской Федерации осуществляется федеральными судами в лице Конституционного Суда Российской Федерации; Верховного Суда Российской Федерации, включая суды субъектов Российской Федерации, районные суды, военные суды и специализированные суды, составляющие систему судов общей юрисдикции; Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, включая федеральные арбитражные суды округов (арбитражные кассационные суды, апелляционные суды), арбитражные суды субъектов Российской Федерации, которые в целом составляют систему федеральных арбитражных судов, а также дисциплинарное судебное присутствие и мировых судей.

Судебная система, суды и судьи образуются и действуют в соответствии с важнейшими началами, принципами, которые отражены в Конституции Российской Федерации, в действующем законодательстве о судебной системе и судах, а также в процессуальном законодательстве, регулирующем судопроизводство, и в доктрине судебной власти, подтверждаемой судебной практикой.

Следует иметь в виду, что закрепленные Конституцией Российской Федерации и действующим федеральным законодательством о судебной власти и судебной системе принципы не имеют четкого деления на принципы организации и судопроизводства, но в правовой доктрине такая классификация основных начал правосудия существует.

В преддверии 20-летия Конституции Российской Федерации, принятой 12 декабря 1993 года всенародным голосованием, представляется целесообразным проанализировать практическое применение и значение основных принципов правосудия, выявить возникающие проблемы и противоречия, определить пути их устранения.

В настоящей статье внимание будет сосредоточено на проблемных основных началах правосудия и их противоречиях нормам Конституции Российской Федерации.

Конституционными принципами правосудия являются:

- 1) осуществление судебной власти только судами в лице судей и привлекаемых в установленном законом порядке к осуществлению правосудия присяжных и арбитражных заседателей и только компетентным судом;
- 2) единство судебной системы;
- 3) самостоятельность судов и независимость судей, подчинение их только Конституции РФ и федеральному закону;
- 4) назначение федеральных судей всех уровней Высшим органом законодательной власти или Президентом государства;

- 5) неприкосновенность судей;
- 6) несменяемость судей, в том числе и мировых;
- 7) образование судов всех уровней Высшим органом законодательной власти страны, а мировых судей — представительным органом субъектов Российской Федерации;
- 8) национальный язык судопроизводства;
- 9) гласность и открытость судебного разбирательства;
- 10) состязательность и равноправие сторон;
- 11) финансирование судов только из федерального бюджета с целью обеспечения возможности полного и независимого осуществления правосудия;
- 12) обязательность судебных постановлений компетентных судов;
- 13) равенство всех перед законом¹.

Приведенные основные принципы, как уже отмечалось, предусмотрены действующим конституционным законодательством Российской Федерации: Конституцией РФ непосредственно и Федеральными конституционными законами «О судебной системе Российской Федерации №1-ФКЗ от 31 декабря 1996 г.», «Об арбитражных судах в Российской Федерации» №1-ФКЗ от 28 апреля 1995 г. и «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» №1-ФКЗ от 07 февраля 2011 г.

В процессе своего развития и совершенствования конституционное законодательство, как и законодательство Российской Федерации о судах и судебной деятельности, претерпевало различное совершенствование, углубление и расширение, приобрело новое, иногда иное понимание и содержание на грани противоречий Конституции Российской Федерации, что не всегда положительно сказывается на судебной системе в целом и на правосудии в стране.

Представляется, что такие противоречия должны быть устранены либо самой Конституцией Российской Федерации, либо конституционным и федеральным законодательством с учетом международных правил, а также правоприменительной практики и доктринальных толкований.

Во-первых, следует отметить противоречие принципа единства судебной системы, создаваемой в соответствии с Конституцией Российской Федерации и Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации», поскольку в судебную систему включены мировые судьи в соответствии с Федеральным законом «О мировых судьях в Российской Федерации» №188-ФЗ от 17 декабря 1998 г.

И хотя мировые судьи включены в единую судебную систему Российской Федерации, их деятельность, порядок создания и назначения на должность иные, чем судов, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, и регулируются не конституционным, а федеральным законом.

Институт мировых судей содержит противоречие и важнейшему принципу: финансирование судов только из федерального бюджета. Денежное содержание мировых судей осуществляется из федерального бюджета, а все остальное содержание (денежное и финансовое) аппарата мировых судей возложено на субъекты Российской Федерации. Такое положение нельзя признать адекватным и положительным. Представляется, что если система мировых судей необходима, то она целиком и полностью должна быть включена в судебную систему². А если они войдут в единую судебную систему, то должен быть единым и порядок их назначения на должность и тем самым будет обеспечиваться единство правового статуса судей Российской Федерации. Это требование касается уставных (конституционных) судов субъектов Российской Федерации. На конституционном уровне следует определиться: либо это суды единой судебной системы со всеми правовыми последствиями, либо это особые контролирующие органы.

Во-вторых, вызывает сомнение обоснованность норм действующего законодательства о суде и судьях и их соответствии Конституции Российской Федерации о порядке назначения должностных лиц судов всех уровней — председателей судов и их заместителей — председателей судебных коллегий.

Конституция Российской Федерации этот вопрос напрямую не регулирует, подчеркивает лишь несменяемость и неприкосновенность судей, а порядок прекращения и приостановления полномочий относит к федеральному закону.

Порядок назначения на должность председателей всех уровней судов и их заместителей — председателей судебных коллегий установлен Федеральным законом от 26 июня 1992 г. №3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации», суть которого состоит в том, что эти должностные лица назначаются

¹ *О принципах правосудия см.*: Анохин В. С. Арбитражный процесс. Воронеж: изд-во Воронежского госуниверситета. 2007. С. 42–74; он же. Административные суды. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 29–61.

² *О целесообразности или нецелесообразности см.*: Стариков Ю. Н. От административной юстиции к административному судопроизводству. Воронеж, 1998. С. 19.

на должность Президентом России или Советом Федерации (для высших судебных органов), тогда как весь остальной судебный корпус формируется Президентом России. При этом все должностные лица всех судов назначаются на шесть лет, и одно и то же лицо может быть назначено на одну и ту же должность не более двух раз подряд.

Такая практика в отношении руководящих лиц судов не имеет ничего положительного, кроме отрицательных моментов.

Представляется, что нет никакой необходимости для сохранения порядка формирования руководящего состава судов Президентом России и Советом Федерации Федерального собрания Российской Федерации. Эти полномочия следует передать Пленумам высших судебных органов и вовсе нецелесообразно ждать истечения шести месяцев, чтобы устранить от должности несостоявшегося руководителя. Ведь одно дело быть хорошим судьей, но не каждый хороший судья может стать хорошим руководителем. А хорошего руководителя вряд ли нужно менять каждые шесть лет. А если даже он будет переизбран на другой срок, то все равно ему по крайней мере год нужно будет входить в курс дела нового суда, а потом год ожидания «на чемоданах»: то ли оставят на старом месте, то ли придется менять адрес и места жительства и места работы.

Эти вопросы должны быть переданы в компетенцию пленумов высших судебных органов, которые вправе будут решать эти вопросы по собственной инициативе или по инициативе соответствующих нижестоящих судов с учетом мнения соответствующих квалификационных коллегий.

Предположение, что предлагаемый порядок назначения руководителей судов высшими судебными органами нарушит независимость судов, не имеет под собой оснований. Независимый судья: самостоятелен суд при осуществлении правосудия по вопросам судебной практики. Но вышестоящие суды — это надзорные и контролирурующие органы. А руководитель нижестоящего суда просто не может не быть подчиненным вышестоящему суду. В системе правосудия необходима вертикаль власти. Эта вертикаль может быть реализована через предлагаемый порядок назначения руководящих лиц нижестоящих судов вышестоящими судебными органами.

Что же касается опасений, что длительные сроки пребывания председателей судов и их заместителей в одной должности на одном месте приведут к «обрастанию» знакомствами, кумовством и панибратством с руководителями бизнеса и деловых кругов регионов, то их принимать всерьез не стоит. В нашей судебной системе можно назвать много порядочных и крепких руководителей. Но найдутся и такие, которые проявляют свои отрицательные качества, не ожидая больших сроков пребывания в руководящей должности. Знаю это по собственному почти 25-летнему опыту пребывания в такой должности.

В-третьих, наиболее уязвимыми оказались требования ч. 1 ст. 47 Конституции Российской Федерации: «Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которого оно отнесено законом» и требование ст. 3 Федерального конституционного закона №1-ФКЗ от 31 декабря 1996 г. «О судебной системе Российской Федерации» «о соблюдении всеми федеральными судами и мировыми судьями установленных федеральными законами правил судопроизводства». Действующие Федеральные конституционные законы «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» (ст. 4) и «Об арбитражных судах в Российской Федерации» (ст. 4) устанавливают, что суды общей юрисдикции осуществляют правосудие, разрешая споры и рассматривая дела, отнесенные к их компетенции. Они рассматривают, кроме уголовных дел, все гражданские и административные дела о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и охраняемых законом интересов, за исключением дел, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации рассматриваются другими судами. Суды общей юрисдикции рассматривают также иные дела, отнесенные Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами к их ведению. Арбитражные суды в Российской Федерации осуществляют правосудие путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции Конституцией Российской Федерации, Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации», Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и принимаемыми в соответствии с ними другими федеральными законами. При этом Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в ст. 1 уточняет, что арбитражными судами осуществляется правосудие в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности путем разрешения экономических споров и рассмотрения иных дел, отнесенных к их компетенции Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации и другими федеральными законами по правилам судопроизводства.

Раздел III Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации свидетельствует о том, что арбитражные суды рассматривают и дела, возникающие из административных и иных публичных

правоотношений. Таким образом, нельзя согласиться с утверждением действующих законов о судах общей юрисдикции и Гражданского процессуального кодекса РФ о том, что суды общей юрисдикции рассматривают все гражданские и административные дела. Компетенция судов общей юрисдикции отличается от компетенции арбитражных судов только полномочием рассматривать уголовные дела.

В правоприменительной практике такое нечеткое распределение полномочий приводит порой к конкуренции при определении подсудности дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Такое незаконное перераспределение дел не носит массового характера, оно достаточно редкое явление, но существует, и наблюдается по непонятным причинным только со стороны судей и судов общей юрисдикции при рассмотрении гражданских и административных дел. При этом, обращают на себя внимание именно незаконные судебные акты. Особенно это характерно для споров о праве собственности на недвижимость, в том числе и между коммерческими юридическими лицами.

При этом следует иметь в виду, что судебные акты и судов общей юрисдикции, и судов арбитражных после вступления в силу обязательны для исполнения всеми гражданами, организациями и должностными лицами органов власти и местного самоуправления и в необходимых случаях обладают преюдициальной силой, преодолеть которую пока невозможно.

Выход из создавшейся ситуации видится в закреплении в законодательстве о судах и процессуальных кодексах положения о том, что обязательную силу имеют вступившие в законную силу судебные акты только компетентных судов. Тогда неуполномоченный, некомпетентный суд, зная о том, что его решение не будет иметь обязательной силы и не будет исполняться, не рискнет принимать и рассматривать неподведомственное и неподсудное ему дело, а истцы, заявители будут знать о бесплезности обращения в некомпетентные суды.

В-четвертых, к окончательному исключению конкуренции подсудности между арбитражными судами и судами общей юрисдикции может привести реформа всей судебной системы и создание судов по предметному принципу рассматриваемых дел, то есть создание трех ветвей судебной власти путем образования трех видов судов: административных, гражданских и уголовных. Такая система судебных органов станет вполне соответствовать конституционному положению, содержащемуся в ст. 118 Конституции Российской Федерации: правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом. Судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Каждый суд из трех видов будет действовать по своим отдельным правилам судопроизводства, процедура которого будет закреплена в Гражданском процессуальном кодексе, в Уголовном кодексе и в Кодексе административного судопроизводства¹.

Деление судебной системы на три вида судов позволит сосредоточить рассмотрение всех возможных дел в одном суде, в компетенцию которого войдут все частично-правовые споры между физическими и юридическими лицами, которые в настоящее время рассматриваются и арбитражными судами, и судами общей юрисдикции; административные и другие публично-правовые дела, которые в настоящее время рассматриваются арбитражными судами и судами общей юрисдикции, следует включить в компетенцию административных судов; уголовные дела останутся в компетенции уголовного суда. В такой системе не будет места для конкуренции подсудности; каждая ветвь судебной системы будет иметь замкнутый перечень своих полномочий, свое высшее руководство и надзорные полномочия.

Что касается мировых судей они должны быть включены в единую систему трех видов судов, единую судебную систему. Такая система специализированных судов существует в странах Западной Европы и позитивно оценивается международной практикой.

Не выпадут из единой судебной системы и конституционные суды во главе с Конституционным Судом Российской Федерации. Они составят свою ветвь судебной власти с самостоятельной процедурой судопроизводства.

Важное значение для организации судебной власти и осуществления правосудия имеют и другие принципы, которые хотя и не противоречат Конституции Российской Федерации и законодательству о судах, требуют особого внимания и правильного понимания и применения в судебной практике.

Прежде всего, речь идет о законности. Принцип общий и, казалось бы, непререкаемый для исполнения в судебном процессе. Любое решение суда, любой судебный акт должен быть законным и обоснованным. Но почему тогда у нас случаются незаконные судебные акты и приговоры? Назову лишь две причины. Одну объективную — чрезмерная нагрузка на судей, которым приходится рассматривать

¹ Салишева Н. Г. Административное судопроизводство требует кодификации // ЭЖ-Юрист. 2003. №12; Слепченко Е. В. Гражданское судопроизводства. Проблемы единства и дифференциации. СПб, 2011. С. 103–146.

огромное количество дел, что просто не позволяет им уделить каждому делу необходимое внимание при достаточно коротких сроках, отведенных для рассмотрения гражданских и административных дел. В отдельных случаях арбитражным судьям, например, приходится рассматривать до 200 дел в месяц. Не меньше нагрузка и у мировых судей и в некоторых судах общей юрисдикции. Из такой ситуации вытекает и сугубо субъективная причина — поспешность судей при разбирательстве дел и надежда на то, что существующие апелляционная и кассационная инстанции решение поправят.

Сроки рассмотрения дел — очень важное требование. С ними связано установление правовой определенности в правоотношениях, особенно в отношениях организаций по осуществлению бизнеса и иной экономической деятельности.

Достижение правовой определенности во взаимоотношениях партнеров по бизнесу зависит не только от сроков рассмотрения дел гражданских и административных, но и от того, как скоро судебное решение вступит в силу, приобретет обязательность для исполнения.

Однако наша правовая система позволяет недобросовестным участникам судебного разбирательства затягивать процесс установления правовой определенности во взаимоотношениях, используя право на тройное обжалование судебных актов: в апелляционную, кассационную и надзорную инстанции. При этом две первые проверяющие инстанции нередко находят порой необоснованные поводы для отмены решений о возвращении дел на новое рассмотрение в первую инстанцию, либо для отмены промежуточных судебных актов, пренебрегая при этом не только сложившейся судебной практикой, но и указаниями вышестоящих судебных инстанций.

Такое отношение к принципу законности при осуществлении правосудия недопустимо.

Надо также решить: нужны ли нам две проверяющие инстанции: апелляционная и кассационная. В Европе, например, свободно обходятся только кассацией. Полагаю, что и в нашей стране можно спокойно обходиться одной проверяющей инстанцией — кассационной, и надзорной — в высшем судебном органе. Если же сохранять существующую систему проверки судебных актов, то стоит ли ради создания нагрузки для апелляционных судов загонять насильно в эту инстанцию всех добросовестных участников судебного процесса, сохраняя при этом просто мизерные размеры государственной пошлины? Представляется, что при увеличении размера государственной пошлины по апелляционным и кассационным жалобам до половины от размера пошлины при подаче иска, заявления, число жалоб о проверке правильности судебных актов значительно сократится, а высвободившихся судей можно будет привлечь для рассмотрения дел в судах первой инстанции.

Следует заметить также, что, например, арбитражное процессуальное законодательство содержит существенное противоречие. С одной стороны, и это важнейший принцип пересмотра судебных актов, в апелляционном порядке подлежат пересмотру судебные акты, не вступившие в законную силу (ст. 273 АПК РФ), а в кассационном порядке подлежат пересмотру вступившие в законную силу судебные акты (ст. 273 АПК РФ). Таким образом, изначально установлено, что судебные акты, вступившие в законную силу, не могут быть пересмотрены в апелляционном порядке. Установлен месячный срок для подачи апелляционной жалобы. Если этот срок нарушен, стороны теряют право на обращение в апелляционную инстанцию. Но у них есть возможность обжаловать вступивший в законную силу судебный акт в кассационную инстанцию. И это вполне закономерно. Однако ч. 2 ст. 259 АПК РФ позволяет при определенных условиях апелляционному суду восстановить пропущенный срок и рассмотреть уже вступивший в законную силу судебный акт.

Представляется, что такое противоречие в процессуальном законодательстве должно быть устранено, так как у сторон сохраняется право на пересмотр судебных актов без каких-либо ограничений прав участников процесса.

Сокращение числа судебных инстанций для рассмотрения жалоб на решения судов первой инстанции вполне отвечают еще одному важному принципу судопроизводства — процессуальной экономии, который напрямую содействует восстановлению определенности во взаимоотношениях участников гражданского оборота.

В последние годы в арбитражном процессуальном законодательстве внесен ряд заслуживающих внимания и поддержки нововведений в целях процессуальной экономии. В числе прогрессивных мер следует назвать институт пересмотра решений суда по новым обстоятельствам, наряду с пересмотром по вновь открывшимся обстоятельствам. Раньше новые обстоятельства могли служить основанием лишь для предъявления нового иска. Теперь пересмотр по новым обстоятельствам может быть осуществлен в рамках уже имеющегося арбитражного дела, без уплаты государственной пошлины, без соблюдения обязательного претензионного порядка разрешения разногласий и без отмены судебного акта, вступившего в законную силу. Но самое важное и интересное заключается в том, что такое заявление рассматривается в рамках имеющегося дела тем

же судом, в котором принято решение по делу, подлежащему пересмотру. В апелляционном или кассационном порядке такие дела пересмотру не подлежат даже если такое требование поступило в апелляционную или кассационную инстанцию. Такое заявление должно быть возвращено заявителю для направления в суд, принявший вступивший в законную силу судебный акт.

По результатам рассмотрения заявления о пересмотре вступивших в законную силу решения, постановления, определения по новым или вновь открывшимся обстоятельствам арбитражный суд или принимает решение, постановление об удовлетворении заявления о отмене ранее принятого им судебного акта по новым и вновь открывшимся обстоятельствам, или выносит определение об отказе в удовлетворении заявления.

В случае отмены судебного акта по указанным обстоятельствам дело повторно рассматривается тем же арбитражным судом, которым отменен ранее принятый им судебный акт, в общем процессуальном порядке.

В гражданском процессуальном законодательстве правовой институт пересмотра судебных актов по новым обстоятельствам пока отсутствует. Но вряд ли можно оправдать разные подходы к одному и тому же вопросу двух ветвей судебной власти.

На процессуальную экономию нацелен и упрощенный порядок рассмотрения дел.

В упрощенном порядке может быть рассмотрен бесспорный иск, т.е. если требования истца признаются ответчиком либо если иск заявлен на сумму до 300 тыс. рублей для юридических лиц и на сумму до 100 тыс. рублей для индивидуальных предпринимателей. Незначительность суммы может быть изменена в большую сторону, но это не будет иметь принципиального значения).

В упрощенном порядке дело рассматривается по ходатайству истца при отсутствии возражений ответчика или по предложению арбитражного суда при согласии сторон. Но для активного применения упрощенного производства существует серьезное препятствие: в порядке упрощенного производства может рассматриваться дело, содержащее полный пакет документов, подтверждающих иски требования и возражения ответчика или его согласие, т.е. указанный институт может применяться при условии полного раскрытия доказательств сторонами в судебном деле.

Полное представление доказательств в суд в судебной арбитражной практике явление крайне редким и потому упрощенное производство практически применения не находило.

В гражданском процессе в соответствии с действующим процессуальным законодательством используются институты судебного приказа и заочного производства. Но судебный приказ может быть отменен при поступлении в установленный срок возражений должника относительно его исполнения, и тогда неизбежно следует исковое производство в общем порядке. Поэтому в части процессуальной экономии возникает вопрос.

В порядке заочного производства дело может быть рассмотрено в случае неявки в судебное заседание ответчика, извещенного о времени и месте судебного заседания, не сообщившего об уважительных причинах неявки и не просившего о рассмотрении дела в его отсутствие. В этом случае проводится судебное заседание в обычном порядке с участием явившихся лиц. Но заочное решение суда общей юрисдикции может быть отменено в установленном порядке, если суд установит, что неявка ответчика в судебное заседание была вызвана уважительными причинами, о которых он не имел возможности своевременно сообщить суду, и при этом ответчик ссылается на обстоятельства и представляет доказательства, которые могут повлиять на содержание решения суда.

При отмене заочного решения суд возобновляет рассмотрение дела по существу. И принятое в этом случае решение не будет заочным.

Рассмотренные нормы гражданского процессуального законодательства несомненно оказывают влияние на процессуальную экономию, а также способствуют сокращению сроков рассмотрения гражданских и административных дел.

В арбитражном процессуальном законодательстве также есть правовые нормы, способствующие сокращению сроков рассмотрения арбитражных дел и упреждению злоупотребления своими правами участниками процесса в части затягивания процедуры рассмотрения дел.

Процессуальная экономия достигается оставлением заявления без рассмотрения по основаниям, предусмотренным в ст. 148 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, в числе которых важное значение имеет право суда оставить заявление без рассмотрения если истец повторно не явился в судебное заседание, в том числе по вызову суда, и не заявил ходатайства о рассмотрении дела в его отсутствие или об отложении судебного разбирательства, а ответчик не требует рассмотрения дела по существу. Арбитражное процессуальное законодательство также предусматривает, что исковое заявление о взыскании судебных расходов должно рассматриваться в основном деле. Не вызывает сомнений, что нормы процессуального законодательства об упрощенном судопроизводстве,

приказном порядке, о пересмотре дел по новым обстоятельствам, об альтернативных способах разрешения гражданских и административных дел, о коллективных исках направлены и способствуют сокращению количества обращений в суды за восстановлением и защитой нарушенных прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Однако перечисленные правовые нормы вряд ли обеспечат заметное сокращение числа судебных дел без введения всеобщего обязательного досудебного порядка урегулирования разногласий по частно-правовым и административно-правовым спорам, дозволяющего сторонам обращаться в суд только с раскрытыми доказательствами.

В заключение можно сделать следующий вывод: совершенствование правосудия и повышение авторитета судебной власти могут быть обеспечены комплексом мер по совершенствованию законодательства о судопроизводстве и реформой судебной власти в рамках важнейших принципов Конституции Российской Федерации. Необходимость реформаторских мер совершенно очевидна на фоне разработки нового гражданского законодательства.

К ВОПРОСУ О ПРИЕМАХ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ

БОЛДЫРЕВ Сергей Николаевич,

к.ю.н., доцент кафедры государственного (конституционного) права юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Дефиниции являются важнейшим средством в области функционирования и обеспечения правового регулирования. Они придают ясность и определенность правовым явлениям. Известно, что право обладает такими свойствами, как абстрактность и неопределенность. В юридической литературе верно подмечается, что правовая неопределенность есть свойство права, выражающееся в неконкретности содержания правовых явлений. Правовые понятия также явления весьма абстрактные и приобретают определенность лишь в случаях их конкретизации, результатом которой являются дефиниции¹. Таким образом, правовые дефиниции есть переход от неопределенности к определенности в праве². Отметим еще одну особенность распределения дефиниций в подзаконных актах — они редко помещаются в программы, концепции по определенной тематике, утверждаемые указами Президента Российской Федерации или постановлениями Правительства Российской Федерации.

Использование дефиниций в нормативных правовых актах, издаваемых федеральными органами исполнительной власти, может повлечь за собой ряд неблагоприятных последствий:

- 1) увеличивается объем нормативного правового акта;
- 2) дублирование положений нормативных актов более высокой юридической силы;
- 3) изменения в законах неизменно будут влечь за собой изменения в подзаконных нормативных правовых актах, что потребует определенной работы от органов исполнительной власти и их должностных лиц³.

При этом прогресс юридической техники рассматривается в качестве механизма, обеспечивающего совершенствование технико-юридического оформления российского законодательства.

На основе этого выделяют такой прием юридической техники, как юридическая конструкция. Юридические конструкции — идеальные модели, схемы, шаблоны структурного построения прав, обязанностей, ответственности и иных элементов, используемых законодателем для формулирования правовых норм. Юридические конструкции — результат многовековых усилий науки и практики. Они упрощают процесс правового регулирования, делают его более четким, ясным, определенным⁴.

¹ См.: Власенко Н. А., Назаренко Т. Н. Неопределенность в праве: понятие и формы // Государство и право. 2007. №6. С. 10.

² Стародубцев А. В. Понятие и природа собственных судебных дефиниций // Журнал российского права. 2010. №6.

³ Максимова Е. В. К вопросу о приемах юридической техники, применяемых при изложении нормативно-правовых предписаний федеральными органами исполнительной власти // Юридический мир. 2009. №5.

⁴ Денисов Г. И. Юридическая техника: теория и практика // Журнал российского права. 2005. №8.

Как справедливо отмечает С.С. Алексеев, юридические конструкции не просто некий элемент юридической техники при оформлении юридических актов, а организационный, всеобщий, непосредственно нормативный и, главное, наиболее важный по значению элемент собственного содержания права¹.

Юридические конструкции могут рассматриваться в трех значениях: как одно из средств юридической техники отражения правовых норм в законах и иных нормативных актах; как элемент содержания права; как прием научного познания, средство толкования норм права и установления юридически значимых фактов².

Под использованием юридических конструкций может пониматься построение нормативного материала по типу связи между его элементами. Такая связь характеризуется единством прав, обязанностей и форм ответственности соответствующих лиц. То есть в принципе можно говорить о нормативном правовом акте федерального органа исполнительной власти как о целой юридической конструкции, которая должна иметь правильное структурное построение. Требование логической последовательности нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти закреплено на законодательном уровне. Так, п. 6 Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации устанавливает, что структура нормативного правового акта должна обеспечивать логическое развитие темы правового регулирования³.

Реализация правотворческой политики тесно взаимосвязана с юридической техникой, а именно — с ее инструментальной составляющей. Как подчеркивает М.Л. Давыдова, «правотворческая политика (стратегия) определяет конечные цели правового регулирования и общие пути их достижения (решение концептуальных вопросов — макроуровень). Юридическая техника отвечает за выбор и использование юридических средств достижения этих целей (выбор средств для решения конкретных задач — микроуровень)»⁴.

В большинстве определений понятия юридической техники речь идет об искусстве особого рода⁵, о системе средств, правил и приемов⁶, системе правил и приемов⁷, принципах и правилах (приемах)⁸ и т.д. Типичным является определение законодательной техники, данное К.К. Панько; по его мнению, «это обусловленная закономерностями развития правовой системы совокупность определенных средств, приемов, правил, используемых в законодательской деятельности с целью обеспечения высокого качества ее результатов»⁹.

Любой нормативный правовой акт должен строиться с позиций общепризнанных правил юридической техники, четкости и ясности языка. Повышает коррупциогенность использование двусмысленных или не устоявшихся терминов, понятий и формулировок, категорий оценочного характера, с неясным, неопределенным содержанием, допускающих различные трактовки и пр. Все эти недочеты

¹ См.: Алексеев С. С. Тайна и сила права. Наука права: новые подходы и идеи. Право в жизни и судьбе людей. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 47.

² См.: Пешин Н. Л. Наука муниципального права // Конституционное и муниципальное право, 2009, №9.

³ Постановление Правительства РФ от 13 августа 1997 г. №1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» // СЗ РФ. 1997. №33. Ст. 3895.

⁴ Давыдова М.Л. Правотворческая политика и юридическая техника: проблемы соотношения понятий // Правотворческая политика в современной России / Под ред. А. В. Малько, Н. В. Исакова, А. П. Мазуренко. Саратов — Минеральные Воды: Саратовский филиал Института государства и права РАН; Северо-Кавказский филиал Московского гуманитарно-экономического института, 2009. С. 124.

⁵ Перетерский С. Техника оформления кодексов // Проблемы социалистического права. М., 1939. №1. С. 105.

⁶ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2001. С. 306; Чинарян Е. О. Становление и развитие законодательной техники в дореволюционной России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Готика, 2009. С. 14.

⁷ Общая теория государства и права. Академический курс. Т. 2. М., 2000. С. 177.

⁸ Пиголкин А. С. Законотворчество в Российской Федерации. М., 2000. С. 241.

⁹ Панько К.К. Методология и теория законодательной техники уголовного права России. Воронеж, 2004. С. 97.

лингвистического характера способны привести к серьезным негативным последствиям, поскольку то или иное положение в силу своей двусмысленности, неясности и недостаточной определенности может трактоваться двояко, что позволяет чиновнику (в том числе и военному) варьировать свое усмотрение и повышает вероятность произвольного применения нормы¹.

Одним из распространенных средств юридической техники, как в национальной, так и в международной правотворческой практике, является преамбула. Преамбулой (от лат. *praeambulus* — идущий впереди, предшествующий) признается вводная часть какого-либо акта, содержащая указания на те или иные обстоятельства, послужившие поводом к его принятию (изданию).

Использование преамбул известно с древних времен. Так, в Древнем Риме принятые законодательные акты благословлялись формулой: «*Vonus factum!*» — «В добрый путь!». С развитием и совершенствованием законотворческой деятельности одним из правил законодательной техники стало оснащение нормативных актов важной с позиций нормативно-правовой значимости преамбулой.

Преамбула — часть акта, его введение, в котором объясняются причины его принятия, его цели, некоторая констатирующая информация. Правоприменителю важно знать не только, «что» и «как» регулирует данный закон, но и «зачем» и «почему»². Являясь вводной частью правового акта, преамбула содержит указания на обстоятельства, послужившие поводом к его созданию, на его мотивы и цели, принципы и другие исходные установки³.

Преамбула также используется в международном праве как самостоятельный, относительно распространенный прием юридической техники, используемый во вступительной части международного договора и отражающий его концептуальные, целевые, мотивационные, идеологические и иные характеристики⁴.

Если текст закона хорошо написан, но он не помогает решить проблему урегулирования конкретных общественных отношений, этот нормативный акт останется памятником права лишь на бумаге и его действие будет практически неощутимо.

Задачи закона часто формулируются в преамбуле, которая необходима в тексте акта только тогда, когда она определяет цель правового регулирования и направлена на изменение ситуации в определенной сфере жизнедеятельности общества. Однако сейчас содержание большинства преамбул не всегда соответствует их назначению.

Следует отметить, что согласно правилам юридической техники преамбула (введение) не является обязательной частью законодательного акта. Из юридико-технических требований, предъявляемых к преамбулярной части федерального закона, целесообразно упомянуть о двух следующих: преамбула не содержит самостоятельные нормативные предписания и не формулирует предмет регулирования законопроекта⁵.

При этом очень важной качественной стороной закона является его цель перевести сложившуюся ситуацию в положительную сторону. В этой связи особое значение имеет юридическое проектирование, которое в содержательном плане выражается в подготовке концепций законов, финансово-экономических обоснований законопроектов, сборе соответствующей аналитической информации, составлении программ и иных документов. Задача проектирования является очень сложной, так как одновременно включает в себя как содержательные аспекты, так и аспекты составления текста законопроекта и его оформления⁶.

Представляется, что идея законопроекта обладает вполне определенным логико-гносеологическим статусом, занимает важное место в понятийных рядах теории юридической техники. И самое главное — идея законопроекта представляет собой активно функционирующий практический элемент правотворческой деятельности.

¹ Талапина Э. В., Южаков В. Н. Методика первичного анализа (экспертизы) нормативных правовых актов на коррупциогенность. М., 2007.

² См.: Законодательная техника: Научно-практическое пособие. М., 2000. С. 125.

³ См.: Корейво Е. В. Использование преамбул в международном праве // Международное публичное и частное право. 2010. №3.

⁴ См.: Корейво Е. В. Использование преамбул в международном праве // Международное публичное и частное право. 2010. №3.

⁵ См.: Методические рекомендации по юридико-техническому оформлению законопроектов, направленные письмом Аппарата Государственной Думы от 18 ноября 2003 г. №вн2-18/490.

⁶ См.: Иванов О. А. Качество закона и проблемы юридической техники // Журнал российского права. 2008. №2.

В качестве рабочего операционального определения можно признать идею законопроекта в качестве самостоятельного приема юридической техники.

С учетом сказанного можно выделить критерии качества закона и иного правового акта, которые необходимо соблюдать: понимание правотворчества как сложного и противоречивого процесса познания; правильный выбор формы правового акта; это порядок разработки и принятия правового акта, т.е. правового решения; предвидение последствий и обеспечение реализации правового акта. Рассмотрим их подробно.

Познавательные аспекты закона выражаются в правильном отражении общественных потребностей и обоснованном выборе меры правового регулирования общественных отношений. Всегда ли нужен именно закон, не ведет ли рост удельного веса локальных актов к уменьшению объема централизованного регулирования, реализован ли полностью потенциал действующих актов, не следует ли расширять сферу нормативного саморегулирования — все эти вопросы имеют практический смысл. Уловить и отразить подобные правовые корреляции очень важно, и, если это сделано, можно говорить о существовании правовых циклов, сменяющих друг друга и отражающих — удачно или плохо — реальное отношение общества и государства к правовым вопросам, своего рода «юридические приливы и отливы».

В противном случае можно ожидать появления немалого числа «плохих» или «слабых» законов. Имеются в виду законы, принимаемые без учета реальных публичных интересов; законы, допускающие произвольные отступления от демократических принципов власти и управления; законы, вносящие мало новых моментов в регулирование общественных процессов; бездействующие законы; законы, искусственно опережающие появление реальных социальных условий; наконец, «скупые», «краткие» законы, оставляющие пробелы и юридические «пустоты».

Таким образом, важным направлением совершенствования законодательства является его нормативное построение, а также устранение пробелов в праве, используя определенные приемы, правила, методы, применяемые в разработке содержания и структуры правовых актов¹.

Известны причины наличия пробела в праве:

- законодатель не может охватить правовыми формулировками нормативного акта все жизненные обстоятельства, требующие правового воздействия;

- недостатки техники юридического письма;

- постоянное развитие, изменение общественных отношений².

Во избежание подобных недостатков юридическое проектирование призвано:

- во-первых, увязывать программы законопроектных (нормативных) работ с программами и концепциями социально-экономического развития в качестве их правового обеспечения;

- во-вторых, определять цель закона, рассчитанного на изменение ситуации в лучшую сторону. Преамбулы должны содержать характеристику именно таких конкретных целей, а не описаний задач правового регулирования;

- в-третьих, необходимо тщательно разрабатывать концепции законов, содержащие анализ и оценку предполагаемых правовых решений;

- в-четвертых, нужны полное информационное обеспечение, тщательные обоснования законопроекта и, прежде всего, финансово-экономические, социологические (учет общественного мнения);

- в-пятых, требуется усилить прогностический аспект и предвидение последствий действия закона — цепь принимаемых, изменяемых и отменяемых подзаконных актов, возможные социальные действия людей и т.п.³

Таким образом, на основании вышеизложенного нами были исследованы и проанализированы некоторые виды приемов юридической техники, применяемых при изложении нормативно-правовых предписаний, знание которых, а также умение их использовать при подготовке правовых актов, их интерпретации и систематизации, позволят повысить не только эффективность обозначенных актов, но и реализоваться функциям права.

¹ Корякин И. И. Практическая ценность применения юридической техники // Административное право и процесс. 2010. №3.

² Максимова Е. В. К вопросу о приемах юридической техники, применяемых при изложении нормативно-правовых предписаний федеральными органами исполнительной власти // Юридический мир. 2009. №5.

³ Тихомиров Ю. А. Юридическое проектирование: критерии и ошибки // Журнал российского права. 2008. №2.

КОНСТИТУЦИОННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЯЗАННОСТЕЙ ГРАЖДАН (ПОДДАННЫХ) В МУСУЛЬМАНСКИХ СТРАНАХ

ВЕРЕЩАК Александр Николаевич,

к.ю.н., доцент кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

«Арабская весна» 2011 года показала готовность мусульманского сообщества, вообще, и северо-африканского, в частности, направить свои усилия на построение демократически ориентированных государств Магриба, насильственными методами свергнув диктаторский режим своих стран.

Важнейшим элементом истинной демократизации арабского общества должны, безусловно, стать права человека в их совокупности и с соответствующими механизмами реализации. Но, к сожалению, именно в этой части общедемократических процессов, намечающихся в странах арабского субконтинента, возникают проблемы, связанные как с систематизацией тех общественных отношений, которые входят в сферу социальных отношений, в том числе, и прав человека во всем их многообразии, так и в отношении их внутренней структуризации, свойственной европейской и мировой системам регламентации данного вопроса, в том числе и подразделении общей системы формировании прав человека на отдельные части (волны), в соответствии с историческими этапами их развития.

Необходимо также обратить внимание на специфику общеевропейской, в том числе и российской, систем прав человека с мусульманской частью европейского, российского общества и народами стран, ранее входивших в СССР и до сих пор находящихся в орбите интересов России. Так, в частности, количество лиц, исповедующих ислам, приближается, по некоторым подсчетам¹, к 20% населения России, концентрирующегося в отдельных регионах РФ, например, в Поволжье, на Кавказе и в некоторых других², где они, чувствуя себя оторванными от привычных условий существования, и зачастую, не будучи охваченными системой государственной охраны труда и здравоохранения, находят некий социо-культурный «оазис» в рамках мусульманских культурных организаций и обществ, существующих при соответствующих культовых учреждениях, значительно увеличивая мусульманскую диаспору в центральных регионах России.

Специфика восприятия современного государственного устройства российского общества заключается в том, что отдельные представители национальностей, чуждые западной парадигме исторического развития, замыкаются в себе, в рамках своей диаспоры, стремятся защитить себя, обозначить круг отношений, в рамках которых создается особое, изолированное, пространство, своеобразная «параллельная реальность», в которой они могут существовать достаточно комфортно, не допуская в него носителей иной культуры и иных моральных ценностей. В этом состоянии внутренней иллюзорной свободы и независимости от объективно существующих общественно-политических и государственных структур, они объективно противопоставляют себя иной правовой реальности; тем более что присущая мусульманскому сообществу «модель мира» не совпадает, в основном, с представлениями окружающего большинства, и даже противостоит им, что проявляется и зачастую упорно отстаивается представителями мусульманского сообщества в высказываниях о правильности и обоснованности своего поведения как должного в рамках социокультурной действительности. Именно к этой специфической категории относится правовое положение личности, права и свободы, способы их реализации и защиты и т.п., то есть то, что называется правосознанием общества, и, в частности, его составной части — понятия личности, значительно отличающегося в различных цивилизационных реалиях.

В чем же заключается отличие представлений о мире и месте в нем личности с точки зрения мусульманского мировоззрения?

Во-первых, это само понятие «право». В мусульманском мировосприятии право — это воля Верховного суверена — Аллаха, выраженная в Коране или Сунне (преданиях), а также Кияс — общее суждение по определенному вопросу богословов-правоведов и Иджма — их же решение по конкретному поводу, имеющее обязательную силу. Само право — «хакк» — по арабски, подразделяется на три части:

¹ Михайлов Ю. М. Пора понимать Коран. М.: Ладомир, 2007. С. 27.

² Например, рабочих-мигрантов в Москве.

— права Аллаха — молитва, пост, поломничество и т.п. действия, входящие в понятие канонического права;

— права человека (Божьего раба) — предусматривает защиту интересов отдельного человека — охрану его здоровья, жизни, имущества, чести, достоинства и т.п. обстоятельства, представляющие собой личностный статус мусульманина; именно к этому виду относятся права человека в европейском понимании этого термина;

— общее право (право сообщества — уммы) — вопросы, которые могут затрагивать интересы всех членов сообщества, в частности право пользования своим имуществом или здоровье, касающиеся всех членов сообщества;

При этом по принципу подсудности индивидуальное право подразделяется на два типа:

— подсудные земному суду — кадияту;

— неподсудные земному суду — религиозное право («дийани хакк»), неподсудное земному суду, а откладывающееся до Страшного суда. Подобное положение отсутствует в большинстве систем светского законодательства и именно к этой части мусульманского права относится решение отдельного человека совершить «джихад» — действие, дефиниция которого до сих пор представляет предмет дискуссий в настоящее время¹, а также вопросы кровной мести.

Сюда же можно отнести и совершенно уникальное явление мусульманского права — право на обет, совершение определенного действия, как правило, религиозного характера, ответственность за которое, мусульманин несет перед Аллахом и собственной совестью, т.е. с позиции позитивного права вообще не несет ответственности за этот «договор» религиозного содержания.

Что же касается непосредственно прав человека в исламском мире, то они уже существуют в достаточно регламентированном виде² и, к сожалению, не соотносятся с теми правами человека и гражданина, с которыми мы знакомы, например, по Всеобщей Декларации прав человека ООН 1948 г., Хельсинского Заключительного акта Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г., или Конституции РФ³.

Открывается декларация правом на жизнь, затем идет право на справедливость, на равенство, на справедливый судебный процесс; далее идет право на защиту от злоупотребления властью, на защиту от пыток, на защиту чести и достоинства, на управление делами общества, право на свободу мысли, слова, вероисповедания, на свободу собраний, на защиту собственности, на труд и социальное обеспечение;

Отдельно выделяется право на создание семьи и право замужних женщин, право на образование, свободу перемещения и свободного выбора места жительства.

К сожалению, ни Каирская Декларация прав человека⁴ в Исламе 1990 г., ни Всеобщая исламская Декларация прав человека 1981 г.⁵ не включают в свои составы положения об обязанностях мусульман, не завершая таким образом логически обоснованную схему — права, свободы, обязанности (составляющие единый комплекс правового статуса мусульманина).

Не закреплен этот статус и в иных мусульманских источниках, а отдельные примеры⁶ представляют собой лишь фрагментарные включения в общую канву мусульманского права.

В основных источниках фикха (мусульманского правового учения) можно найти лишь пять основных обязанностей, предписанных мусульманину религиозной традицией:

— Исповедание веры — «Шихада»;

— Обязательная молитва — «Намас»;

— Добровольная милостыня — «Закят»;

— Ежегодный месячных пост — «Саум»;

— Паломничество — «Хаджж», которые так же как и права и свободы являются частью свободы религиозного миропонимания и одновременно частью религиозной обязанности мусульманина.

¹ Исламский толковый словарь, ст. «Джихад». Ростов н/Д: Феникс, 2009. С. 57.

² Всеобщая исламская декларация прав человека / Разработана Исламским советом в 1981 году / Цит. по: Жданов Н. В. Исламская концепция миропорядка. М., 2003.

³ Конституция РФ. Энциклопедический словарь. М.: Юристъ, 1997. С. 205.

⁴ Каирская Декларация прав человека в Исламе 1990 г. / См.: Жданов Н. В. Указ. соч.

⁵ Всеобщая исламская Декларация прав человека. / См.: Там же.

⁶ Садык М. Права человека в Исламе. М.: Диял, 2008. С. 15–18.

По мнению некоторых исследователей данного вопроса, все права принадлежат Богу¹, а человеку — только обязанности, хотя по мнению иных авторов² и у Всевышнего есть свои обязанности перед человеком когда он всей душой и телом предан Богу, и постоянно поминает его в молитвах.

Таким образом, права и обязанности являются итогом религиозного миропонимания мусульманина, в частности правосознания, и часть своих обязанностей мусульманин может почерпнуть из Корана или Сунны (предания); например, таких как обязанность мужчины содержать свою семью и оказывать помощь родственникам (17; 26), помогать нуждающимся (4; 36) и т.п.

В этом случае достигается совпадение обязанностей, предписанных мусульманину священным писанием — Кораном и его самосознанием в рамках религиозно воспитанной личности ибо, как отмечает О.В. Орлова, «...личность — это продукт соотношения между человеком и обществом, в котором он осуществляет свою деятельность (экономическую, духовную, бытовую)»³ и, как отметил по этому поводу В.И. Крусс: «...полнота целого всегда превышает значение элементов целого...»⁴, то есть обязанности как права и свободы естественным образом являются частью общего комплекса правового положения мусульман.

К сожалению, тексты конституций мусульманских государств также не могут дать полного ответа на эти вопросы, поскольку обязанности их граждан закреплены в них в самом общем виде: например, ст. 7 конституции ОАЭ закрепляет шариат в качестве основного источника права в стране; а ст. 41 конституции ЮАР обязывает всех граждан страны «защищать религию»⁵.

Можно выделить лишь отдельные положения правового статуса личности, относящиеся к сфере правовых обязанностей мусульманина, и имеющие конституционное закрепление: например, необходимость соблюдать Конституцию и законы; уважать существующий в стране государственный строй; уплачивать налоги; участвовать в несении воинской службы и т.п.⁶, но все они содержат лишь «...определенный набор поведения гражданина, включающий и конституционные обязанности»⁷, как отмечает конституционный словарь.

В целом же вопрос об обязанностях граждан мусульманских государств находится в недостаточно развитом состоянии и нуждается в последующей детализации как на научном, так и на конвенционном уровнях. Так, в соответствии со Всеобщей исламской декларацией прав человека⁸, все права человека в мусульманском обществе сведены к 23 статьям, не имеющим внутреннего ранжирования и разделения по направлениям.

Сформулируем выводы, следующие из вышеизложенных рассуждений:

1. Рассмотрение вопроса о правах человека и гражданина в полной объеме возможно лишь в «связке» с иными аспектами этой проблемы, в их расширенном, мировом контексте, включая буддистский, индуистский, иудейский и, конечно же, исламский варианты, тем более, что в мире насчитывается более 1 млрд людей, исповедующих ислам, и в России около 20% жителей являются последователями этой религии.

2. Сам комплекс прав человека в его исламском варианте представляет собой некий «свернутый», замкнутый на себя документ, явно недоработанный и не имеющий четкого внутреннего деления на виды и направления, требующий серьезной аналитической работы по дальнейшей структуризации и, возможно, переосмысления всего объема правоотношений, охватывающих личный статус человека, как в рамках мусульманского его понимания, так и в общемировом контексте.

3. Представляется совершенно необходимым обратить пристальное внимание на уточнение той части комплекса правового статуса мусульман, который относится к его обязанностям, включая уже существующий конституционный объем.

4. Тем не менее представляется что работа по приведению прав человека в его исламском варианте должна продолжаться, с тем чтобы не только привести исламский вариант к общемировому

¹ Михайлов Ю. А. Указ. соч. С. 61.

² Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. М.: Наука, 1986. С. 21.

³ Орлова О. В. Автономия личности и гражданское общество // Государство и право. 2006. №1. С. 12.

⁴ Крусс В. И. Теория конституционного правопользования. М.: Норма, 2007. С. 83.

⁵ Мартынова М. Ю. Основы конституционного права стран — членов ОПЕК. М.: МГИМО-У, 2008. С. 258.

⁶ Там же. С. 255.

⁷ Права человека в исламе. М.—СПб: Диля, 2008.

⁸ Там же. С. 229.

уровню (тем более что он формировался в течение не одного столетия, а свод прав человека в его европейском варианте насчитывает едва ли треть этого временного периода), но и с тем чтобы можно было обобщить подход различных правовых систем и социально-культурных общностей в единый, по-настоящему всеобъемлющий акт, обладающий огромным нравственным, социально-культурным и правовым потенциалом.

КОНЦЕПЦИЯ СОВРЕМЕННОЙ МОДЕЛИ МОДЕРНИЗАЦИИ ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РФ

ВОЛЧЕНКО Валерия Наильевна,

к.ю.н., ст. преподаватель кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Конституция РФ 12 декабря 1993 установила, что носителем суверенитета и единственным источником власти в РФ является ее многонациональный народ. Референдум и свободные выборы являются высшим непосредственным выражением народной власти (ст. 3). Обязательные периодические и свободные выборы позволяют народу сохранить свои суверенитет и верховенство, а также контролировать деятельность всей системы органов публичной власти. Поступательное развитие политической системы государства обуславливает совершенствование нормативного регулирования избирательной системы и избирательных процедур. Одну из ключевых позиций в реформировании избирательной системы РФ занимает глава государства. Так, Президент РФ в Послании Федеральному Собранию РФ обозначил основные направления комплексной реформы политической системы РФ¹. В частности, в Послании были обозначены такие этапы реформирования системы организации публичной власти в стране, как:

1. Переход к выборам руководителей субъектов РФ прямым голосованием жителей регионов.
2. Введение упрощенного порядка регистрации политических партий.
3. Отмена необходимости собирать подписи для участия в выборах в Государственную Думу и в региональные законодательные органы.
4. Сокращение количества подписей избирателей, необходимых для участия в выборах Президента России, до 300 тыс. шт., а для кандидатов от непарламентских партий — до 100 тыс.
5. Изменение системы выборов в Государственную Думу Федерального Собрания РФ путем введения пропорционального представительства по 225 округам.
6. Изменение порядка формирования Центральной и региональных избирательных комиссий посредством расширения представительства политических партий в данных органах.

Президентом были внесены соответствующие законопроекты, обеспечивающие реализацию поставленных им в Послании целей. Какие же шаги были предприняты нашими законодателями на пути достижения обозначенных Президентом РФ задач?

2 апреля 2012 года был принят Федеральный закон №28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О политических партиях»»². Данный нормативный акт существенно изменил порядок создания, регистрации и контроля за деятельностью политических партий в РФ как основных субъектов избирательного процесса. В настоящее время в политической партии должно состоять не менее пятисот членов, при этом политическая партия должна иметь региональные отделения не менее чем в половине субъектов РФ, в субъекте РФ может быть создано только одно региональное отделение данной политической партии. Кроме того, существенно ослаблен контроль за финансовой деятельностью политических партий. Так, если ранее партия обязана была ежегодно представлять в Центральную избирательную комиссию РФ сводный финансовый отчет о поступлении и расходовании средств, то теперь — один раз в три года. Также законом был увеличен период неучастия политической партии в выборах как основание для ее ликвидации с пяти до семи лет. Принятие данных поправок к закону

¹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 22.12.2011 «Послание Президента РФ Федеральному Собранию // Российская газета. №290. 23.12.2011.

² Федеральный закон от 02.04.2012 г. №28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О политических партиях»» // Российская газета. №5746. 04.04.2012.

является серьезным шагом в развитии демократии, так как огромное количество политических сил сегодня отстранены от участия в выборах, от политической конкуренции. Вместе с тем, этот федеральный закон привел к резонансу в обществе, большое количество политических и общественных деятелей высказали свое негативное мнение по этому поводу. Представители оппозиционных партий опасаются, что снижение минимальной численности членов партии может привести к появлению на политическом поле страны трех групп партий: одни будут созданы на идеологической основе; другие — на коммерческой, для продажи мест; третьи — партии-фантомы, для борьбы с крупными политическими партиями. Нам представляется, что основное зерно спора правящей и оппозиционных партий заключается в отношении к возможности создания избирательных блоков. Право временного объединения перед выборами выгодно маленьким партиям. Это позволило бы им более эффективно аккумулировать различные ресурсы для увеличения шансов в борьбе с «титанами» нашего политического олимпа. На наш взгляд, достижению согласия в этом вопросе может способствовать ограничение количества партий в блоке и введение механизма дисквалификации всех партий — членов блока в случае его распада после выборов. В этом случае избранные депутаты обязаны будут принудительно передать мандаты следующей за ними партии или блоку, а к следующим выборам не допускаться.

Федеральным законом от 2 мая 2012 года №40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ" и Федеральный закон "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ"» был осуществлен возврат к прямым выборам высших должностных лиц в субъектах РФ¹. Согласно данному закону, высшее должностное лицо субъекта РФ (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) избирается на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании на срок не более пяти лет и не может замещать указанную должность более двух сроков подряд. Требования к кандидату на должность руководителя субъекта РФ: возрастной ценз — 30 лет, ценз гражданства, обладание пассивным избирательным правом, а также отсутствие гражданства иностранного государства либо вида на жительство или иного документа, подтверждающего право на постоянное проживание на территории иностранного государства. Законом установлены две формы выдвижения кандидата: самовыдвижение и выдвижение политическими партиями. Политическая партия вправе выдвинуть кандидатом на указанную должность как субъекта, являющегося, так и не являющегося членом данной и любой другой политической партии. Ограничением пассивного избирательного права для кандидатов, которые ранее занимали должность высшего должностного лица, является факт отращения от должности Президентом (на 2 года), а также факт досрочного прекращения полномочий (по собственному желанию или в связи с выражением недоверия законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ). Законом установлены «президентский» и «муниципальный» фильтры выдвижения кандидатов. В частности, закрепляется право Президента РФ на проведение консультаций с политическими партиями, выдвигающими кандидатов на должность высшего должностного лица субъекта РФ, а также с кандидатами, выдвинутыми в порядке самовыдвижения. Обе формы выдвижения кандидата должны пройти «муниципальный фильтр» — получить поддержку от 5 до 10 процентов депутатов представительных органов муниципальных образований и (или) избранных на муниципальных выборах глав муниципальных образований субъекта РФ. Поддержка кандидата выражается в проставлении указанными субъектами своей подписи на листе поддержки кандидата с указанием даты и времени ее проставления. При этом требуется нотариальное заверение подлинности подписи. Кандидату, выдвинутому в порядке самовыдвижения, также необходимо собрать подписи избирателей в количестве, установленном законом субъекта РФ; оно не может быть менее 0,5 и более 2 процентов от числа зарегистрированных в субъекте избирателей². Очевидно, что кандидаты-самовыдвиженцы и кандидаты, выдвинутые политиче-

¹ Федеральный закон от 02.05.2012 г. №40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ" и Федеральный закон "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ"» // Российская газета. №99. 04.05.2012.

² п.п. «б» п.6 ст. 2 Федерального закона от 02.05.2012 г. №40-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон "Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ" и Федеральный закон "Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ"» // Российская газета. №99. 04.05.2012.

скими партиями находятся в неравных условиях на этапах выдвижения и регистрации. Во-первых, у кандидата, выдвинутого политической партией, есть определенные преимущества при прохождении «муниципального» фильтра, особенно, если представители выдвинувшей его политической партии входят в состав представительного органа муниципального образования. Во-вторых, кандидат, выдвинутый политической партией, освобождается от необходимости сбора подписей избирателей в поддержку своего выдвижения.

Юридическая и политическая ценность данного федерального закона, несомненно, выражается в регулировании вопросов содержания конституционной ответственности высшего должностного лица субъекта. Особое внимание в законе уделяется институту отзыва высшего должностного лица как форме контроля за деятельностью субъекта, наделенного властными полномочиями народом в ходе прямых выборов. Основаниями отзыва высшего должностного лица являются: 1) установленный судом факт нарушения законодательства РФ и субъекта РФ; 2) установленное судом неоднократное грубое, без уважительных причин неисполнение своих обязанностей. Обратиться в соответствующий суд субъекта РФ с заявлением об установлении указанных фактов, могут политические партии, их региональные отделения, иные общественные объединения, а также проживающие на территории соответствующего субъекта РФ и обладающие активным избирательным правом граждане РФ в количестве не менее 100 человек. Инициатива проведения голосования по отзыву высшего должностного лица субъекта РФ может быть выдвинута не ранее чем по истечении одного года со дня вступления его в должность. В поддержку инициативы отзыва высшего должностного лица должны быть собраны подписи избирателей, в количестве не менее одной четверти от числа зарегистрированных в субъекте РФ избирателей. Процедура отзыва высшего должностного лица субъекта РФ проводится в порядке, в целом соответствующем порядку проведения референдума субъекта РФ. К сожалению, установленная законом процедура не предусматривает возможность инициации отзыва высшего должностного лица субъекта РФ со стороны избирателей на основании «утраты доверия» избирателей, что несколько отдаляет избирателей от возможности непосредственного участия в осуществлении государственной власти, в том числе путем досрочного прекращения полномочий избранного кандидата — руководителя соответствующего субъекта РФ.

Федеральный закон от 02.05.2012 №41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с освобождением политических партий от сбора подписей избирателей на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ, в органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления» освободил все политические партии от сбора подписей избирателей для регистрации выдвинутых ею кандидатов, списков кандидатов¹. Тем самым законодатель отменяет так называемую «льготную» регистрацию — на основании решения политической партии о выдвижении кандидата (списка кандидатов) — для партий, которые были представлены в предыдущем составе Государственной Думы Федерального Собрания РФ, законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ, представительном органе муниципального образования, устраняя «неравенство» в правовом положении участников избирательного процесса. Что касается выборов Президента РФ, то здесь сохраняется необходимость сбора подписей избирателей в поддержку своего выдвижения для кандидатов, выдвинутых в порядке самовыдвижения, и выдвигающих кандидата политических партий, не имеющих своих представителей составе Государственной Думы Федерального Собрания РФ. При этом сохраняется «льготная» регистрация — на основании решения политической партии о выдвижении кандидата без сбора подписей избирателей — для политических партий, федеральный список кандидатов которой на основании официально опубликованных результатов ближайших предыдущих выборов депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ допущен к распределению депутатских мандатов. Вместе с тем, существенно снижено количество подписей, которые должны собрать самовыдвиженец — до 300 тыс. подписей избирателей, а также политическая партия, выдвинувшая кандидата в Президенты РФ — до 100 тыс. подписей избирателей. С учетом того, что предыдущая редакция Федерального закона «О выборах Президента РФ» закрепляла одинаковое количество необходимых для поддержки выдвижения подписей избирателей, как для самовыдвиженцев, так и для политических партий, преимущество политической партии очевидно.

¹ Федеральный закон от 02.05.2012 №41-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с освобождением политических партий от сбора подписей избирателей на выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ, в органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления» // Российская газета. №99. 04.05.2012.

Таким образом, большинство «президентских» инициатив, выраженных в Послании Президента Федеральному Собранию РФ получили свое законодательное отражение. Вместе с тем, принятые попытки реформы избирательного законодательства, к сожалению, не способны решить все проблемы, которые существуют в избирательном праве и процессе. Так, представляется необходимым ввести в содержание Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ» термин «фальсификация итогов выборов (голосования)». Нормы юридической ответственности за нарушение избирательного законодательства слишком мягки и не выполняют превентивных функций, что приводит к массовым нарушениям в ходе избирательного процесса. Следует признать существенной проблему соревновательности положений административного и уголовного законодательства в сфере обеспечения избирательных прав граждан. Требуется более четкое законодательное разграничение схожих по своему содержанию правонарушений в сфере обеспечения избирательных прав граждан.

СФЕРА МИГРАЦИИ КАК ПРЕДМЕТ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

ДРИГОЛА Эдуард Владимирович,

к.ю.н., доцент кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Предмет правового регулирования как определенная совокупность однородных общественных отношений традиционно рассматривается в качестве объективного критерия подразделения системы российского права на отрасли и институты. Принято считать, что «в структуру предмета правового регулирования входят следующие элементы: субъекты; объекты регулируемых общественных отношений; социальные факты, способствующие возникновению соответствующих отношений; практическая деятельность людей»¹. Вопрос о месте миграционного права в системе права остается открытым. Вне зависимости от того, расценивать ли его как отдельную (комплексную) отрасль права или считать лишь подотраслью административного права, «нельзя не признать, что миграционное право и шире законодательство имеет специфический предмет правового регулирования — объективные миграционные процессы, присущие современному обществу»². Уяснение структуры и содержания миграционных отношений как предмета правового регулирования является необходимой предпосылкой дальнейшего совершенствования миграционного законодательства.

Слово «миграция» имеет латинское происхождение. Данный термин означает «переход, переезд, переселение»³. В специальной литературе он используется в различных значениях. Выделяют сезонные миграции животных, миграции клеток, химических элементов и даже правовых систем. В данном случае речь идет о перемещении населения через границы тех или иных территориальных образований. Не вызывает сомнения тот факт, что «миграция населения — это сложный по природе, формам проявления и последствиям процесс»⁴. Ни одно государство не может равнодушно относиться к изменению состава, численности и местонахождения населения на своей территории. Несмотря на то, что миграционные процессы имеют свою внутреннюю логику развития, публичная власть стремится придать им управляемый характер. При этом решение миграционных проблем должно находиться в русле реализации национальных интересов соответствующего государства. Правовой формой выражения этих интересов является законодательство, регламентирующее общественные отношения в сфере миграции (миграционное законодательство).

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 2-х томах / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М.: Зерцало, 1998. С. 234.

² Хабриева Т. Я. Миграционное право России: теория и практика / Т. Я. Хабриева. М.: Контракт, 2008. С. 5.

³ Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь / 4-е изд., стер. М.: Рус. яз., 1996. С. 484.

⁴ Юдина Т. Н. Миграция: словарь основных терминов: учеб. пособие. М.: Изд-во РГСУ; Академический проект, 2007. С. 160.

Слово «сфера» пришло к нам из греческого языка. Оно означает «область, пределы распространения чего-либо»¹. В данном случае — пределы правового регулирования отношений по поводу перемещения, переселения людей внутри страны, выезда из России в другие государства и въезда на территорию Российской Федерации. Совершая подобного рода перемещение, физические лица реализуют гарантированное статьей 27 Конституции Российской Федерации право на свободное передвижение, выбор места пребывания и жительства. Набор юридических средств воздействия на поведение участников миграционных процессов зависит от официальной точки зрения на характер их взаимодействия с представителями публичной власти. На законодательном уровне обеспечение проведения единой государственной миграционной политики рассматривается как одно из полномочий Правительства Российской Федерации в социальной сфере². Вместе с тем, к миграционной сфере могут быть также отнесены:

1) из числа полномочий Правительства Российской Федерации в сфере обеспечения законности, прав и свобод граждан, борьбы с преступностью:

— участие в разработке и реализации государственной политики в области обеспечения безопасности личности, общества и государства;

— осуществление мер по обеспечению законности, прав и свобод граждан, по охране собственности и общественного порядка, по борьбе с преступностью и другими общественно опасными явлениями;

2) из числа полномочий Правительства Российской Федерации в сфере обеспечения обороны и государственной безопасности Российской Федерации:

— принятие мер по охране государственной границы Российской Федерации;

3) из числа полномочий Правительства Российской Федерации в сфере внешней политики и международных отношений:

— защита граждан Российской Федерации за пределами территории Российской Федерации.

Дополнительным подтверждением того факта, что миграционные проблемы не замыкаются социальной сферой, является бюджетная классификация. В соответствии с ней миграционная политика отнесена к разделу «национальная безопасность и правоохранительная деятельность»³.

Сфера деятельности каждого отдельно взятого федерального органа исполнительной власти устанавливается в зависимости от его подчиненности актами Президента Российской Федерации или Правительства Российской Федерации. Федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере миграции, правоприменительные функции, функции по федеральному государственному контролю (надзору), предоставлению государственных услуг и исполнению государственных функций в данной сфере является подчиненная Правительству Российской Федерации Федеральная миграционная служба (далее — ФМС России)⁴.

Функциональная дифференциация федеральных органов исполнительной власти определена Президентом Российской Федерации. Под функциями по контролю и надзору понимаются:

— осуществление действий по контролю и надзору за исполнением установленных нормативными правовыми актами общеобязательных правил поведения;

— выдача государственными органами и их должностными лицами разрешений (лицензий) на осуществление определенного вида деятельности и (или) конкретных действий юридическим лицам и гражданам;

— регистрация актов, документов, прав, объектов, а также издание индивидуальных правовых актов⁵.

Федеральный государственный контроль (надзор) в сфере миграции отнесен к видам деятельности, для которых специальными федеральными законами могут устанавливаться особенности органи-

¹ Современный словарь иностранных слов. СПб: Дуэт, 1994. С. 589.

² О Правительстве Российской Федерации: Федер. конституционный закон от 17 декабря 1997 г. №2-ФКЗ, ст. 16. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

³ Бюджетный кодекс Российской Федерации: Федер. закон от 31 июля 1998 г. №145-ФЗ, ст. 21. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Положение о Федеральной миграционной службе: утв. постановлением Правительства РФ от 13 июля 2012 г. №711, п. 1. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

⁵ О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти: Указ Президента РФ от 9 марта 2004 г. №314. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

зации и проведения проверок в части, касающейся вида, предмета, оснований проведения проверок, сроков и периодичности их проведения, уведомлений о проведении внеплановых выездных проверок и согласования их проведения с органами прокуратуры. При этом под государственным контролем (надзором) понимается деятельность уполномоченных органов государственной власти, направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений обязательных требований, посредством организации и проведения проверок, принятия предусмотренных законодательством мер по пресечению и (или) устранению последствий выявленных нарушений, а также деятельность указанных органов по систематическому наблюдению за исполнением таких требований, анализу и прогнозированию состояния их исполнения¹.

Из приведенного выше определения понятия «федеральная миграционная служба» видно, что данный федеральный орган исполнительной власти помимо своих профильных функций по контролю и надзору призван осуществлять функции по предоставлению государственных услуг в сфере миграции. Под государственной услугой понимается деятельность по реализации функций федерального органа исполнительной власти, которая осуществляется по запросам заявителей в пределах установленных нормативными правовыми актами Российской Федерации полномочий органов, предоставляющих государственные услуги².

Содержательная характеристика отношений в сфере миграции представлена в Положении о ФМС России. Данная Федеральная служба призвана осуществлять:

- производство по делам о гражданстве Российской Федерации, оформление и выдачу основных документов, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации;
- регистрационный учет граждан Российской Федерации по месту пребывания и по месту жительства в пределах Российской Федерации, контроль за соблюдением гражданами и должностными лицами правил регистрации и снятия с регистрационного учета граждан;
- миграционный учет иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации;
- оформление и выдачу иностранным гражданам и лицам без гражданства документов для въезда в Российскую Федерацию, проживания и временного пребывания в Российской Федерации;
- федеральный государственный контроль (надзор) в сфере миграции;
- контроль и надзор в сфере внешней трудовой миграции, привлечения иностранных работников в Российскую Федерацию и трудоустройства граждан Российской Федерации за ее пределами;
- исполнение законодательства Российской Федерации по вопросам беженцев и вынужденных переселенцев, участие в установленном порядке в предоставлении политического убежища иностранным гражданам и лицам без гражданства.

Единого нормативного акта, определяющего основы государственного управления по всем приведенным выше направлениям не существует. На его роль мог бы претендовать федеральный закон о миграции или миграционный кодекс. Соответственно, отсутствует общее законодательное определение предмета правового регулирования применительно ко всей сфере миграции. Содержание данного термина раскрывается в отдельных федеральных законах, составляющих нормативную базу деятельности ФМС России:

1) предмет регулирования Федерального закона «О гражданстве Российской Федерации» определен следующим образом: «В настоящем Федеральном законе содержатся принципы гражданства Российской Федерации и правила, регулирующие отношения, связанные с гражданством Российской Федерации, определены основания, условия и порядок приобретения и прекращения гражданства Российской Федерации»³;

2) предмет регулирования Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» обозначен так: «Настоящий Федеральный закон определяет правовое положение иностранных граждан в Российской Федерации, а также регулирует отношения между иностранными гражданами, с одной стороны, и органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами указанных органов, с другой стороны, возникающие в связи

¹ О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля: Федер. закон от 26 декабря 2008 г. №294-ФЗ, ст. 2. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

² Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг: Федер. закон от 27 июля 2010 г. №210-ФЗ. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

³ О гражданстве Российской Федерации: Федер. закон от 31 мая 2002 г. №62-ФЗ, ст. 1. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

с пребыванием (проживанием) иностранных граждан в Российской Федерации и осуществлением ими на территории Российской Федерации трудовой, предпринимательской и иной деятельности»¹;

3) предмет регулирования Федерального закона «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации» характеризуется следующим образом: «Настоящий Федеральный закон регулирует отношения, возникающие при осуществлении учета перемещений иностранных граждан и лиц без гражданства, связанных с их въездом в Российскую Федерацию, транзитным проездом через территорию Российской Федерацию, передвижением по территории Российской Федерации при выборе и изменении места пребывания или жительства в пределах Российской Федерации либо выездом из Российской Федерации»².

Подводя итог, можно предложить следующее определение единого предмета правового регулирования для сферы миграции: управленческие общественные отношения между органами государственной власти и их должностными лицами, реализующими функции по федеральному государственному контролю (надзору) и предоставлению государственных услуг, с одной стороны, и гражданами Российской Федерации, иностранными гражданами и лицами без гражданства, с другой стороны, возникающие в связи с территориальным перемещением населения в пределах Российской Федерации, выездом из Российской Федерации, въездом в Российскую Федерацию и пребыванием (проживанием) в Российской Федерации.

«ADMINISTRATION OF JUSTICE» («WYMIAR SPRAWIEDLIWO CI») IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND

Izdebski Hubert,

Ordinary Professor,

Faculty of Law and Administration, University of Warsaw

Article 175 item 1 of the Constitution of the Republic of Poland stipulates that “the administration of justice in the Republic of Poland shall be implemented by the Supreme Court, the common courts, administrative courts, and military courts”; it is important to note that, in the Polish original, all judicial bodies enumerated in Article 175 as the “courts” are named “s dy”. According to the Constitution, common courts shall implement the administration of justice concerning all matters save for those statutorily reserved for other courts (Article 177), the Supreme Court shall exercise supervision over common and military courts regarding judgments (Article 183 item 1), and the Supreme Administrative Court and other administrative courts shall exercise, to the extent specified by statute, control over the performance of public administration (Article 184).

Though the English language expression “administration of justice” (having its direct equivalent, for instance, in French) is, from the legal point of view, an appropriate translation of the Polish term “*wymiar sprawiedliwo ci*”, it has to be borne in mind that there is a certain difference in a sense flavour of that Polish term and of its English equivalent. “*Wymiar*” has to be connected with the process of measuring, weighing and/or considering, and, therefore, “*wymiar sprawiedliwo ci*” makes think much more about the image of Themis or rather *Justitia*, equipped with scales, and blindfolded to express her objectivity, than on a simple use of judicial competence. Moreover, the Russian respective term, i.e. *pravosudie*, seems to have some specific ethical flavour, lacking to the “administration of justice”, as well. In the Constitution of the Russian Federation, there is also the provision (Article 118 item 1) of the contents similar to that of Article 175 item 1 of the Polish Constitution: “Justice in the Russian Federation shall be administered by the Courts alone” (*Pravosudie v Rossijskoj Federacii osu est' vjaetsja tol'ko sudom*).

According to many Russian authors, in Article 118 of the Russian Constitution the talk is about the *pravosudie* in a narrow sense, because the term may also mean other elements of the state system of law enforcement. The same concerns *wymiar sprawiedliwo ci* — in the current Polish language, but also, for

¹ О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: Федер. закон от 25 июля 2002 г. №115-ФЗ, ст. 1. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

² О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации»: Федер. закон от 18 июля 2006 №109-ФЗ. Режим доступа: СПС «КонсультантПлюс».

instance, in the provisions of the Criminal Code relating to the “offences against the administration of justice”; the latter are similar, it is noteworthy, to the respective provisions of the Russian Criminal Code.

When one examines only the narrow sense of the term — that is to say the mission of the courts of law constitutionally reserved to them on the monopoly basis — it does not prevent from reflecting about the strict matter of *pravosudie* or *wymiar sprawiedliwo ci*, assuming that the terms concern not only the courts as specific institutions but they relate to what is to be done by the independent judges. Article 45 item 1 of the Polish Constitution, following the contents of Article 6 item 1 of the European Convention on Human Rights, guarantees to everyone the right to a fair and public hearing of his/her case before a competent, impartial and independent court, i.e. an independent judge; the above quoted provision of the Convention relates to the determination of civil rights and obligations or of any criminal charge, what — even in a broad sense of those terms attributed to by the European Court of Human Rights — can be regarded as a definition of the appropriate vocation of the courts of law.

Even while taking into consideration the sense of Article 6 of the European Convention on Human Rights, it is fully justified to ask the question which respective competences, that could be classified as belonging to the category “administration of justice”, may not (and, if they do not belong, may) be statutorily transferred to other state officials who act within the court, and more generally the judiciary, without having no status of judge or transferred to non-judiciary officials, in particular to the institution of notary public. The academic definition of „*wymiar sprawiedliwo ci*”: „activity of the state consisting in a binding settlement of a legal dispute, one at least of the parties to is an individual or a similar legal subject”¹ is not either sufficient to end asking such question.

It seems that the question is much more legitimate with respect to Poland than to Russia, because in contemporary Poland, and not in the Russian Federation, such competence transfers were or have been effectively made, and that in spite of the fact that Poland belongs to those European states that have the biggest number of judges per capita.

As far as the transfer within the court structure is concerned, within the common courts there was traditionally, until the entry into force (on the 5th of May, 2009) of the declaration of its unconstitutionality (because of the contradiction to Article 45 item 1), made by the Constitutional Tribunal in the judgment of the 24th of October, 2007 (SK 7/06), the institution of “associate judge” (*asesor s dowy*) — the court official having passed the judge examination, appointed (but also dismissable in specific situations) by the Minister of Justice, and awaiting the formal nomination to the post of judge (to gain such position, the *asesor* had to hold that post at least 3 years), whom the Minister could authorize to enjoy temporarily (no longer than during 4 years) competences of the judge. As the case decided by the Constitutional Tribunal concerned only “associate judges” within the common courts, the institution has been preserved within the administrative courts, though, after the Tribunal judgment, it does not play the role it had before.

The other category of the court official directly involved in settlement of legal disputes is that of “judicial referendary” (*referendarz s dowy*) in the common courts of the first instance, having been introduced since 1997 — the institution, moreover, comparable with the German and Austrian *Rechtspfleger* or the French *greffier*. Referendaries, whose status must differ from that of the judge and who are not judges, are competent in all registration matters (land registers, the National Judicial Register to register almost all categories of legal persons and also some other legal subjects), in deciding in simplified civil law proceedings as well as deciding about their costs. The dissatisfied party may appeal against the referendary’s decision to the court employing the given referendary, what means that the case has to re-examined by the judge. Competences of referendaries in the field of deciding about costs of civil law proceedings were subject to the control of their conformity with the respective provisions of the Constitution; on the 1st of December, 2008 the Constitutional Tribunal stated that the transfer of such competences to that category of court officials was not contrary to the Constitution (P 54/07).

On the other hand, since 2008 there has been a possibility, and the choice belongs to the interested party, to receive the official statement of succession not only in the traditional way, that is to say by the court’s decision, but also from the notary public. That means that in non-contentious succession cases there is a parallel competence of the court and of the notary public — what should mean that issuance of statements of succession does not belong to the category of “*wymiar sprawiedliwo ci*”.

If it does not, what is that? The answer — that it is an example of other measures of the “legal protection” (*ochrona prawna*, having its Russian equivalent in *pravovaja za ita*) — has been provided by the Constitutional Tribunal, in particular in the judgment of the 12th of May, 2003 (SK 38/02)².

¹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne — zarys wykladu*, 12th ed., Warszawa 2008. P. 333–334.

² I develop that matter in my book *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, 2nd ed., Warszawa 2012, Pp.367 sqq.

In that judgment, the Constitutional Tribunal has argued as follows: “Prior decision-making of the Constitutional Tribunal has led to accept a distinction between two categories of situations: one in which the court makes acts connected with administration of justice (*wykonuje czynno ci zwi zane ze sprawowaniem funkcji wymiaru sprawiedliwosci*), and the other one where the court makes acts within the field of legal protection that are not ‘a final settlement of the legal dispute’ [...] The distinction between implementing the administration of justice (in cases mentioned in Article 45 of the Constitution, and, respectively, in using other powers provided for by the Constitution) — what may be exclusively within the hands of the judges (and not the *asesors*) — and other acts in the field of the legal protection (competences of the courts that, having been defined by statutes, have no direct constitutional basis) — that may be attributed, within the courts, to judicial referendaries — is accepted in the Law on Common Courts Organization [...] The distinction introduced by the Constitutional leads to the statement that the right to the court generally formulated in Article 45 item 1 of the Constitution means, in reality, two rights: the right to the court as the right to the judicial administration of justice (*prawo do s dowego wymiaru sprawiedliwosci*) [...] in the field of individual rights, as well as the right to the judicial control of acts infringing upon individual freedoms (rights) guaranteed by the Constitution [...] The criterion of that distinction between two types of activities of the courts can be found in a circumstance whether concrete cases are (or have to be) examined in the way of judicial proceedings going from the beginning to the end”.

It is not so easy to say that such argumentation — developed *de casu ad casum* — leads to a clear answer to the question what is, and what is not, implementation of the administration of justice. However, its importance consists rather not in providing the answer of the question, but in searching for criteria of distinguishing “other measures of legal protection”. Such search can have grounds not only in Poland, and one of the proofs of its need has been the Recommendation R(86) 12E of the Committee of Ministers of the Council of Europe of the 16th of September, 1986 concerning measures to prevent and reduce the excessive workload in the courts; the Recommendation has been based upon the conviction “of the interest of limiting the number of non-judicial tasks performed by judges as well as of reducing any excessive workload of the courts in order to improve the administration of justice”, and, among examples of “non-judicial tasks”, the appendix to it has enumerated also all those categories of cases that are at present within the hands of Polish judicial referendaries. The concept of “non-judicial tasks performed by judges” is, therefore, of importance while searching for the appropriate sense of the administration of justice.

There is, however, another problem relating to the concept of “administration of justice” that seems to be more specifically Polish. It is the problem of the distinction, expressed in the 1997 Constitution of the Republic of Poland, between the courts and the tribunals — the Supreme Court and other categories of courts being enumerated in Article 175 item 1 above quoted, while tribunals: the Constitutional Tribunal and the Tribunal of State (competent in cases of violation of the Constitution or of a statute by the highest-rank officials of the Republic) are subject to a specific individual regulation, though within the same chapter of the Constitution, entitled “Courts and Tribunals”.

From the formal point of view, the problem arises out, first, of the wording of Article 10 item 2 of the Constitution, according to which the judicial power is vested in courts and tribunals, what expressly classifies the both tribunals within the judicial power, and, second, of the wording of Article 175 item 1 above quoted, limiting the mission of the administration of justice only to the courts. Therefore, tribunals (in particular, the Constitutional Tribunal, because, in practice, there are no cases to be examined by the Tribunal of State) are parts of the judicial power without participating in the administration of justice. That makes ask a question about a difference between a, more general, constitutional vocation of the judicial power, and the administration of justice. The answer is still more difficult that, besides the general conclusion that tribunals and their judges, though recruited rather on a political, and not fully professional basis, have to be objective and independent in the same way as the courts have to be, some authors note the fact that at least a part of the competences of the tribunals corresponds to the administration of justice¹. That concerns, in particular, the Tribunal of State.

Nevertheless, though the main scope of jurisdiction of the Constitutional Tribunal — that is to say the adjudication in the matters of the conformity of statutes and international agreements to the Constitution, of a statute to ratified international agreements whose ratification required prior consent granted by statute, and of central administration regulations to the Constitution, ratified international agreements and statutes — is specific from the point of view of its legal effects (the Tribunal’s control is abstract, leading to a decision of a “negative lawmaker”, concerning general legal force of the questioned legal provision, and not

¹ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2008, S. 229.

limited to the application of the provision in a given case), the competence to decide over the conformity to the Constitution of the purposes and activities of a political party is of the same order as purely “judicial” tasks of the courts.

The distinction between the courts (with their monopoly of the administration of justice) and the tribunals, not so easy to explain by representatives of the Polish legal doctrine, has not resulted from a more profound reflection on, for instance, a double nature of the judicial power; moreover, that could explain why it is not a preferable object of interest of Polish constitutionalists. It results rather from historical accidents and circumstances. The provisions on the Constitutional Tribunal (equipped then with more limited powers than the present ones) and the Tribunal of State were introduced in 1982 to the text of the 1952 Constitution of the Polish People’s Republic for specific political reasons, and they related to institutions much more political than judicial, especially in the context of the then general principle of the unity of the state power. Therefore, those provisions were added not to the chapter 7 relating to the courts and the Prokuratura, but to the chapter 4 (added in 1957) relating to the Supreme Chamber of Control. One may also think about a possible influence of the Russian terminological tradition in which “tribunal” has meant an exceptional, and not regular and permanent, institution –though, in the Polish legal tradition, the “tribunal” was a high rank, in no way exceptional jurisdiction, as before the World War II there was, permanently from 1922, the Supreme Administrative Tribunal, and there could be also other tribunals, like the Invalids Administrative Tribunal installed in 1935, and the Social Insurance Tribunal provided for in 1939, but installed after the War, and acting until 1975 as the second instance jurisdiction over the social insurance courts.

On the other hand, in the constitutions of Poland, there was always an equivalent of the present Article 175 item 1, referring only to the courts. Among fundamental amendments made in December, 1989 in the text of the 1952 Constitution (meaning, in the first place, a come back to the traditional name of the state, i.e. the Republic of Poland), there was nothing about the separation of powers and the judicial power, what meant that courts and tribunals continued to be separate entities. The 1992 “Small Constitution” declared the principle of separation of powers, but it identified, however, the judicial power with the “independent courts”, and preserved the force of chapters 4 and 7 of the 1952 Constitution.

In such circumstances, the authors of the 1997 Constitution — what is more, without profound debates — arranged in order the prior terminology rather than attempted at its changing, except for a broader definition of the judicial power that includes the tribunals. The comparative study in this respect does not belong to the scope of the present paper, but it has to be noted that the present Polish constitutional solution differs from what has been accepted by the authors of numerous contemporary European constitutions, including the Russian one — that is to say from, first, naming the institution of the judicial control over legislation constitutionality “the Constitutional Court”, and not “the Tribunal” (what is quite normal in European constitutionalism, taking apart the very special case of the French Constitutional Council), and, second, placing the Constitutional Court, indirectly or directly (the latter solution is represented in the Constitution of Portugal), within the framework not only of the judicial power, but also of the administration of justice (what is, however, more rare as, for instance, the constitutional courts of the Czech Republic and of Slovakia, though named “courts”, are formally separated from the administration of justice). That means that these are not only Polish authors who may find themselves in difficulty while attempting to find out the very sense of the administration of justice.

КОНТРОЛЬНЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ И ПРОЦЕДУРЫ В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ СОБРАНИИ РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАКТИКА

КОСАЧЕВ Александр Сергеевич,

соискатель кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В системе институтов и отраслей публичного права важное место отводится институтам парламентского контроля, сфера и направления которого постоянно расширяется.

Конституция Российской Федерации, раскрывая лишь отдельные аспекты деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации, вообще ничего не упоминает

об их контрольных полномочиях. Однако, на наш взгляд, уместным было бы обратиться к части 1 статьи 77 Конституции Российской Федерации, согласно которой система органов государственной власти субъектов Российской Федерации устанавливается ими самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных органов государственной власти, установленными федеральным законом.

Федеральный закон от 6 октября 1999 года №184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее — Федеральный закон №184-ФЗ)¹, регулируя статус законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации, задает основные параметры и направления парламентского контроля в субъектах Российской Федерации. При этом дальнейшее и более детальное правовое регулирование контрольных полномочий парламентов субъектов Российской Федерации осуществляется в конституционном (уставном) и текущем законодательстве субъектов Российской Федерации. Ростовская область не стала исключением из этого правила.

Согласно части 4 статьи 5 Федерального закона №184-ФЗ, законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации в пределах и формах, установленных конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации и законами субъекта Российской Федерации, осуществляет наряду с другими уполномоченными на то органами контроль за соблюдением и исполнением законов субъекта Российской Федерации, исполнением бюджета субъекта Российской Федерации, исполнением бюджетов территориальных государственных внебюджетных фондов субъекта Российской Федерации, соблюдением установленного порядка распоряжения собственностью субъекта Российской Федерации.

Перечисленные контрольные полномочия получили свое закрепление в статье 45 Устава Ростовской области² и статье 21 Областного закона от 18 сентября 2002 года №270-ЗС «О Законодательном Собрании Ростовской области»³. В соответствии с указанными статьями Законодательное Собрание через комитеты, комиссии и иные, специально создаваемые им, органы осуществляет контроль:

- за соблюдением и исполнением принятых Законодательным Собранием правовых актов;
- за исполнением областного бюджета, бюджетов территориальных государственных внебюджетных фондов;
- за соблюдением установленного порядка распоряжения государственной собственностью Ростовской области.

Одним из ключевых направлений парламентского контроля в Ростовской области можно назвать контроль за реализацией областного законодательства. Указанный вид парламентского контроля осуществляется непосредственно через комитеты Законодательного Собрания Ростовской области и в соответствии со статьей 5 Положения о комитетах и комиссиях Законодательного Собрания Ростовской области⁴ является одной из их основных функций. При этом на специалистов комитетов в соответствии с их должностными регламентами ложатся обязанности по организационно-техническому обеспечению реализации функций комитетов по осуществлению парламентского контроля⁵.

Следующим направлением контроля, осуществляемого Законодательным Собранием Ростовской области, является контроль в финансово-бюджетной сфере. Пожалуй, можно согласиться с позицией

¹ Первоначальный текст документа опубликован в издании «Собрание законодательства Российской Федерации», 18.10.1999 г. №42. Ст. 5005.

² Первоначальный текст документа опубликован в издании «Наше время». №221–222. 19.10.2001 г.

³ Первоначальный текст документа опубликован в издании «Наше время». №189–191. 27.09.2002 г.

⁴ Постановление Законодательного Собрания Ростовской области от 30 мая 2003 г. №68 (в ред. от 16.02.2012) «О Положении о комитетах и комиссиях Законодательного Собрания Ростовской области».

⁵ Распоряжение Законодательного Собрания Ростовской области от 3 ноября 2011 года №260 «Об утверждении должностных регламентов государственных гражданских служащих Ростовской области, замещающих должности государственной гражданской службы Ростовской области в Законодательном Собрании Ростовской области».

К.А. Ишекова о том, что на указанную сферу распространяются достаточно широкие контрольные полномочия региональных парламентов¹.

Статья 153 Бюджетного Кодекса Российской Федерации наделяет законодательные (представительные) органы полномочиями по рассмотрению и утверждению отчетов об исполнении бюджета, по осуществлению последующего контроля за исполнением бюджета, по формированию и определению правового статуса органов, осуществляющих контроль за исполнением бюджета, а также иными полномочиями.

В соответствии со статьей 7 Положения о комитетах и комиссиях Законодательного Собрания Ростовской области к вопросам ведения комитета по бюджету, налогам и собственности относятся принятие областного бюджета, бюджетов областных внебюджетных фондов, контроль за их исполнением, а также финансовый контроль. Одной из функций комитета по бюджету является также ежеквартальное заслушивание информации Контрольно-счетной палаты Ростовской области о результатах проведенных контрольных и экспертно-аналитических мероприятий.

Кроме того, к полномочиям Законодательного Собрания Ростовской области относится образование постоянно действующего органа внешнего государственного финансового контроля Ростовской области — Контрольно-счетной палаты Ростовской области. В соответствии со статьей 6 Областного закона от 14 сентября 2011 года №667-ЗС «О Контрольно-счетной палате Ростовской области»² Законодательное Собрание Ростовской области назначает на должность Председателя, заместителей председателя и аудиторов Контрольно-счетной палаты. Порядок рассмотрения кандидатур на должности председателя, заместителя председателя и аудиторов Контрольно-счетной палаты установлен Регламентом Законодательного Собрания Ростовской области.

Следующее направление парламентского контроля, осуществляемого Законодательным Собранием в соответствии с Уставом Ростовской области, имеет своим объектом соблюдение установленно-го порядка распоряжения государственной собственностью Ростовской области.

Согласно статьи 6 Областного закона от 15 января 2001 года №125-ЗС «О порядке управления и распоряжения государственной собственностью Ростовской области»³ к ведению Законодательного Собрания Ростовской области относится осуществление контроля за распоряжением (отчуждением) имуществом, относящимся к государственной собственности Ростовской области, осуществление контроля за исполнением принятых актов в сфере имущественных отношений, утверждение прогнозного плана (программы) приватизации государственного имущества Ростовской области и отчета о его выполнении.

Относительно недавно в Ростовской области, как и в остальных субъектах Российской Федерации, стала применяться такая форма контроля, как заслушивание ежегодных отчетов Губернатора Ростовской области о результатах деятельности Правительства Ростовской области, в том числе по вопросам, поставленным Законодательным Собранием. Порядок представления в Законодательное Собрание Ростовской области и рассмотрения Законодательным Собранием ежегодного отчета Губернатора Ростовской области о результатах деятельности Правительства Ростовской области закреплен в главе 7² Регламента Законодательного Собрания.

Законодательное Собрание Ростовской области также наделено контрольными полномочиями в сфере соблюдения прав и свобод человека и гражданина.

В соответствии со статьей 43 Устава Ростовской области Законодательное Собрание назначает на должность и досрочно прекращает полномочия Уполномоченного по правам человека в Ростовской области, должность которого в соответствии с преамбулой Областного закона от 15 марта 2007 года №643-ЗС «Об Уполномоченном по правам человека в Ростовской области»⁴ учреждена в целях создания дополнительных гарантий государственной защиты прав и свобод человека и гражданина, их

¹ Ишеков К.А. Некоторые направления парламентского контроля: уровень субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2010. №5. С. 60–63.

² Первоначальный текст документа был опубликован в издании «Наше время». №380–387. 20.09.2011 г.

³ С изменениями, внесенными Областным законом от 27.06.2012 г. №888-ЗС (опубликован в газете «Наше время». 04.07.2012). Первоначальный текст документа опубликован в издании «Наше время». №12–13, 23.01.2001.

⁴ Первоначальный текст документа опубликован в издании «Наше время». №88. 20.03.2007.

соблюдения и уважения государственными органами, органами местного самоуправления и их должностными лицами.

Также Законодательное Собрание Ростовской области наделяет полномочиями и досрочно прекращает полномочия Уполномоченного по правам ребенка в Ростовской области, который в соответствии со статьей 16¹ Областного закона «Об Уполномоченном по правам человека в Ростовской области» рассматривает обращения граждан о нарушении прав детей, а также координирует деятельность общественных приемных Уполномоченного по правам человека по вопросам защиты прав детей.

О наличии у Законодательного Собрания реальных контрольных полномочий в рассматриваемой сфере свидетельствует и факт представления и заслушивания Законодательным Собранием ежегодных докладов Уполномоченного по правам человека и Уполномоченный по правам ребенка о своей деятельности.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о том, что как на законодательном уровне, так и в практической деятельности Законодательного Собрания Ростовской области региональный парламентский контроль имеет место быть. Можно с уверенностью утверждать, что модернизация института парламентского контроля в Ростовской области положительно скажется на перспективах его осуществления.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ НАЛОГОВОГО ПРОЦЕССА

КУЗНЕЧЕНКОВА Валентина Евгеньевна,

д.ю.н., профессор кафедры финансового и административного права
Ростовского государственного экономического университета (РИНХ)

Современный период развития налогового права свидетельствует о необходимости глубокого правового анализа механизма налогового правового регулирования, его процессуальной составляющей. В настоящее время в финансово-правовой науке обоснованно ставится вопрос о существовании налогового процесса¹.

Важный этап в развитии налогового процесса в Российской Федерации связан с принятием Налогового кодекса РФ (далее — НК РФ), значительную долю содержания которого составляют нормы процессуального характера. При принятии этого акта законодатель опирался на принципы, свойственные иным известным системе российского права процессуальным отраслям и институтам — отраслям уголовно-процессуального и гражданско-процессуального права и институтам конституционного и административного процесса, была сделана попытка реализовать в нормах, регулирующих налоговый процесс, принципы законности, презумпции невиновности, процессуального равенства сторон, доступности, гласности, экономичности, состязательности, охраны интересов государства и личности.

В теории права и большинстве материальных отраслей вопросы предмета регулирования получили довольно широкое развитие. С процессуальным правом дело обстоит несколько сложнее. В отношении специфики налогового процесса, как правило, имеет место постановка данной проблемы с указанием на ее актуальность и особенности возникающих правоотношений, однако предмет регулирования исследован недостаточно подробно.

Понятие налогового процесса в тексте НК РФ отсутствует, однако анализ юридической литературы, посвященной налоговому процессу, выявляет постепенный общий рост внимания исследователей к данной проблеме. Однако до сих пор не удалось добиться определенности в трактовке сущности

¹ См.: Бачурин Д. Г. Основные элементы налогового процесса // Налоговое планирование. 2001. №3. С. 3946; Иванова В. Н. Соотношение правовых категорий «налоговый процесс» и «налоговое производство» и особенности их реализации в Налоговом кодексе РФ // Юрист. 2001. №2. С. 67–70; Макаренко Т. Н. Налоговый процесс и налоговое производство // Финансовое право. 2002. С. 25–31; Гудимов В. И. Налоговый процесс // Финансовое право. 2002. №5. С. 23–27; Кузнеценкова В. Е. Современная концепция налогового процесса // Государство и право. 2005. №1. С. 34–39; Кузнеценкова В. Е. Налоговый правотворческий процесс в системе юридических категорий // Журнал российского права. 2002. №1. С. 106–113.

налогового процесса. Отсутствует систематизация научных знаний в этом аспекте, информация характеризуется большой разрозненностью и полярностью точек зрения различных ученых. При этом как общую тенденцию изучения налоговых процессуальных норм можно обозначить внимание исследователей лишь к отдельным элементам налогового процесса, сужение сферы предметного рассмотрения. Конкуренция позиций различных авторов основывается, как правило, на одном из двух ведущих вопросов: правомерно ли вообще говорить о существовании налогового процессуального права, проводя дифференциацию внутри налогового права, и если да, то какова правовая природа данного явления, что следует включать в его предмет?

Чаще вопросы налогового процесса затрагиваются косвенно при анализе тех или иных налоговых отношений. Между тем, исследование налогового процесса и статуса субъектов, через действия которых он реализуется, представляет собой одно из важнейших направлений дальнейшего развития налогового и финансового права, способствуя, с одной стороны, налаживанию и закреплению важнейшей связи между материальными и процессуальными нормами и как следствие — совершенствованию правоприменения, а с другой — систематизируя накопленные научные знания, упрощая подход ко многим существующим проблемам, а значит и способствуя их решению.

Интерес современной юридической науки к налоговому процессу обозначился после принятия первой части НК РФ именно в связи со значительным наличием в нем процессуальных норм. Однако интересен тот факт, что уже на этапе обсуждения в Государственной Думе различных в 1996–1998 гг. различных вариантов проектов НК РФ, в 1996–98 гг. высказывались идеи о принятии Процессуального налогового кодекса, который должен был содержать регламент сбора каждого из налогов, а также методики их исчисления.

Учитывая фундаментальное значение теории юридического процесса, необходимо отметить, что налоговому процессу присущи все признаки процесса юридического: он всегда связан с реализацией закрепленных в законе прав и обязанностей, ориентирован на достижение определенного юридического результата, основывается на процессуальных нормах налогового права, непосредственно связан с использованием специальных приемов и средств юридической техники, осуществляется с участием уполномоченных властных субъектов — налоговых, таможенных органов и органов государственных внебюджетных фондов. Добавим, что он имеет стадийный характер, его результаты всегда оформляются специальными процессуальными актами.

По вопросу о месте налогового процесса в системе права особый интерес вызывает позиция, которая рассматривает налоговый процесс в качестве института:

а) налогового права¹;

б) такой его крупной подотрасли, как налоговое процессуальное право.

При этом под последним подразумевается совокупность разнообразных материальных и процессуальных налогово-правовых норм, призванных гарантировать выявление и надлежащий порядок реализации налоговых обязательственных или деликтных отношений. Соответственно налоговый процесс предлагается считать налоговой процедурой особого характера.

Необходимо отметить, что дискуссия о сущности юридического процесса в целом и его понимании до сих пор не окончена и сегодня спор вокруг понятий «процедура» и «процесс» особенно актуален².

Налоговый процесс обладает всеми признаками, присущими юридическому процессу. Он всегда связан с реализацией закрепленных в законе прав и обязанностей в определенном законом порядке и временной последовательности, основывается на системе процессуальных норм налогового права, осуществляется уполномоченными субъектами — налоговыми органами, таможенными органами и другими (хотя инициаторами правоотношений могут выступать налогоплательщики или налоговые агенты — лица, не обладающие властными полномочиями), непосредственно связан с использованием специальных приемов и средств юридической техники, результаты всегда оформляются специальными процессуальными актами. Налоговый процесс обладает специфическими признаками, которые отличают его от иных видов процессов.

Значительная часть норм НК РФ и иных нормативно-правовых актов закрепляет именно процессуальные аспекты налогового права, что обусловлено в первую очередь спецификой на-

¹ Налоги и налогообложение / Под ред. Романовского М.В., Врублевской О.В. СПб, 2000. С. 145 / *Цит. по* Макаренко Т.В. Налоговый процесс и налоговое производство // Финансовое право. 2002. С. 36.

² Винницкий Д.В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. СПб.: Юрид. центр Пресс. 2000. С. 291.

логовых правоотношений, особым значением налоговых платежей для государственного бюджета, необходимостью закрепления оптимального налогообложения, учитывающего интересы государства и налогоплательщика (ст.ст. 5, 6, 61 и т.д. НК РФ). Развитие налогового законодательства в последние годы существенным образом изменило соотношение материальных и процессуальных норм в сфере налогового правового регулирования. Среди различных механизмов, заложенных в Налоговом кодексе РФ заметное место занимают процессуальные нормы и отношения.

Налоговый кодекс РФ установил процедурные и процессуальные нормы, без которых любые декларации прав и обязанностей останутся лишь декларациями¹.

Четкая нормативная регламентация процессуальной деятельности фискальных органов выступает важнейшей гарантией защиты прав налогоплательщиков. Принимаемые в ходе процессуальной деятельности налоговых органов решения по вопросам налогообложения воплощаются в индивидуальных налогово-правовых актах, являющихся актами применения норм налогового права.

Учеными достаточно исследован механизм правового регулирования. Однако механизм процессуального регулирования не получил глубокого исследования. Лишь в работе В.Н. Протасова «Основы общеправовой процессуальной теории» обосновывается необходимость выделения такой категории, формируется понятие, показана структура процессуального механизма. Понятие «процессуально-правовой механизм» охватывает совокупность взаимосвязанных процессуальных средств отраслевого характера, необходимых и достаточных для выявления и реализации материального правоохранительного правоотношения.

Данная правовая категория позволяет адекватно отразить одну из важнейших правовых подсистем, полнее выявить особенности процессуальных явлений, ибо они наиболее четко выражены в общем механизме их действия, глубже понять природу юридического процесса через изучение его взаимосвязей с другими процессуальными явлениями.

Как справедливо отмечают многие авторы, образование самостоятельных крупных комплексов процессуальных норм характерно в настоящее время для налогового права. Такое положение определяется не только наличием кодифицированного акта — Налогового кодекса, содержащего целые главы, посвященные регулированию порядка тех или иных действий уполномоченных органов, но и наличием специфических налоговых имущественных отношений, которые нуждаются в процессуальном механизме их обеспечения и реализации².

Анализ налогового законодательства и практики свидетельствует о том, что налогово-процессуальный механизм уже существует как явление и обладает как всеми общими признаками, присущими юридическому процессу, так и специальными, которые отличают его от иных процессов. Однако до сих пор не исследованы такие вопросы, как предмет и метод процессуально-налогового механизма, субъектов налогово-процессуальных правоотношений, порядок распределения прав и обязанностей между ними.

Образование в структуре налогового права блока процессуальных норм предопределило возникновение и развитие научных взглядов на существование налогового процесса и изучение его основных признаков. Все это свидетельствует о значительно возросшем интересе к изучению процессуальной составляющей налогового права.

Учитывая значение законодательного регулирования порядка исполнения обязанности по уплате налогов и сборов, исследование данных вопросов представляется актуальным, так как это напрямую связано с экономической стабильностью и устойчивостью государства.

Совокупность налоговых процессуальных норм — составная часть налогового права, являющегося в свою очередь подотраслью финансового права. В настоящее время налоговый процесс представляет собой институт налогового права. В современных условиях в связи с развитием налогового законодательства число налоговых процессуально-правовых норм увеличивается, что свидетельствует о реальности достаточно высокой степени гарантированности налоговых материально-правовых норм.

В налогово-правовой науке не существует однозначного определения понятия «налоговый процесс».

¹ Шаталов С. О. О налоговой политике в России // Финансовая газета. 1997. №3.

² Винницкий Д. В. Российское налоговое право: проблемы теории и практики. СПб: Юрид. центр Пресс. 2000. С. 291.

Научные позиции некоторых ученых основываются на включении в налоговый процесс двух основных сфер процессуальных отношений: налогового контроля и производства по налоговым правонарушениям¹.

Существует точка зрения, в соответствии с которой специфика налоговых правовых отношений обусловила необходимость трактовки налогового процесса в широком смысле слова, потому что это понятие включает в себя все процессуальные отношения, касающиеся права государства на часть имущества налогоплательщика и плательщика сборов в виде налоговых платежей в соответствующий денежный фонд. Сведение налогового процесса в его понимании до производства по делам о налоговых правонарушениях или налогового судопроизводства не является достаточно теоретически обоснованным. Более состоятельной является позиция, в соответствии с которой предлагается включить все налогово-правовые нормы, связанные с определенной упорядоченной процедурой реализации нормативных предписаний в понятие налогового процесса². Кроме того, необходимо включить в структуру налогового процесса правотворчество в налоговой сфере. Это обусловлено тем, что государственное управление налоговыми отношениями имеет свое начало именно на стадии налогового правотворчества.

Таким образом, налоговый процесс представляет собой урегулированную процессуальными нормами права деятельность государственных уполномоченных органов в налоговой сфере, направленную на установление правовых основ формирования налоговых доходов, обеспечение надлежащего поведения лиц по исполнению ими своих обязанностей как участников налоговых отношений, разрешение налоговых споров.

НОВЕЛЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ОБ ОСНОВНЫХ ПРАВАХ И СВОБОДАХ

МАРТЮШОВА Виктория Александровна,

аспирантка кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Для эффективной реализации взятых на себя Россией международно-правовых обязательств в области защиты основных прав и свобод человека и гражданина особо важное место занимает право каждого на судебную защиту, закрепленное в ст. 46 Конституции РФ 1993 г. Данное конституционное положение гарантирует судебную защиту прав и свобод каждому гражданину России, иностранному гражданину, лицу без гражданства в соответствии с положением ст. 8 Всеобщей декларации прав человека, устанавливающей право каждого человека «на эффективное восстановление в правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему Конституцией или законом». Наряду с нормами внутригосударственного (национального) права, российские суды всех уровней должны использовать и (или) применять в своей практике нормы международного права о правах человека, обязательные для России. Данное взаимодействие норм международного и внутригосударственного права при осуществлении правосудия является дополнительной гарантией реализации прав и свобод человека и гражданина, их надлежащей защиты в случае нарушения.

И. И. Лукашук характеризует норму международного права как «созданное соглашением субъектов формально определенное правило, устанавливающее для них права и обязанности, осуществление которых обеспечивается юридическим механизмом»³. В российской юридической литературе суще-

¹ См.: Ногина О. А. Налоговый контроль: вопросы теории // СПб: Питер, 2002. С. 47; Иванова В. Н. Соотношение правовых категорий «налоговый процесс» и «налоговое производство и особенности их реализации в Налоговом кодексе РФ // Юрист. 2001. №2. С. 67; Староверова О. В., Эриашвили Н. Д. Налоговый процесс: Учеб. пособие / Под ред. Н. М. Коршунова. М.: ЮНИТИ. 2004. С. 39.

² Бачурин Д. Г. Налоговый процесс как внутриотраслевой институт налогового права // Российский юридический журнал. 2001. №2. С. 85–87.

³ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. 3-е изд. 2005. С. 142.

ствуют различные подходы к классификации международно-правовых норм. Их принято разделять на императивные, диспозитивные, процессуальные; по сфере деятельности; по юридической силе и пр.

В международном (европейском) и внутригосударственном (в том числе в Российской Федерации) законодательстве и практике, касающейся судебной правозащитной деятельности, с конца первого десятилетия XXI века весьма часто выражается позиция, согласно которой корреляция процессов осуществления международно-правового и внутригосударственной судебной защиты фундаментальных прав и свобод на основе принципов международного права должна строиться в соответствии с принципом субсидиарности. Этот принцип объективно предполагается к его утверждению в качестве ключевого в развитии практики разграничения юрисдикций международного и государственного (национального) правосудия в сфере, касающейся основных прав и свобод человека¹.

Большое значение для российской судебной практики имеют Европейская Конвенция о защите прав человека и судебная практика Европейского Суда по правам человека. Первым к нормам Европейской Конвенции и практике Европейского суда обратился Конституционный Суд РФ. Он впервые сослался на ЕКПЧ еще в 1996 г., до того, как этот договор был ратифицирован РФ. После ратификации Конвенции на нее начали ссылаться также Верховный Суд и Высший Арбитражный Суд.

Как показывает складывающаяся судебная практика, суды РФ все чаще при рассмотрении обращений и вынесении решений используют (применяют) нормы международного права о правах человека. О.И. Тиунов разделил международные договоры о правах человека, занимающие, по его мнению, первое место, на 4 категории: международные договоры, которые закрепляют и развивают положения о правах и свободах человека; международные договоры, касающиеся борьбы с массовыми нарушениями прав человека; договоры, которые касаются отдельных прав индивидов и международные договоры, связанные с защитой отдельных категорий индивидов².

В ряде постановлений Конституционного Суда Российской Федерации после указания, что те или иные нормы Конституции РФ корреспондируют с теми или иными статьями Всеобщей декларации прав человека и Европейской конвенции о защите прав человека, содержится вывод, что указанные положения как относящиеся к общепризнанным принципам и нормам международного права согласно ст. 15 (ч. 4) Конституции Российской Федерации являются составной частью правовой системы Российской Федерации.

В ряде других актов Конституционного Суда Российской Федерации содержится ссылка на то, что общепризнанные принципы и нормы международного права закреплены во Всеобщей декларации прав человека и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод

Основные принципы — это система норм особого рода. Они обладают высшей, императивной юридической силой, идет ли речь о принципах как общих нормах права либо о принципах и делах. В документах ООН термин «принцип» применяется в разном значении: а) как правовой или неправовой принцип; б) как норма более высокого порядка; в) как норма, порождающая конкретные правила; г) как цель, которую необходимо достичь; д) как руководящее начало толкования. В любом случае общенормативная природа принципов благоприятным образом отражается как на стабильности межгосударственных отношений, так и на устойчивости мирового сообщества в целом. Универсальность сферы их действия по субъектам и областям регулируемых межгосударственных отношений определяет условия взаимодействия в рамках этих систем любого субъекта; столь же важны стабильность, всеобщий характер обязательств, возникающих в процессе реализации принципов, прямое и опосредованное их действие³.

В настоящей момент нет единого мнения по вопросу обязательности решений ЕСПЧ для России. Судья Конституционного Суда Российской Федерации Н.С. Бондарь подробно анализирует проблемы и условия обязательности решений Европейского Суда по правам человека для России, в результате чего делает несколько выводов. Так, Н.С. Бондарь, ссылаясь на ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. №54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», закрепляющую обязанность Российской Федерации в соответствии со ст. 46 Конвенции признать *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского Суда по правам человека

¹ Овсепян Ж. И. К обсуждению концепции статуса конституционного правосудия в сфере защиты фундаментальных прав и свобод на основе принципов и норм международного права в период глобализации // Журнал конституционного правосудия. 2011. №1(19). С. 2.

² Тиунов О. И. Всеобщая декларация прав человека в нормах международного и конституционного права // Журнал российского права. 2009. №2. С. 140.

³ Тихомиров Ю. А. Публичное право: Учебник. М.: БЕК, 1995. С. 269.

обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договоров актов, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации делает вывод о том, что «из данного положения, однако, не следует, что Российская Федерация признает для себя обязательными все решения Европейского Суда по правам человека: по своему буквальному смыслу оно предполагает обязательность для России лишь той части практики Европейского Суда по правам человека, которая формируется при рассмотрении дел в связи с предполагаемыми нарушениями Российской Федерацией своих конвенционных обязательств. Это в полной мере соотносится с общим принципом связанности судебным решением сторон спора, но не третьих лиц.

Что же касается вопроса о значении для национальной правовой системы практики Европейского Суда, сформированной без участия Российской Федерации, то он не получил прямого разрешения в Конвенции и Федеральном законе №54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней» и не имеет однозначной оценки в отечественной научной литературе¹.

Далее, говоря о значении актов Европейского Суда по правам человека для государств, не участвующих в конкретном деле, Н.С. Бондарь обращает внимание на специфику статуса Суда, реализующего двуединую функцию по контролю за соблюдением Конвенции о защите прав человека и толкованию положений Конвенции при разрешении конкретных дел. Этим, по мнению Н.С. Бондаря, «предопределяется необходимость учета двуединой юридической природы судебных актов Европейского Суда по правам человека: во-первых, как казуальных решений конкретных дел, находящихся в сфере юрисдикции европейского судебного органа; во-вторых, с точки зрения содержащегося в них официального толкования положений Конвенции, имеющих значение не только для разрешения конкретного спора, но и — в силу сложившегося общеевропейского правового обычкновения — прецедентное значение для разрешения последующих аналогичных споров.

Отсюда ясно, что обязывающее значение решений Европейского Суда также как бы раздваивается: по конкретным спорам оно распространяется, по общему правилу, на тех государств — участников Конвенции, которые являлись стороной в споре; для иных государств, не участвовавших в деле, решения Европейского Суда по правам человека обязательны лишь в части содержащегося в них официального (нормативного) толкования конвенционных положений, приобретающих значение правовых позиций Европейского Суда. Прецедентно-обязывающая сила таких решений проистекает из того обстоятельства, что толкование международного договора органом, юрисдикция которого признана государствами-участниками, является неотъемлемым элементом юридического содержания договорных норм, которые не могут применяться в отрыве, а тем более вопреки данному толкованию»².

При этом к компетенции Конституционного Суда РФ относится контроль за конституционностью законодательных актов и контроль за соответствием Конституции не вступивших в силу международных договоров.

В этой связи, кажется актуальной новелла, предложенная проф. Ж.И. Овсепян, касающаяся «решения вопроса о развитии правоприменительной деятельности внутригосударственных (национальных), конституционных судов, в том числе в Российской Федерации, в сфере обеспечения взаимодействия международного и национального права. А именно: предлагается обсудить вопрос о возможности отнесения к юрисдикции Конституционного Суда Российской Федерации нового вида полномочий — связанных с осуществлением проверок соответствия внутригосударственного законодательства ратифицированным международным договорам Российской Федерации по правам и свободам»³.

Введение в практику Конституционного Суда Российской Федерации предложенной Ж.И. Овсепян новеллы, на наш взгляд, способствовало бы более эффективному развитию национального законодательства и своевременному устранению существующих несоответствий.

¹ Бондарь Н. С. Конвенционная юрисдикция Европейского Суда по правам человека в соотношении с национальным конституционным контролем. Актуальные аспекты реформ российского государства и права конца XX — начала XXI столетия. (Межотраслевое социально-правовое исследование). Ростов н/Д: Изд. ЮФУ. С. 70.

² Там же. С. 73–74.

³ Овсепян Ж. И. К обсуждению концепции статуса конституционного правосудия в сфере защиты фундаментальных прав и свобод на основе принципов и норм международного права в период глобализации // Журнал конституционного правосудия. №1 (19). 2011. С. 9.

АГЕНТСТВО ПО СТРАХОВАНИЮ ВКЛАДОВ КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ЛИЦО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

НЕГОДАЕВА Елена Георгиевна,

преподаватель кафедры экономики и права
Азовского института экономики, управления и права (филиала)
Ростовского государственного экономического университета (РИНХ)

Общественно важные цели и задачи системы страхования вкладов предъявляют специфические требования к ее институциональной основе — управляющей организации. Мировая практика и исследования отечественных ученых показывают, что государство не всегда способно максимально эффективно выполнять свои функции, а также осуществлять расходование имеющихся в его распоряжении денежных средств. По этой причине создается квазиправительственная организация, обладающая публично-правовым статусом. Именно по такому принципу построено подавляющее большинство зарубежных систем обязательного страхования вкладов, где соответствующие функции (включая санацию и ликвидацию банков) выполняет созданная государством организация, действующая не на коммерческой основе, обладающая финансовой и управленческой автономией, но подконтрольная государству. Неудивительно, что и аналогичная российская система базируется на передовом мировом опыте и по основным параметрам соответствует международным «Основополагающим принципам для эффективных систем страхования депозитов», которые в 2009 году разработаны по поручению «Большой двадцатки» (формат международных совещаний министров финансов и глав центральных банков, представляющих 20 крупнейших национальных экономик)¹.

По этой причине и были созданы в Российской Федерации государственные корпорации, представляющие интересы государства в наиболее значимых и социально важных направлениях функционирования, где государство не всегда бывает эффективно, а представители бизнеса не заинтересованы в их реализации в силу отсутствия экономического интереса.

В настоящий момент наблюдается общемировая тенденция передачи государством части своих полномочий специальным субъектам. Во Франции такие субъекты именуются независимыми административными органами, в США и Великобритании — агентствами². Все это служит предпосылками для постепенного стирания грани между публичным и частным правом: различные элементы проникают в новые сферы, в которых ранее не существовали.

В этой связи появляется необходимость определить формы юридического лица, позволяющие наиболее эффективно выполнять делегированные ему государством функции. По этой причине в иностранном праве был разработан институт юридических лиц публичного права, который в настоящий момент успешно применяется на практике во многих странах для решения указанных задач.

Категория «юридическое лицо публичного права» как нельзя лучше отражает их сущность и предназначение. Не являясь органами власти, они выступают носителями государственной воли в важнейшем секторе экономики — на рынке финансовых услуг. Для реализации такой воли они наделены властными полномочиями, свойственными органам власти, и одновременно (но за пределами властных полномочий) активно используют рыночный инструментарий, в том числе необходимые институты гражданского права.

Изложенное позволяет выдвинуть гипотезу — основная потребность использования категории юридического лица публичного права может состоять в том, чтобы обозначить немногочисленный ряд уникальных организаций, созданных государством для выполнения публичных функций.

¹ См.: Основополагающие принципы для эффективных систем страхования депозитов. URL: <http://www.asv.org.ru/insurance/experience> (дата обращения: 21.09.2012).

² См.: Талапина Э. В. Государственная корпорация как новый субъект права // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. №2. С. 36.

В российском праве категории, подобной юридическому лицу публичного права, в настоящее время нет. Вместе с тем данный вопрос широко обсуждается и необходимость разработки такого понятия признается большинством юристов¹.

Стоит согласиться с А.В. Турбановым, что Агентство по страхованию вкладов следует признать субъектом не столько гражданско-правовых, сколько публично-правовых отношений. Как представляется, указанное свойство — доминирующее при определении правового статуса Агентства. Это дает основание отнести его к одной из разновидностей института, известного как «юридическое лицо публичного права».

Государственная корпорация создается исключительно Российской Федерацией на основании закона (Федеральный закон от 23 декабря 2003 г. №177-ФЗ «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации»² (далее — Закон)) для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных целей. Эта организационно-правовая форма близка по юридической конструкции к учреждению, однако Российская Федерация как учредитель не отвечает по обязательствам государственной корпорации. Данное обстоятельство, видимо, и обусловило закрепление за Агентством по страхованию вкладов статуса именно государственной корпорации, что привлекательно для государства, ограничивающего пределы имущественной ответственности бюджета, но сохраняющего за собой рычаги управления финансами. Соответствующие механизмы предусмотрены, например, ст. 24, 42 Закона.

Имущество, переданное государственной корпорации Российской Федерацией, является собственностью государственной корпорации. При этом государственная корпорация не отвечает по обязательствам Российской Федерации, а Российская Федерация не отвечает по обязательствам государственной корпорации (ст. 33 Закона).

Разграничение имущества учредителя (РФ) и государственной корпорации (юридического лица) в системе страхования вкладов отвечает как интересам государства, так и интересам вкладчиков и банков. Во-первых, государство не может использовать средства фонда для покрытия своих расходов или погашения долговых обязательств. Иными словами, деньги банков, за счет взносов которых формируется фонд страхования, не поступают в полное распоряжение государства — у них строго целевое назначение. Это имеет принципиальное значение в условиях большого размера государственного долга, а также в случае принятия государственного бюджета с дефицитом. Отделение средств фонда от средств государства не позволит кредиторам государства обращаться взыскание на средства фонда. С другой стороны, недостаточность средств фонда для осуществления возмещения по вкладам не влечет автоматически увеличения расходов из государственного бюджета. Такая ситуация возможна только при согласии на это государства и закреплении соответствующих расходных статей в бюджете на конкретный финансовый год (ст. 41 Закона).

Кроме того, необходимо отметить такой инструмент финансового обеспечения деятельности Агентства по страхованию вкладов, как внесение Российской Федерацией имущественного взноса. Данный механизм был использован в конце 2008 г., когда на реализацию Агентством по страхованию вкладов функции по санации банков ему были перечислены 200 млрд руб., которые в соответствии со ст. 78.1 Бюджетного кодекса Российской Федерации³ (далее — БК РФ) относятся к субсидиям. Следует сказать, что в действующей редакции БК РФ отсутствует определение субсидий, несмотря на то, что данный вид трансфертов используется в межбюджетных отношениях. Поэтому правовой статус указанного имущественного взноса не до конца ясен.

¹ Обзор дискуссии по данному вопросу можно встретить в следующих работах: Чиркин В. Е. Юридическое лицо публичного права. М.: Норма, 2007. 352 с.; Ефимова Л. Г. О правовой природе госкорпорации // Хозяйство и право. 2008. №8. С. 59–68; Чантурия Л. Л. Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования // Государство и право. 2008. №3. С. 38–45; Курбатов А. Я. О юридических лицах публичного права // Хозяйство и право. 2009. №10. С. 77–85; Усков О. Ю. Юридические лица публичного права: понятие и виды // Журнал российского права. 2010. №6. С. 101–111.

² Федеральный закон «О страховании вкладов физических лиц в банках Российской Федерации» №177-ФЗ от 23 декабря 2003 года // Собрание законодательства Российской Федерации. 2003. №52 (часть 1). Ст. 5029.

³ См.: Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31.07.1998 №145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. №31. Ст. 3823.

В законодательстве предусмотрена возможность предоставления Агентству по страхованию вкладов субсидий из федерального бюджета (п. 1 ст. 78.1 БК РФ) и бюджетных кредитов (ч. 2 ст. 41 Закона). Также Банк России имеет возможность выдать Агентству по страхованию вкладов кредит на осуществление мероприятий по предупреждению банкротств банков. Этим поощряется стабильность финансового обеспечения Агентства по страхованию вкладов, так как в случае необходимости государство обязано предоставить Агентству дополнительные финансовые ресурсы. Очевидно, что правильная реализация данной обязанности предполагает постоянный контроль государства за исполнением Агентством по страхованию вкладов своих функций и не позволяет ему полностью отстраниться от выполнения переданных Агентству по страхованию вкладов функций.

Иными словами, система государственного контроля за деятельностью Агентства по страхованию вкладов является одним из инструментов, призванных способствовать целевому и эффективному расходованию денежных средств.

Поскольку государственная корпорация является лицом публичного права, ее собственность является публичной собственностью¹. Отсюда, собственность на средства фонда страхования вкладов является публичной формой собственности, поскольку реализация правомочий собственника осуществляется юридическим лицом публичного права государственной корпорацией «Агентство по страхованию вкладов». Этот вывод основан на следующем:

1) средства фонда используются исключительно по целевому назначению (выплата возмещения по вкладам и обеспечение функционирования системы страхования); 2) при этом цель использования средств фонда имеет публичный характер — защита вкладчиков, повышение доверия к банковской системе, стимулирование привлечения сбережений населения в банковскую систему (ст. 1 Закона); 3) право собственности на средства фонда принадлежит юридическому лицу публичного права.

Таким образом, Агентство, являясь по своей сути юридическим лицом публичного права, при осуществлении права собственности на средства фонда страхования вкладов будет реализовывать право публичной собственности, с чем связаны определенные ограничения по владению, пользованию и распоряжению имуществом фонда страхования банковских вкладов, переданном в его собственность.

Публично-правовая природа Агентства по страхованию вкладов проявляется не только в формальном статусе юридического лица публичного права. Являясь по закону о страховании вкладов страховщиком, Агентство по страхованию вкладов осуществляет публично-правовое страхование. Последнее имеет своей целью защиту интересов общества в целом. Правовая природа этого вида страховых отношений является публичной поскольку они возникают не по инициативе сторон, а в силу закона, то есть по воле государства. Страхователь обязан заключить договор вне зависимости от его желания и на тех условиях, которые определены законом (ч. 2 ст. 927, ч. 3 ст. 936 ГК РФ)². Следовательно, названные отношения относятся к предмету регулирования публичного права.

По концепции российского закона о страховании банковских вкладов отношения по страхованию вкладов возникают на основе закона, т.е. акта публичной власти, а не на основе договора — акта свободного волеизъявления юридически самостоятельных хозяйствующих субъектов. Они развиваются и прекращаются также на основании предписаний закона, а не договора. Из чего можно сделать вывод об отсутствии автономии воли сторон в названных отношениях. Во-вторых, отношения в сфере страхования банковских вкладов основываются не на равноправии субъектов, а на власти и подчинении — орган, осуществляющий функции страхования вкладов, наделен определенными властными полномочиями по отношению к банкам — участникам системы страхования вкладов. Таким образом, отношения по формированию, распределению и использованию фонда страхования банковских вкладов относятся к имущественным властеотношениям.

Проведенный анализ правовой природы отношений, возникающих в процессе формирования, распределения и использования фонда страхования банковских вкладов позволяет с уверенностью отнести их к имущественным отношениям публично-правового характера.

Дополнительным подтверждением публично-правовой природы Агентства по страхованию вкладов можно также считать состав высшего органа управления Агентства по страхованию вкладов. Совет директоров Агентства согласно закону формируется из представителей Правительства

¹ См.: Завода Е. А. Публичный характер имущества Агентства по страхованию вкладов // Банковское право. 2009. №1. С. 7.

² См.: Гражданский кодекс РФ, часть вторая, от 26.01.1996 г. №14-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 1996 г., №5, Ст. 410. №34. Ст. 4025; 1997. №43. Ст. 4903; 1999. №51. Ст. 6288; 2002. №48. Ст. 4737; 2003. №13. Ст. 1179.

и Банка России, т.е. органов государственной публичной власти. В полномочия совета директоров входит принятие наиболее важных решений по управлению системой страхования вкладов от назначения на должность Генерального директора Агентства, до установления ставки страховых взносов (ст. 18, 19 Закона). Отсюда следует вывод о публичной (государственной) природе принимаемых решений. Контроль за работой Агентства в сфере управления системой страхования вкладов также осуществляется Правительством и Центробанком посредством участия их представителей в органах Агентства по страхованию вкладов (ст. 42 Закона). Таким образом, публичная власть берет на себя ответственность за эффективность функционирования системы страхования вкладов.

Проведенное исследование публично-правовой природы Агентства по страхованию вкладов позволило сделать вывод о том, что она находит свое проявление в: 1) организационно-правовой форме Агентства по страхованию вкладов; 2) осуществлении публичного страхования; 3) публичности принимаемых решений; 4) публичной ответственности за функционирование системы страхования.

Резюмируя, можно сделать общий вывод о том, что создание государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов» является положительным примером внедрения нового механизма, позволяющего с максимальной эффективностью использовать финансовые ресурсы государства для решения важных социально-экономических задач в условиях рыночной экономики, соответствующего общемировым тенденциям развития публичных отношений и осуществления публичных расходов.

Исходя из указанных особенностей организационно-правовой формы специальной организации, осуществляющей управление системой страхования вкладов, позволяет, считать, что Агентство по страхованию вкладов является самостоятельным, независимым юридическим лицом, его имущество нельзя признать частной собственностью. Статус имущества государственных корпораций должен быть уточнен законодательно. На наш взгляд, имущество Агентства можно признать публичной собственностью. Так как, формирование и расходование имущества Агентства по страхованию вкладов преследуют публичные цели — финансирование выплаты страхового возмещения вкладчикам несостоятельных банков и обеспечение функционирования системы страхования вкладов (ст. 16 и ч. 2 ст. 33 Закона). Это обуславливает особую значимость такого имущества для всего общества и государства. Также субъектом права собственности на указанное имущество, его титульным собственником является Агентство по страхованию вкладов — публично-правовое образование, созданное Российской Федерацией специально для осуществления части ее государственных (социальных) функций — защиты сбережений населения.

ПАРЛАМЕНТСКИЙ КОНТРОЛЬ КАК РАЗНОВИДНОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ

ОВСЕПЯН Аркадий Григорьевич,

выпускник аспирантуры юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»,
помощник прокурора Ворошиловского района г. Ростова-на-Дону

Актуальность исследования обусловлена фактором расширения конституционно-правовых основ парламентского контроля в России. В этом контексте значительным событием в развитии парламентского контроля в постсоциалистический период российской истории стало принятие Закона РФ О поправке к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. №7 ФКЗ «О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации», который предусматривает такую важную форму парламентского контроля, как общая отчетность Правительства перед Парламентом в РФ. Соответствующие же изменения предусмотрены и в федеральном законодательстве об организации «разделения властей» на уровне субъектов Российской Федерации, чему посвящен принятый 29 марта 2010 г. ФЗ «О внесении изменений в ст. 5 и 18 ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹. Показателем актуальности является и то, что в 2009 г.

¹ СЗ РФ. 2009. №1. Ст. 2

группой из 14 депутатов от всех думских фракций, в том числе и единороссов был разработан закон-проект «О парламентском контроле в РФ»¹.

В связи с определениями общего понятия парламентского контроля, основная часть авторов в российской науке характеризует его либо как разновидность государственного контроля (С.В. Бендюрина, М.В. Демидов, А.В. Кузнецов, А.Х. Саидов, Т.Я. Хабриева, др.), либо (что ранее) также и как разновидность социального контроля (С.В. Бендюрина, др.). Другой подход к общему определению понятия «парламентский контроль» связан с его характеристикой как правового института (С.В. Бендюрина, Е.В. Коврякова, А.Х. Саидов, Т.Я. Хабриева, др.). Суть третьего подхода заключается в анализе парламентского контроля в качестве одной из функций, и, одновременно, либо совокупности однородных по охватываемой сфере полномочий парламента (С.А. Авакьян, гг. Арутюнян, М.В. Баглай, С.В. Бендюрина, Д.А. Гусаров, А.А. Корнилаева, В.В. Маклаков, М.М. Утяшев, др.). Еще один методологический подход к исследованию связан с характеристикой парламентского контроля как одной из функций (одного из направлений) парламентской деятельности (С.В. Бендюрина, С.Е. Гусаров, И.В. Зайцева, М.В. Демидов, А.В. Кузнецов, др.).

Нередко все указанные представления одновременно высказываются одним и тем же автором, что, в целом, объяснимо, поскольку возможны различные контексты познания (исследования) одного и того же предмета.

Опираясь на имеющиеся разработки общей теории конституционного контроля, считаем возможным, помимо имеющихся в научной литературе подходов, выдвинуть концепцию парламентского контроля как разновидности конституционного контроля². В порядке обоснования этого утверждения можно дать следующие характеристики парламентского контроля как имеющего конституционную природу.

Прежде всего, парламентский контроль является разновидностью конституционного контроля по критерию цели воздействия. Это означает, что целью парламентского контроля, как и иных видов конституционного контроля, является обеспечение высшей юридической силы и непосредственного действия конституционных норм. При этом специфика целей парламентского конституционного контроля отражает конституционное предназначение Парламента в государстве. Исторические парламенты являются органами, олицетворяющими собой форму коллегиального народного представительства в системе высшей государственной власти, предназначенными осуществлять «сдержки» исполнительной ветви власти и судебного конституционного контроля. Поэтому целью парламентского конституционного контроля в первую очередь является обеспечение таких принципов конституционного строя, как: принцип народовластия, принцип «разделения властей», высшей юридической силы и непосредственного действия Конституции и законов (на постконституционном уровне), принцип социального государства, принцип человека как высшей социальной ценности, принцип федерализма, принцип разграничения предметов ведения и полномочий между федерацией и ее субъектами, принцип многопартийности³.

В российской научной литературе высказываются разные мнение о том, является ли «целью парламентского контроля именно контроль, а не надзор»⁴. Одни авторы считают, что цель парламентской деятельности заключается в верховном конституционном надзоре (Ю.Л. Шульженко)⁵. Однако в более ранней своей работе Ю.Л. Шульженко указывает, что «...правом осуществления конституционного контроля в каждой стране наделяются органы, относящиеся к различным ветвям власти»⁶. По данным Б.А. Страшуна и В.А. Рыжова, в конституциях разных стран мира для характеристики соответствующих полномочий пар-

¹ Девяткина С. Комиссиями — по бесконтроль. Депутаты смогут получить доступ, к государственными тайнам. URL: <http://www.pravda34.info/policy/25-01-2010/2828/printversion> (дата обращения: 30.07.2011 г.).

² См. об этом также: Овсепян А. Г. Парламентский контроль исполнительной власти в Российской Федерации: непосредственные формы реализации. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2012.

³ Соответствующие идеи вытекают и из кандидатской диссертации С.В. Бендюриной, где сформулирована конституционная модель парламентского контроля. См.: Бендюрина С. В. Федеральный парламентский контроль в Российской Федерации. Конституционно-правовое исследование. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 5.

⁴ Бендюрина С. В. Федеральный парламентский контроль в Российской Федерации: Конституционно-правовое исследование. С. 5.

⁵ Шульженко Ю. Л. Институт конституционного надзора в Российской Федерации. М., 1998. С. 5.

⁶ Шульженко Ю. Л. Конституционный контроль в России. М., 1995. С. 15.

ламентов используется или понятие «контроль», или понятие «надзор»¹. В новейших кандидатских диссертациях (С.В. Бендюрина) высказывается, однако, категоричное мнение о том, что «...целью парламентского контроля является именно контроль, а не надзор, заключающийся в проверке не только законности действий органов, организаций, должностных лиц, иных категорий исполнителей, но и целесообразности их действий по исполнению (применению) законодательства. При этом в отличие от органов исполнительной власти, здесь в подавляющем большинстве случаев отсутствует мера принуждения»².

Для дальнейшего обоснования конституционно-контрольной природы парламентского контроля замечу, что в связи с характеристикой парламентского контроля в юридической науке употребляются такие понятия, как система (структура, механизм) парламентского контроля. При этом то, что одни авторы называют системой, другие именуют структурой. Поэтому, для того чтобы урегулировать «разной» в употреблении понятий, предлагаем двойное наименование рассматриваемого аспекта в характеристике парламентского контроля: система и структура (механизм) парламентского контроля. Основываясь на сложившихся в науке представлениях о методологии построения системы (структуры, механизма) парламентского контроля, предлагаем следующий анализ элементов системы (структуры, механизма) парламентского контроля, отражающий предлагаемую нами концепцию парламентского контроля как разновидности конституционного контроля.

Объекты парламентского контроля в сфере функционирования исполнительной власти. В российской юридической литературе чаще исполнительная власть в целом (деятельность исполнительной власти) характеризуется в качестве объекта парламентского контроля наряду с иными (помимо исполнительной власти) объектами. При этом отмечается, что контрольные полномочия парламентов по отношению к исполнительной власти наиболее широкие, что исполнительная власть — основной объект парламентского контроля (Б.А. Страшун, В.А. Рыжов и др.)³.

Соглашаясь с возможностью такого подхода, обратим, вместе с тем, внимание на то, что в научной литературе не уделяется достаточно внимания анализу системы и структуры исполнительной власти как объекта парламентского контроля. Между тем, следует различать понятия «объекты парламентского контроля» и «исполнительная власть как объект парламентского контроля». Соответственно, актуально исследование исполнительной власти как одного из объектов парламентского контроля по критериям системы, структуры, функций и полномочий исполнительной власти, как объекта парламентского контроля. Исполнительная власть, как известно, это сложносоставное и определенным образом структурированное образование. В этой связи возникает вопрос: какие именно подразделения системы исполнительной власти выступают объектами парламентского контроля — Правительство в целом как высший орган исполнительной власти, либо также и министры, другие высшие должностные лица системы исполнительной власти. Является ли объектом парламентского контроля Правительство (деятельность Правительства) как коллегия, либо глава Правительства (деятельность главы Правительства) и т.д. Возможны любые решения из перечисленных, в зависимости от того, на какой политический результат желает выйти законодатель, т.е. на какую форму правления: президентскую либо парламентскую республики.

В связи с характеристикой исполнительной власти как объекта парламентского контроля, и с учетом подходов к анализу, намеченных выше, можно назвать и такой аспект анализа, как: являются ли объектами парламентского контроля только действия (деятельности) исполнительной власти, либо и контроль нормативных актов исполнительной власти. Считаю, что парламентский контроль как разновидность конституционного контроля по критерию особенностей объекта его воздействия характеризуется тем, что это контроль и действий (деятельности), и актов исполнительной власти (нормоконтроль).

Субъекты парламентского контроля в сфере функционирования исполнительной власти. К субъектам парламентского контроля, на наш взгляд, относятся все подразделения парламентской

¹ Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Часть общая / Отв. ред. Б. А. Страшун. М.: Норма, 2005. С. 535.

² Бендюрина С. В. Указ. работа. С. 5.

³ См. об этом: Автономов А. А., Захаров А. А., Орлова Е. М. Региональные парламенты в современной России. М., 2000. С. 73; Кузнецов А. В. Парламентский контроль в субъектах Российской Федерации. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2001. С. 12.

системы, участвующие, одновременно, и в законотворчестве (имеющие свою долю полномочий в законодательном процессе). В этой связи к «списку» субъектов парламентского контроля относятся обе палаты парламентов, все органы и должностные лица каждой из палат. Чаще основной контрольной палатой парламентов в странах мира являются нижние палаты, вместе с тем специалисты называют и иные примеры (Конгресс США, где более значима контрольная функция верхней палаты — Сената).

В соответствии с изменениями в Конституцию РФ 12 декабря 1993 г., внесенными ФКЗ от 30 декабря 2008 №7-ФКЗ, в Конституции РФ прямо сказано о контрольных полномочиях «нижней палаты» — Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации — о ежегодных отчетах Правительства РФ о результатах его деятельности, в том числе по вопросам, поставленным Государственной Думой (п. «в» ч. 1 ст. 103 Конституции РФ в ред. 2008 г.). Однако, хотя и в меньшем объеме, но и «верхняя палата» Федерального Собрания РФ — Совет Федерации — также имеет определенные контрольные полномочия в сфере функционирования исполнительной власти — прежде всего, через законотворческие процессы, связанные с принятием законов о бюджете, об утверждении отчетов об исполнении бюджетов, участие в которых Совета Федерации, в соответствии с положениями п. «а», абз. 1, ст. 106 Конституции РФ, является обязательным. Не только палаты в целом, но и органы и должностные лица каждой из палат российского парламента также участвуют в осуществлении парламентского контроля. При этом особо отметим значение в выполнении контрольных полномочий комитетов и комиссий Государственной Думы РФ.

В связи с оценкой эффективности контроля, осуществляемого комитетами и комиссиями палат Федерального Собрания (Парламента) РФ, и перспектив роста эффективности парламентского контроля представляется важным «состыковать» систему и структуру парламентского контроля с системой и структурой исполнительной власти в РФ. В этой связи целесообразно ввести в понятийный аппарат науки понятие «система и структура парламентского контроля», подобно тому, как в законодательстве РФ (Указ Президента РФ 2004 г., др.) имеется понятие «система и структура исполнительной власти».

В завершение отметим, что, характеристика деятельности парламента (в том числе соответствен но российскому законодательству) в качестве конституционно-контрольной по ее природе соответствует статусу Парламента как системообразующего органа в конституционном механизме (системе) «разделения властей».

О ПОПРАВКАХ К КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ 12 ДЕКАБРЯ 1993 г. В ПЕРИОД С 1996 ПО 2012 гг. К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ ДИНАМИЗМА И СТАБИЛЬНОСТИ ОСНОВНОГО ЗАКОНА ГОСУДАРСТВА В СОВРЕМЕННОЙ РОССИЙСКОЙ ПРАКТИКЕ

ОВСЕПЯН Жанна Иосифовна,

д.у.н., профессор, Заслуженный работник высшей школы РФ,
заведующая кафедрой государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Канун каждого очередного юбилея Конституции РФ 12 декабря 1993 г. сопровождается всплеском обсуждений вопроса о конституционной реформе. Неизменно, одни авторы высказывают предложения о максимальных конституционных преобразованиях¹, другие предлагают ограничиться реализацией программы-минимума, третьи — за полную стабильность Конституции. Так, накануне пятилетия Конституции В.Л. Шейнис считал, что достаточным было внесение в Конституцию РФ 1993

¹ Саратов Г., Краснов М. Предложения о поправках к Конституции // Независимая газета. 1999. 19 августа.

г. четырех изменений: наделить Парламент контрольными функциями, предусмотреть его полномочие смещать ряд министров, ввести территориальные выборы Совета Федерации, реформировать основания и процедуру ответственности Президента РФ¹. Вместе с тем, относительно перспектив конституционной реформы в официальной науке и практике высказываются суждения о разумной достаточности. В канун 10-летия Конституции РФ в своей статье директор Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ Т.Я. Хабриева отмечала, что «...в настоящее время в российском обществе еще не сложились условия для принятия новой Конституции или принципиальных поправок в Конституцию РФ 1993 г. В то же время это не исключает научные исследования в данном направлении, подготовки проектов...»². В канун приближающегося 20-летия Конституции РФ 1993 г. вновь высказываются позиции относительно полной и (или) частичной конституционных реформах. Так, проф. С.А. Авакьян считает, что необходимо «основательное конституционное реформирование», что необходимо «достойно завершить 20-летие, оставить в прошлом просчеты и ошибки, учесть разумные предложения и создать прочный (и спокойный) фундамент будущего нашей страны»³.

Фактическая ситуация такова, что некоторые (малые) правки в Конституцию РФ 1993 г. стали вноситься, начиная со второй половины 90-х гг. XX в., т.е. уже с первого пятилетия ее действия⁴. Все они касаются ст. 65 Конституции РФ, закрепляющей перечень субъектов Российской Федерации (глава 3 «Федеративное устройство»).

Так, приняты ряд указов Президента РФ «О включении новых наименований субъектов Российской Федерации в ст. 65 Конституции Российской Федерации» №20, №841 (от 9 января 1996 г., от 9 июня 2001 г., от 25 июля 2003 г. и др.), согласно которым в связи с изменениями субъектами РФ своих официальных наименований, новые наименования субъектов включены в ч. 1 ст. 65 Конституции РФ 1993 г.:

- наименование «Ингушская Республика» заменено на новое — «Республика Ингушетия»;
- наименование «Республика Северная Осетия» заменено на новое — «Республика "Северная Осетия-Алания"»;
- вместо наименования «Ханты-Мансийский автономный округ» в ч.1 ст. 65 текста Конституции РФ 1993 г. включено наименование «Ханты-Мансийский автономный округ — Югра»;
- вместо наименования «Чувашская Республика — Чуваш Республики» включено новое наименование субъекта — «Чувашская Республика — Чувашия»⁵;
- вместо наименования «Республика Калмыкия — Хальмг Тангч» — новое название «Республика Калмыкия».

С 2004 г. начался процесс слияния сложноустроенных субъектов РФ — краев и областей и географически неразрывных с ними автономных округов. Он также сопровождается внесением поправок в ч. 1 ст. 65 Конституции, закрепляющей состав субъектов Федерации, но поправки вносятся уже не указом Президента, а федеральными конституционными законами о слияниях субъектов. Приняты следующие ФКЗ такого рода: 1) ФКЗ от 25 марта 2004 г. «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта РФ в результате объединения Пермской области и Коми-Пермяцкого автономного округа»⁶; «О внесении изменений в ФКЗ «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта РФ в результате объединения Пермской области и Коми-Пермяцкого автономного округа»⁷; ФКЗ от 12 апреля 2006 г. «О внесении изменений в ст. 6 ФКЗ «Об образовании в составе РФ нового субъекта в результате объединения Пермской области и Коми-Пермяцкого автономного округа»⁸. 2) ФКЗ от 14 октября 2005 г. «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта РФ в

¹ Государство и право. 1997. №12.

² Хабриева Т.Я. Реформирование Конституции РФ: возможность и необходимость // Журнал российского права. 2003. №11. С. 26.

³ Авакьян С. А. Нужна ли конституционная реформа в России? // Конституционное и муниципальное право. 2012. №9.

⁴ См. об этом: Овсепян Ж. И. Пробелы и дефекты как категории конституционного права // Конституционное и муниципальное право. 2007. №15.

⁵ СЗ РФ. 2001. №24. Ст. 2421

⁶ СЗ РФ. 2004. №13. Ст. 1110; ФКЗ от 30 июня 2005 г.

⁷ СЗ РФ. 2005. №27. Ст. 2706

⁸ СЗ РФ. 2006. №16. Ст. 1644

результате объединения Красноярского края, Таймырского (Долгано-Ненецкого) автономного округа и Эвенкийского автономного округа»¹; Указ Президента РФ от 21 августа 2006 г. «Об утверждении Положения о выборах депутатов Законодательного Собрания Красноярского края первого созыва»². 3) ФКЗ от 12 июля 2006 г. «Об образовании в составе РФ нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Камчатской области и Корякского автономного округа»³. 4) ФКЗ от 30 декабря 2006 г. «Об образовании в составе Российской Федерации нового субъекта Российской Федерации в результате объединения Иркутской области и Усть-Ордынского Бурятского автономного округа»⁴.

В каждом из указанных ФКЗ есть норма, где сказано, что наименование нового субъекта РФ, возникшего на базе слияния прежде самостоятельных сложноустроенных субъектов подлежит включению в ч. 1 ст. 65 Конституции РФ.

Оценивая поправки в ч. 1 ст. 65 Конституции РФ 1993 г. на основе ФКЗ о слиянии субъектов, отметим «предельность» этого процесса и неизбежность того, что он «выведет» на крупномасштабные конституционные реформы. Когда встанет вопрос о слиянии последнего из десяти автономных округов России с ее краем (областью), потребуются внести изменения в ст. 5 Конституции 1993 г., где автономный округ назван в числе шести видов государственных образований — составляющих Российской Федерации. А поскольку ст. 5 входит в одну из глав Конституции 1993 г., составляющих пределы ее частичного пересмотра, то, в свою очередь, согласно ст. 135 Конституции 1993 г., это означает полный пересмотр Конституции 1993 г. (принятие новой Конституции).

В 2008 г. впервые в истории действующей Конституции России были внесены поправки в иные (помимо ст. 65) главы и статьи Конституции 1993г.: ч. 1 ст. 81 (гл. 4 «Президент Российской Федерации»); ст.ст. 96 (ч. 1), 103 (ч. 1) (гл. 5 «Федеральное Собрание»); ч. 1 ст. 114 (гл. 6 «Правительство Российской Федерации»). Суть изменений в том, что указанными поправками увеличена протяженность сроков полномочий Президента РФ (с четырех до шести лет) и Государственной Думы — палаты Федерального Собрания — Парламента РФ (с четырех до пяти лет)⁵. Кроме того, введены контрольные полномочия Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации: предусмотрено «заслушивание ежегодных отчетов Правительства Российской Федерации о результатах его деятельности, в том числе по вопросам, поставленным Государственной Думой»; впервые предусмотрено также, что Правительство, помимо отчета об исполнении федерального бюджета, представляет Государственной Думе ежегодные отчеты о результатах своей деятельности в сфере исполнения бюджета, «...в том числе по вопросам, поставленным Государственной Думой»⁶. Обращает внимание, что хотя в наименовании Закона о поправке к Конституции РФ появилось словосочетание «контрольные полномочия Государственной Думы», однако в текст Конституции определение «контрольные» не включено. Кроме того, в ст. 94 Конституции РФ, где дается общая дефиниция Федерального Собрания, сохраняется определение российского парламента только как представительного и законодательного органа Российской Федерации, но нет определения его как контрольного органа. Указанные особенности новелл конституционного регулирования дают основания для вывода о расширенном с 2008 г., но, одновременно, ограниченном характере парламентского контроля в РФ. На наш взгляд, такой предел парламентского контроля на сегодня достаточен, его превышение означало бы переход к парламентской форме правления, т.е., в конечном счете, не усовершенствование системы, а новую радикальную реформу. По нашему мнению, эффективность конституционной практики в целом и парламентского контроля в частности зависит не от формы правления, а состояния партийной системы, наличия успешно конкурирующих демократических партий. Если давать оценки с позиций возможностей правового воздействия, то совершенствование «партийного» законодательства и стимули-

¹ СЗ РФ. 2005. №42. Ст. 4212

² СЗ РФ. 2006. №35. Ст.3741

³ СЗ РФ. 2006. №29. Ст.3119

⁴ СЗ РФ. 2007. №1. Ст. 1.

⁵ Закон Российской Федерации «О поправке к Конституции Российской Федерации «Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы», от 30.12.2008. №6-ФКЗ.

⁶ Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации «О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации», от 30 декабря 2008 г. №7-ФКЗ.

рование практики эффективного партийного строительства становится одним решающих факторов демократических преобразований в России, условием наиболее полной реализации демократического потенциала Конституции РФ 1993 г.

ПАРЛАМЕНТ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК СУБЪЕКТ ФЕДЕРАЛЬНОГО БЮДЖЕТНОГО ПРОЦЕССА

РАССЫЛЬНИКОВ Игорь Александрович,

к.ю.н., доцент кафедры административного и служебного права
Южно-Российского института — филиала РАНХиГС при Президенте РФ

Общегосударственный бюджет представляет собой определенный баланс многих интересов. Это баланс между интересами центра и регионов. Это согласование интересов высших органов исполнительной и представительной власти. Наконец, это согласование интересов различных ведомств. Именно поэтому исследователями отмечается повышенная политическая напряженность отрасли финансового права и бюджетного права как его составной части, которая проявляется в высокой степени зависимости финансово-правовых норм от политики¹.

Закон о бюджете отличается от всех прочих законодательных актов в том числе и периодичность. Еще в начале XX века Н.М. Коркунов очень точно писал: «Издание законов есть право; составление бюджета — обязанность. Любой законопроект может быть отвергнут парламентом; от этого не произойдет застоя всей государственной деятельности, не получится немедленное и неизбежное разложение государственного порядка. Не состоится издание нового закона, так сохранит свою силу старый. Неполнота и недостатки закона всегда могут быть восполнены обычаем и судебной практикой. Но отсутствие денежных средств нельзя восполнить ничем другим»².

В этой связи многие бюджетные полномочия высших органов государственной власти имеют конституционно-правовой характер и во многих странах закрепляются на уровне основного закона страны. Российская Конституция в этом плане выглядит не лучшим образом. Конституционные нормы, закладывающие основы осуществления федерального бюджетного процесса и бюджетные полномочия высших органов власти, в Основном законе Российской Федерации крайне немногочисленны.

В настоящей исследовании дается краткая характеристика статуса Федерального Собрания РФ как участника бюджетного процесса. Статус и место Федерального Собрания в бюджетном процессе определяются как на конституционном уровне, так и на уровне текущего законодательства.

На конституционном уровне статус Федерального Собрания определен крайне фрагментарно, что становится очень хорошо заметно при сравнении российского конституционного опыта с зарубежным. Как правило, в зарубежных конституциях закрепляются такие характеристики бюджетного процесса, как:

- обязанность ежегодного рассмотрения и принятия бюджета;
- утверждение бюджета только законом;
- порядок и сроки прохождения бюджета через парламент;
- право внесения поправок в закон о бюджете;
- последствия пропуска срока принятия бюджета;
- основы парламентского бюджетного контроля.

Как легко видеть, все эти положения направлены на реализацию базовых принципов бюджетного процесса: ежегодности, достоверности и последовательности (данный принцип является частным случаем принципа разделения властей).

Как правило, конституционные нормы, закрепляющие основы бюджетного процесса, помещаются в отдельную главу Конституции или включаются в текст главы, посвященной полномочиям парламента. При составлении Конституции РФ 1993 года использован второй из названных подходов.

В соответствии с п.5 ст.101, п.1 ст.102 и п.1 ст.103 Конституции палаты Федерального Собрания образуют Счетную Палату — орган внешнего финансового контроля.

¹ См.: Карасева М. В. Бюджетное и налоговое право России (политический аспект). М., 2003. С. 27.

² Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 2. СПб, 1897. С. 122.

В соответствии с п. 3 ст. 104 Конституции законопроекты о введении или отмене налогов, освобождении от их уплаты, о выпуске государственных займов, об изменении финансовых обязательств государства, другие законопроекты, предусматривающие расходы, покрываемые за счет федерального бюджета, могут быть внесены только при наличии заключения Правительства Российской Федерации.

В соответствии со ст. 106 Конституции обязательному рассмотрению в Совете Федерации подлежат принятые Государственной Думой федеральные законы по вопросам федерального бюджета.

Таким образом, Конституция устанавливает лишь самые общие рамки участия Федерального Собрания в бюджетном процессе. Представляется, что такое регулирование является недостаточным. Отметим также, что действующая конституция практически не закрепляет прямо ни один из принципов бюджетного процесса — одни из них могут быть выведены путем системного толкования, другие просто не нашли своего отражения в конституционном тексте. Вследствие этого говорить о какой-либо определенности конституционно-правового статуса Федерального собрания, как участника бюджетного процесса, было бы неправильным.

На уровне текущего законодательства бюджетно-процессуальный статус Федерального Собрания определен рядом нормативно-правовых актов, прежде всего, Бюджетным кодексом РФ¹ и ФЗ «О Счетной Палате РФ»².

При этом текущее законодательство подвержено достаточно частым изменениям, которые затрагивают, в том числе, и статус Федерального Собрания, как участника бюджетного процесса. В частности, стоит отметить, что ст. 164 БК вообще не упоминает о Федеральном Собрании, как об участнике бюджетного процесса — вместе этого участниками называют Государственная Дума и Совет Федерации.

Порядок прохождения закона о бюджете через парламент, установленный текущим законодательством, неоднократно изменялся. Так, срок внесения проекта бюджета в Государственную Думу, первоначально определенный, как 15 августа года, предшествующего финансовому (ст. 192 БК РФ), уже Федеральным законом от 5 августа 2000 года³ был изменен на 26 августа, а Федеральным законом от 27 июля 2010 года⁴ — на 1 октября.

Изменилось и количество чтений — если первоначальная редакция БК предусматривала 4 чтения бюджета в Государственной Думе (ст. 196 БК), то в соответствии с ФЗ от 26 апреля 2007 года⁵ их количество было уменьшено до трех.

Изменились правовые последствия пропуска срока принятия закона о бюджете. В соответствии с изменениями, внесенными в БК в 2007 году⁶, из текста Кодекса была исключена ст. 211, которая предусматривала возможность принятия Федеральным Собранием РФ федерального закона о поквартальном финансировании расходов. В настоящее время в БК сохранено лишь правило о том, что если бюджет не вступил в силу с начала финансового года, финансирование расходов осуществляется исходя из показателей бюджета прошлого года (временное управление бюджетом, ст. 190 БК).

Существенно изменились основы внешнего парламентского контроля, прежде всего, в части формирования Федеральной Счетной палаты. В соответствии со ст. 102, 103 Конституции РФ Совет Федерации и Государственная Дума назначают Председателя Счетной палаты, его заместителя и аудиторов Счетной палаты на паритетной основе (в соответствии со ст. 7 ФЗ «О Счетной Палате» названные

¹ Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст. 3823.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. №3. Ст. 167.

³ Федеральный закон от 05.08.2000 №116-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Бюджетный кодекс Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ, 2000. №32. Ст. 3339.

⁴ Федеральный закон от 27.07.2010 №216-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части уточнения сроков составления, рассмотрения и утверждения проектов бюджетов и отчетов об их исполнении» // Собрание законодательства РФ. 2010. №31. Ст. 4185.

⁵ Федеральный закон от 26.04.2007 №63-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2007. №18. Ст. 2117.

⁶ Федеральный закон от 26.04.2007 №63-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации в части регулирования бюджетного процесса и приведении в соответствие с бюджетным законодательством Российской Федерации отдельных законодательных актов Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2007. №18. Ст. 2117.

должностные лица образуют Коллегию Счетной палаты). Конкретный порядок формирования в Конституции не установлен.

Первоначальный порядок формирования Счетной палаты, предусмотренный ФЗ «О Счетной палате», отражал ее положение как независимого органа финансового контроля представительной власти. Однако последующие изменения полностью поставили порядок формирования этого органа в зависимость от Президента, что дает повод усомниться в том, что Счетная палата будет и далее функционировать как орган независимого парламентского контроля.

Поправки, внесенные в ФЗ «О Счетной палате» в декабре 2004 года¹ изменили порядок назначения Председателя и Заместителя Председателя Счетной Палаты, предусмотрев, что назначения на эти должности производятся по представлению Президента РФ.

Изменения, внесенные в ФЗ «О Счетной Палате» в апреле 2007 года² установили тот же принцип назначения и в отношении аудиторов Счетной палаты. С учетом ранее внесенных изменений вся коллегия Счетной Палаты (председатель, его заместитель и аудиторы, возглавляющие основные направления контрольной деятельности) стала формироваться при активном участии Президента РФ.

Оценку подобной практике очень точно дал С.А. Авакьян. Он отмечает, что бюджетный контроль осуществляется, прежде всего, в отношении органов исполнительной власти, а эта система фактически работает под руководством Президента. Очевидно, что руководство Счетной палаты будет «прислушиваться» к «рекомендациям» в части осуществления жесткого контроля в отношении какого-то органа. Таким образом, делает вывод ученый, логика данных конституционно-правовых отношений деформирована.³ С этим выводом сложно не согласиться.

Таким образом, отсутствие конституционных основ бюджетно-процессуального статуса Федерального Собрания РФ приводит к тому, что роль и место этого органа в бюджетном процессе могут быть радикально изменены текущим бюджетным законодательством. Представляется, что такое положение вещей является неприемлемым.

Названные выше основы бюджетного процесса следует закрепить на уровне Основного закона; также в Конституцию РФ следует включить положение о том, что принятие бюджета является исключительной прерогативой органов представительной власти. Это позволит снять вопрос о необходимости и возможности вынесения проекта бюджета на референдум⁴, равно как и вопрос о возможных бюджетных полномочиях Президента РФ⁵.

¹ ФЗ от 1 декабря 2004 года «О внесении изменений в Федеральный Закон "О Счетной Палате Российской Федерации"» №145-ФЗ.

² ФЗ от 12.04.2007 №49-ФЗ "О внесении изменений в статью 6 Федерального закона "О Счетной палате Российской Федерации"».

³ Авакьян С. А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. 2007. №8. С.10.

⁴ В этой связи нельзя не вспомнить Постановление Конституционного Суда РФ от 21 марта 2007 г. №3-П, которым была признана конституционность запрета вынесения на референдум вопроса о принятии и об изменении федерального бюджета (п. 6 ч. 5 ст. 6 Федерального конституционного закона от 28 июня 2004 г. №5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации» в первоначальной редакции). Несмотря на то, что Конституционный Суд высказался по этому поводу вполне определенно, законодатель впоследствии изменил редакцию ст. 6 ФКЗ «О референдуме Российской Федерации». Вопросы, не подлежащие вынесению на референдум, указанные в п. 6, 7 и 9 ч. 5 данной статьи (о принятии и об изменении федерального бюджета, исполнении и изменении внутренних финансовых обязательств Российской Федерации; о введении, об изменении и отмене федеральных налогов и сборов, а также об освобождении от их уплаты; об амнистии и о помиловании), были заменены одной общей и гораздо более широкой по своему содержанию формулировкой: вопросы, отнесенные Конституцией РФ, федеральными конституционными законами к исключительной компетенции федеральных органов государственной власти (п. 10). Далеко не самую лестную оценку этому дали известные ученые-конституционалисты (Е. Н. Колюшин, С. А. Авакьян и др.), и с их критикой сложно не согласиться.

⁵ Это является актуальным в свете доктрины «подразумеваемых полномочий Президента», довольно активно развиваемой в настоящее время как Конституционным Судом, так и Федеральным Собранием РФ.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ

РУДАЯ Юлия Николаевна,

к.э.н., магистрант кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В современных рыночных условиях одной из основных проблем в экономике является своевременное принятие научно-обоснованных управленческих решений в меняющейся экономической среде. На развитие экономических отношений в большой степени влияют факторы производства. К основным из них относятся: труд, который представляет собой целесообразную деятельность человека по созданию экономических благ; капитал, относящийся к производственным ресурсам, и земля, относящуюся к природным ресурсам.

Конституцией Российской Федерации земельные вопросы и земельное законодательство отнесены к совместному ведению Российской Федерации и субъектов Российской Федерации¹. Земельные отношения в нашей стране регулируются Земельным кодексом и рядом федеральных законов, к которым относятся Федеральные законы «О приватизации государственного и муниципального имущества», «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», «О землеустройстве», «Об ипотеке», «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» и др.²

Земельный Кодекс Российской Федерации в ст. 7 по их целевому назначению делит земли на следующие категории:

- 1) земли сельскохозяйственного назначения;
- 2) земли поселений;
- 3) земли промышленности, энергетики, транспорта, связи, радиовещания, телевидения, информатики, земли для обеспечения космической деятельности, земли обороны, безопасности и земли иного специального назначения;
- 4) земли особо охраняемых территорий и объектов;
- 5) земли лесного фонда;
- 6) земли водного фонда;
- 7) земли запаса³.

Предметом регулирования земельного законодательства являются земельные отношения, связанные с использованием и охраной земель, а также отношения по вопросам владения, пользования и распоряжения земельными ресурсами. Статьей 66 Земельного Кодекса Российской Федерации предусмотрено две методики оценки земельных ресурсов: по рыночной и кадастровой стоимости. Рыночная стоимость земельного участка зависит от спроса и предложения на рынке и характера конкуренции продавцов и покупателей и определяется исходя из наиболее вероятного использования земельного участка, являющегося физически возможным, экономически оправданным и соответствующим требованиям законодательства. То есть при определении наиболее эффективного использования принимаются во внимание:

- целевое назначение и разрешенное использование;
- преобладающие способы землепользования в ближайшей окрестности оцениваемого земельного участка;
- перспективы развития района, в котором расположен земельный участок;
- ожидаемые изменения на рынке земли и иной недвижимости;

¹ Конституция Российской Федерации. М.: Инфра-М, 2010.

² Федеральный закон «О приватизации государственного и муниципального имущества» от 21.12.2001 №178-ФЗ (ред. От 06.11.2011), Федеральный закон «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» от 24.07.2002 №101-ФЗ (ред. от 29.06.2012), Федеральный закон "О землеустройстве" от 18.06.2001 №78-ФЗ (ред. от 18.07.2011), Федеральный закон "Об ипотеке (залоге недвижимости)" от 16.07.1998 №102-ФЗ (ред. от 06.12.2011), Федеральный закон «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» от 21.07.1997 №122-ФЗ (ред. от 28.07.2012).

³ Земельный кодекс РФ по состоянию на 05.05.2012 года. М.: Кнорус, 2012.

— текущее использование земельного участка¹.

Однако данная методика является неприменимой для оценки земель сельскохозяйственного назначения, так как не учитывается влияние земельных ресурсов как основного фактора производства и не отображается вклад земли в конечный продукт. В связи с этим проблема разработки и законодательного закрепления методики оценки, адекватно отражающей степень влияния земельных ресурсов на конечный выпуск остается крайне актуальной.

Вклад земли, а также остальных факторов, в конечный продукт может быть учтен и оценен с помощью инструмента производственных функций. Производственная функция представляет собой математическую модель, в которой объемам используемых факторов производства внутри некой хозяйственной единицы ставится в соответствие выпуск конечного продукта; при этом сама хозяйственная единица может определяться по-разному: как отдельная фирма, отрасль или вся национальная экономика. А факторами производства (первичными ресурсами) являются труд, капитал (производственные фонды), природные ресурсы и т.д.

Производственная функция отражает технологию, посредством которой затраты преобразуются в выпуск, и способ взаимодействия затрат друг с другом в изменяющихся пропорциях для заданного выпуска продукции. Эти зависимости определяются технологией, преобладающей в данный период. Для оценки вклада земельных ресурсов в конечный продукт сельхозпроизводства в Южном федеральном округе применим производственную функцию, предложенную Я. Тинбергеном:

$$Q = AL^{\alpha}K^{\beta}e^{\gamma t}$$

где Q — конечный продукт сельского хозяйства, L — численность занятых работников, K — основные фонды сельского хозяйства².

Чтобы оценить и сравнить степень влияния технического прогресса на конечные результаты сельскохозяйственного производства, проанализируем основные показатели деятельности сельскохозяйственных предприятий Южного федерального округа в 2004–2010 гг. Обратимся к табл. 1, которая показывает, что земля в производственных функциях находит отражение в неявной форме — через все виды затрат в неизменных ценах в расчете на единицу земельной площади, на 100 га сельскохозяйственных угодий.

Таблица 1

ФАКТИЧЕСКОЕ ПРОИЗВОДСТВО, ЧИСЛО ЗАНЯТЫХ РАБОТНИКОВ И СТОИМОСТЬ ОСНОВНОГО КАПИТАЛА В СЕЛЬСКОМ ХОЗЯЙСТВЕ ПО РЕГИОНАМ ЮФО³

ПОКАЗАТЕЛИ	ГОДЫ						
	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
ЮФО							
ВВП в сельском хозяйстве (млрд руб.)	73,1	80,8	107,6	101,0	129,1	151,2	153,3
Основные фонды (млрд руб.)	1098,7	1276,2	1461,0	1744,5	1884,1	2210,4	2371,0
Численность занятых (тыс. чел)	1927,9	1874,5	1827,0	1773,7	1653,1	1677,9	1642,3
Площадь сельхозугодий (млн га)	30,5	29,7	28,9	29,0	28,2	27,3	25,9

Полученные результаты характеризуются высокой степенью достоверности, что свидетельствует об их способности адекватно отражать производственный процесс.

Вклад каждого фактора производства в прирост конечного продукта сельского хозяйства может быть рассчитан с помощью логарифмического дифференцирования производственной функции Я. Тинбергена в каждом регионе Южного федерального округа, его оценка приведена в табл. 2.

¹ Методические рекомендации по определению рыночной стоимости земельных участков (в ред. распоряжения Минимущества РФ от 31.07.2002 г. №2314-р).

² Германова О. Е., Рудая Ю. Н. Технический прогресс: экономическое содержание, измерение и типы: Монография. М.: Вузовская книга, 2011.

³ Составлено на основе данных официального сайта Федеральной службы государственной статистики. URL: <http://www.gks.ru>.

ВЛИЯНИЕ ФАКТОРОВ ПРОИЗВОДСТВА
НА ЭКОНОМИЧЕСКИЙ РОСТ В СЕЛЬСКОМ ХОЗЯЙСТВЕ ЮФО (%)¹

РЕГИОНЫ	ФАКТОРЫ ПРОИЗВОДСТВА			
	основной капитал	численность занятых	технический прогресс	плодородие земли и другие факторы
Южный федеральный округ	41,23	0,16	9,07	34,28
Ростовская область	87,21	0,15	1,15	9,09

Таким образом, можно сделать вывод, что прирост конечного продукта в сельскохозяйственных предприятиях Южного федерального округа и Ростовской области, в частности, произошел в основном за счет прироста капитала и был обеспечен плодородием земельных ресурсов при незначительном вкладе технического прогресса. Подобные расчеты позволяют с помощью математических методов определить количественно вклад такого фактора, как земельные ресурсы, в прирост конечного продукта отрасли. Данная методика оценки земельных ресурсов в отличие от законодательно закрепленной не учитывает колебание спроса и предложения на землю, то есть не зависит от рыночной ситуации, а объективно отражает вклад данного фактора в прирост конечного продукта.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ И СОЦИОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СЕВЕРНОГО КАВКАЗА

СИРАЖУДИНОВА Саида Валерьевна,

к.п.н., преподаватель кафедры конфликтологии ЮФУ, магистрант кафедры государственного (конституционного) права юридического факультета ФГОАУ ВПО «Южный федеральный университет»

Смена Конституции и смена идеологии государства вследствие произошедшего в Российской Федерации с начала 90-х гг. XX в. коренного реформирования политики государства и всех сфер жизни общества, потребовали выработки нового законодательства, формирования и внедрения новых демократических ценностей.

Соответствующие процессы столкнулись с практическими трудностями в отдельных регионах России и протекали весьма драматично.

Особо проблемная ситуация сложилась на Северном Кавказе. Правовые проблемы, коллизии и собственное правовое своеобразие в той или иной степени здесь всегда имели место. Кавказский регион всегда отличался своей спецификой — исламом и традиционализмом. Исторически сформировавшийся в регионе полиюридизм периодически то поощрялся, то были попытки подавления и вытеснения какой-то определенной системы права, но он сохранился и даже усилился на сегодняшний день. Возросли и проблемы, порожденные им. На территории Северного Кавказа за последние годы смешались воедино и светские ценности (для старшего поколения — это смесь устоявшегося советского и пытающегося его вытеснить демократического), и религиозные, и традиционные. Здесь нет явно выраженного и однозначного принятия определенной конкретной системы права населением. Они находятся как бы на стыке, и так слились воедино, что вычленил конкретную систему права населению не под силу. Причем особенность Северного Кавказа в том, что здесь попеременный приоритет оказывается то у одних систем права и ценностей, то у других, в зависимости от сиюминутной выгоды сторон, обращающихся за помощью к праву.

Основные правовые проблемы на Северном Кавказе связаны как с проблемами формирования нового законодательства, так и с проблемами их реализации, применения и принятия гражданами. Много проблем создало принятие новых конституций республик, большинство из которых в первоначальном варианте противоречили Конституции Российской Федерации. Федерализм влек за собой множественные и серьезные проблемы. Конфликтность провоцировали попытки присвоения суверенитета, проблемы разграничения полномочий центра и регионов и т.д. На постсоветском пространстве возникли многочисленные территориальные споры, значительная часть которых пришла на терри-

¹ Рассчитано Рудой Ю. Н. на основе данных табл. 1.

торию Северного Кавказа. На регионе сказались последствия депортации (Ингушская конституция до сих пор ставит вопрос о возвращении земель), много споров вызывают вопросы о законодательном закреплении применения отдельных норм шариата и т.д.

Другие проблемы на Северном Кавказе не менее серьезные связаны с вопросами реализации законодательства. Реализация Конституции РФ 1993 г. наталкивается на несколько проблем — на отсутствие зрелой правовой платформы для ее реализации, на объективные условия, создающие препятствия для ее полноценной реализации, на недостаточную проработанность отдельных положений в самой Конституции, и на низкий уровень правосознания граждан, а подчас даже правовой нигилизм. Большинство серьезных проблем и даже конфликтов в регионе первоначально начинались в правовом поле, многие из подобных проблем не разрешены и по сей день. Невозможность исполнения Федерального закона «О репрессированных народах» уже приводило к вооруженному конфликту между ингушами и осетинами, меры по ликвидации конфликта до сих пор не выработаны, ситуация «заморозилась», но события вокруг конфликта продолжают накаляться и дальше. Пускать ситуацию на самотек нельзя. Временная спячка в данном случае грозит внезапным и бурным пробуждением.

Первое с чего надо начать рассматривая проблемы законодательства — Конституция Российской Федерации 1993 г. Гарантированные в Конституции демократия, гражданское общество и правовое государство наталкиваются на проблему реализации в российских и тем более в северокавказских условиях. Одна из основополагающих целей современных российских реформ — «развитие личности и гражданского общества»¹ — сформировала необходимость выделения в качестве приоритета государства формирования ценностей гражданского общества.

Конституция Российской Федерации, принятая всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., изменила статус личности в обществе, закрепила народный суверенитет, права и свободы человека и гражданина, обеспечила разделение властей, партийную систему, местное самоуправление, изменила законодательство и т.д. Исходя из современной действующей Конституции, развивая заложенный в ней потенциал, правительство нашей страны провозгласило необходимость проведения всесторонней модернизации, «развитие личности и гражданского общества»², сформировало необходимость выделения в качестве приоритета государства формирование ценностей гражданского общества. Однако содержащиеся в Конституции цели на сегодняшний день пока не достигнуты, правовое государство пока еще не сформировано.

Права человека, занимают центральное и неизменное место в Конституции Российской Федерации и конституциях ее субъектов. Им посвящена вторая глава Конституции, названная «Права и свободы человека и гражданина», которые согласно ст. 18 Конституции РФ «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием», «...человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства»³, но на самом деле полное осуществление прав и свобод человека являются и всегда являлись скорее идеалом, чем реальностью и действительностью. Нарушаются даже естественные неотъемлемые права, такие как право на жизнь, на достоинство и на личную неприкосновенность и т.д., а также право на медицинскую помощь. Далеко еще наше общество и от реального признания ценности человеческой личности, от приоритета человека. Винаваты во всех этих несоответствиях и органы власти, недостаточно контролирующие проблему, и порой сами выступающие нарушителями, и сами граждане (как чиновники, пользующиеся своими привилегиями, ввиду зависимости от них граждан, так и простые рядовые граждане), с недостаточным уважением относящиеся к другим личностям и их правам, часто нарушающие права человека. Неуважение к каждой отдельной личности, отсутствие высокой ценности человека в обществе и все эти нарушения возможны в недостаточно сформированном и развитом гражданском обществе демонстрируют слабый уровень развития конституционных ценностей и ценностей гражданского общества. В этом плане сейчас Правительством РФ предпринимаются серьезные шаги, которые очень важны для государства, для некоторых граждан и для структур гражданского общества, но еще пока не вошли в массовое сознание.

Другие проблемы проявляются в сфере федеративного устройства. Как известно, в Российской Федерации, как и в любом федеративном государстве, наряду с Конституцией и законодательством Российской Федерации действуют конституции входящих в ее состав республик. Но, несмотря на

¹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ. М., 2005. С. 10–11.

² Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию РФ. М., 2005.

³ Конституция Российской Федерации. 12 декабря 1993 года. Гл. 1. Ст. 2.

то, что федеральная Конституция Российской Федерации имеет верховенство на всей территории Федерации, и конституции республики иное законодательство должны ей соответствовать и не должны ей противоречить, требование соответствия не всегда выдерживается. При этом «наиболее частой коллизией является противоречие между законом и подзаконным актом. К сожалению, заложённый в самой Конституции инструмент преодоления этих коллизий — принцип приоритета закона — часто не срабатывает, и победителем в споре выходит все та же извечно противостоящая закону целесообразность. Столь же часты коллизии федерального закона и законов субъектов Федерации, хотя и здесь приоритет четко зафиксирован в Конституции РФ. Однако стремление власти к наиболее целесообразному решению тех или иных проблем нередко создает обстановку, при которой даже прямые нарушения Конституции не сопровождаются какими-либо санкциями против нарушителей»¹.

Серьезная проблема состоит и в правосознании российских граждан. «Права человека — ядро гуманистического, демократического правосознания. Они обретут реальное значение тогда, когда у граждан будет не только формальное знание этих прав, но и чувство твердой веры в гарантии, обеспечение прав человека, которые он воспринимает как благо, ценность жизни. У граждан должны быть также сознание и чувство меры границ пользования своими правами и в то же время уважение к чужому праву»². Основная проблема российских граждан состоит в том, что они не знают своих прав, не считают необходимым и возможным отстаивать их и защищать, в том, что, несмотря на все требования профессиональной и чиновничьей корректности, многие должностные лица игнорируют права граждан. Проблема коренится в недостаточном уровне понимания конституционных положений, незнании ее сущности и тех возможностей, прав и благ, которые предоставляет современная Конституция. Народ мало осведомлен о том (а многие должностные лица, привыкшие к своим привилегиям еще со времени прошлого режима, считают это чем-то несерьезным), что «из содержания норм, входящих в гл. 1 «Основы конституционного строя» прежде всего следует обязанность государства охранять общественные устои, вытекающие из свободы людей. Таким образом, не государство регламентирует общественную жизнь, становясь над ней, а общество предъявляет требования к государству... Человек, гражданин, народ — таковы главные действующие лица, которыми и во имя которых создается конституционный строй»³.

Центральной и высшей ценностью современной Конституции является человек, гражданин, личность, и, в целом, народ. Она придает гражданину приоритетное положение, нацелена на интересы человека, на соблюдение и защиту его прав и свобод. Ставя граждан над властью, над государством, она создает предпосылки, условия и возможности для формирования гражданского общества в стране.

Проблема реализации прав человека актуальна для территории всей Российской Федерации, но на Северном Кавказе актуализируется сложной общественно-политической обстановкой, введением режимов КТО (контртеррористических операций).

Права человека занимают центральное и неизменное место в Конституции Российской Федерации и конституциях ее субъектов. Им посвящена вторая глава Конституции, названная «Права и свободы человека и гражданина», которые согласно ст. 18 Конституции РФ «определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием».

С одной стороны, в гл. 1 ст. 2 Конституции Российской Федерации 1993 г. закреплено особое положение человека: «...человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства», с другой стороны, на самом деле, он часто игнорируется властью и не осознается самими гражданами. Причину многие ищут в исторических традициях России, в ориентации на государство, а не на общество, в потребности народа в сильной власти, в преобладании этатистских взглядов и ценностей среди российского населения.

Нарушение прав человека — это на сегодняшний день одна из основных проблем на пути становления правового государства, так как иногда нарушаются и неотъемлемые права и свободы, такие как право на жизнь, право на прикосновенность, право на собрания, и даже избирательные права (воз-

¹ Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов / М. В. Баглай. 6-е изд., изм. и доп. М.: Норма, 2007. С. 45.

² Теория государства и права: Учебник / Под ред. М. Н. Марченко. М.: Зерцало, 2004.

³ Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов / М. В. Баглай. 6-е изд., изм. и доп. М.: Норма, 2007. С. 117.

возможность эффективной защиты которых мы видим на примере отмены выборов в Дербенте, после протестов избирателей).

Поэтому, необходимо прививать государственным служащим и должностным лицам уважение к личности, а также проводить работу с самими гражданами — повышать уровень их правового образования, правосознания, гражданской и политической культуры.

«На Северном Кавказе соблюдение прав человека — особо болезненная тема. Большинство респондентов (78,6%) признали нарушение прав человека. У населения особое беспокойство вызывает нарушение таких прав, как отсутствие защищенности и свободы вероисповедания. Многие респонденты отмечают, что здесь нарушаются все возможные гражданские и политические права»¹. Для предотвращения нарушения прав человека и гражданина респондентами было предложено полнее соблюдать Конституцию Российской Федерации и ужесточить наказание за нарушение прав и свобод человека².

Нарушение прав человека наиболее остро воспринимается респондентами, представляющими структуры гражданского общества. Некоторые представители власти не признают проблему нарушения прав человека, привыкшие стараться сглаживать углы в своих отчетах, они стремятся сгладить проблемы.

Жители Северного Кавказа также осознают важность демократии, о чем свидетельствует ответ на вопрос «Нужна ли демократия в республике?». На него отрицательных ответов почти нет. Мнение здесь разделилось поровну между ответами «да, нужна» и «частично нужна»³.

Наиболее важными ценностями, заложенными в Конституции Российской Федерации, респонденты считают в первую очередь гражданский мир и согласие, затем личную неприкосновенность, следом идет свобода мысли и достоинство личности, и далее равенство, свобода слова и свобода вероисповедания.

Извечный вопрос о равенстве мужчины и женщины, которое закреплено в Конституции Российской Федерации, до сих пор остается спорным, и почти поровну разделил ответы респондентов, половина из которых считает, мужчину и женщину равными в правах, а другая половина, заявляет, что мужчина и женщина далеко не равны. Жители республик Северного Кавказа в силу своих традиций, обычаев и религиозных убеждений еще больше дистанцируют положение женщины от положения мужчины. Последовательная гендерная политика в регионе не проводится, попеременное обращение женщинами то к адатам, то к шариату, то к закону, защитить женщину не может. Правовой плюрализм в данном случае играет не в пользу женщины.

Наиболее часто нарушаемыми из гарантированных Конституцией России прав и свобод человека и гражданина респонденты считают такие права как: право на митинг, свободу слова и свободу мысли, свободу вероисповедания, право на личную неприкосновенность, и право на национальную принадлежность.

Наиболее опасным из всех прав и свобод человека граждане считают нарушение права на личную неприкосновенность и право на свободу вероисповедания.

Данные социологического исследования показывают, что действующая Конституция Российской Федерации, высоко оценивается населением, поставленная в ней задача демократизации признана обществом. Сама Конституция не несет в себе особых проблем. Но есть существенные проблемы в ее реализации, в построении действительного конституционного строя в нашей стране. Людей беспокоит нарушение конституционно гарантированных прав и свобод человека и гражданина, они желают реального воплощения цели построения демократии, возлагая на нее надежды на лучшее будущее. В то же время нельзя забывать, что Конституция провозглашает демократию, и теперь надо, чтобы власть приложила усилия для ее наиболее полного построения, и, конечно же, нужно еще и усилия со стороны самих людей. Проблемы реализации законодательства коренятся в специфике региона, в условиях расцвета терроризма, экстремизма, конфликтности, и нарушения прав человека, в этих условиях многие важные вопросы отходят на второй план, но правовые проблемы нельзя игнорировать. В них залог стабильности государства и общества.

¹ Сиражудинова С. В. Оценка гражданского общества глазами жителей Северного Кавказа // Социология власти. 2011. №1. С. 74–83.

² По данным проведенного автором социологического исследования по теме: «Конституция Российской Федерации: основные проблемы, вызовы, риски и угрозы изменений». Январь–февраль 2012 г. (опрошено 760 респондентов, метод стандартизированного анкетирования).

³ Сиражудинова С. В. Оценка гражданского общества глазами жителей Северного Кавказа // Социология власти. 2011. №1. С. 74–83.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА НА ОБРАЩЕНИЕ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И ПРАКТИКА РЕАЛИЗАЦИИ В РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ

ТРЕТЬЯКОВ Игорь Александрович,
помощник судьи Ростовского областного суда

Механизм реализации конституционного права граждан на обращения в органы государственной и муниципальной власти в Российской Федерации представляет собой целостную систему, имеющую федеральный и региональный уровни.

Представляется, что система обеспечения конституционного права на обращения в органы государственной и муниципальной власти в субъектах Российской Федерации представляет собой совокупность нескольких видов юридических гарантий: совокупность нормативных правовых актов регионального законодательства об обращениях; компетентность (в смысле наличия достаточного для правообеспечительной деятельности объема полномочий) государственных и муниципальных органов, участвующих в реализации права граждан на обращения; урегулированность оснований и процедур ответственности должностных лиц органов государственной и муниципальной власти в сфере нарушения ими законодательства об обращениях, а также правовая определенность принципов и основ процедурно-процессуального порядка защиты и охраны, восстановления ущемленных и нарушенных прав граждан на обращения.

Законодательство Ростовской области по вопросам регулирования вопросов обращения граждан выступает одним из уровней правовых фондов, устанавливающих гарантии данного субъективного права в едином механизме реализации конституционного права граждан на обращения в органы государственной и муниципальной власти в Российской Федерации.

Право законодательствовать в субъектах Федерации имеют законодательные (представительные) органы государственной власти субъектов РФ¹, которые, помимо того, что обладают правом законодательной инициативы по отношению к федеральному правотворчеству и федеральным законам, кроме того, занимаются активной правотворческой деятельностью в сфере совместной компетенции, издавая законы и нормативные правовые акты по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, а также выполняют свои законодательные функции в сфере собственной компетенции, вне пределов исключительного ведения Российской Федерации и совместного ведения Российской Федерации².

Таким образом, в конституционном законодательстве сложилась специфическая совокупность правовых норм, учреждающих законотворчество, в том числе и на региональном уровне. Акты субъектов Федерации играют немалую роль в российском законодательстве³. Применительно к теме настоящей статьи речь идет о региональном законодательстве, регулирующем право субъектов РФ на осуществление совместно с Российской Федерацией защиту основных прав и свобод (ст. 72 Конституции РФ от 12 декабря 1993 года).

Основным законом Ростовской области как субъекта РФ выступает Устав Ростовской области. Наряду с ним, важное значение в законодательном массиве имеют нормативные правовые акты, принимаемые высшим законодательным органом Ростовской области — Законодательным Собранием Ростовской области: региональные законы и постановления; акты органов исполнительной власти: Губернатора Ростовской области, постановления и распоряжения Правительства области, а также глав администраций; акты органов местного самоуправления: уставы, решения; договоры о партнерстве, соглашения с другими субъектами Российской Федерации.

Устав Ростовской области от 29 мая 1996 г. №19-ЗС, занимающий центральное место в региональном законодательстве, как акт высшей юридической силы после Конституции Российской Федерации и фе-

¹ См.: Луценко Е.В. Федеративная природа института законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации. Автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008. С. 5.

² См.: Исмагилова Я. Ф. Правотворчество субъектов Федерации. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 8–11.

³ См.: Сафина С. Б. Законодательство субъектов Российской Федерации: вопросы теории и практики. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 3.

деральных законов, изданных по предметам исключительного и совместного ведения, закрепляя основы диалоговых площадок власти и общества, хотя прямо не регламентирует сферу обращений граждан в органы государственной власти и местного самоуправления, однако выступает основой гарантирования такого права, закрепляя принципы приоритета прав и свобод человека и гражданина, их непосредственного действия, демократии, местного самоуправления (ст.ст. 3, 67, 71 Устава РО).

В связи с принятием федерального закона от 2 мая 2006 года №59 –ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», возникла потребность осуществления соответствующего регионального правотворчества и (или) приведения регионального законодательства в соответствии с федеральным. В настоящее время в Ростовской области нормативным правовым актом, непосредственно гарантирующим реализацию конституционного права на обращение в органы государственной власти и муниципальной власти является Областной закон Ростовской области от 18 сентября 2006 года №540 «Об обращениях граждан», действующий в редакциях от 15 марта 2007 года №656-ЗС и от 22 ноября 2010 года №513-ЗС.

Текст областного закона Ростовской области от 18 сентября 2006 года №540 «Об обращениях граждан» в соответствии с ч. 2 ст. 3 Федерального закона от 2 мая 2006 года №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации» устанавливает положение, направленные на защиту права граждан на обращение, содержит в себе дополнительные гарантии права на обращения, конкретизируя федеральный закон.

Сравнительный анализ уже первых статей указанных законов позволяет сделать вывод, что текст областного закона во многом воспроизводит федеральный, однако имеются элементы конкретизации федерального закона. Так, например в ФЗ №59 указывается, что его действие распространяется на граждан, их коллективы, в том числе на иностранных граждан и лиц без гражданства, а действие областного — также и на обращения юридических лиц (ч. 3 ст. 1 областного закона №540), что создает дополнительные гарантии для реализации обращений указанных субъектов.

Считаем также, что в областном законе более полно излагается вопрос о пределах действия устанавливаемого порядка приема и рассмотрения обращений. В федеральном законе отмечается, что установленный порядок распространяется на все обращения граждан, за исключением обращений, которые подлежат рассмотрению в порядке, установленном федеральными конституционными законами и иными федеральными законами (ч. 2 ст. 1 ФЗ №59), а в областном — говорится более развернуто; указывается, что установленный порядок распространяется на все виды обращений граждан, полученных государственными органами Ростовской области, государственными учреждениями Ростовской области, государственными унитарными предприятиями Ростовской области, органами местного самоуправления, муниципальными учреждениями, муниципальными унитарными предприятиями и их должностными лицами в письменном виде или устной форме на личном приеме, по почте, телефаксу, телеграфу, информационным системам общего пользования, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Разграничение видов обращений способствует оперативному и оптимальному разрешению обращений, связанных с запросами граждан.

Кроме того, дифференциация обращений по видам субъектов обращения на стадии реализации областного закона «Об обращениях» позволяет выявить недостатки в методах и формах работы министерств, департаментов, управлений, ведомств, а также муниципальных образований Ростовской области, и разрешить их на местах, снижая поток писем из области, направляемых гражданами в Администрацию Президента Российской Федерации. Установленный порядок регистрации и рассмотрения сообщений, а также ответственность должностных лиц за невыполнение функции по регистрации и рассмотрению сообщений, способствует эффективному реагированию на социально значимые проблемы, устранению причин, порождающих обращения, а также критической оценке состояния работы, как с письменными, так и устными обращениями.

Гарантиями охраны конституционного права на обращения в органы государственной и муниципальной власти в Ростовской области, устанавливающими процедуры восстановления нарушенного права на обращение, выступают и положения закона Ростовской области от 25 октября 2002 года №273-ЗС «Об административных правонарушениях»¹. Статья 2.1 областного закона №273 устанавли-

¹ Областной закон Ростовской области от 25 октября 2002 года №273-ЗС «Об административных правонарушениях» (в ред. Областных законов от 16.10.2003 №35-ЗС, от 06.06.2005 №325-ЗС, от 03.10.2005 №361-ЗС, от 22.10.2005 №384-ЗС, от 28.12.2005 №435-ЗС, от 19.05.2006 №484-ЗС, от 03.11.2006 №557-ЗС). URL: www.consultant.ru.

вает административную ответственность за нарушение сроков и порядка ответа на индивидуальные или коллективные обращения граждан.

Исследование содержательных и количественных показателей регионального законодательства в области реализации конституционного права на обращения в органах государственной и муниципальной власти позволяет отметить, что в настоящее время в Ростовской области созданы прочные законодательные гарантии, обеспечивающие эффективную реализацию конституционного права граждан на обращения.

Так, по данным сайта Администрации Ростовской области¹, в 2011 году в Правительство области поступило 31984 обращения, что на 37% больше предыдущего года (23321). Наибольшее количество обращений граждан поступило из городских округов: Ростова-на-Дону 8865 (28%), Таганрога 2566 (8%), Шахт 2040 (6%), Новочеркасска 1293 (4%), Волгодонска 994 (3%), Новошахтинска 720 (2%), Батайска 725 (2%), Каменска-Шахтинского 610 (2%), Гуково 616 (%), Азова 534 (2%).

По характеру обращений чаще всего граждане обращались с просьбой об улучшении жилищных условий 3937 (12%); в сравнении с предыдущим годом их количество сохранилось на прежнем уровне.

В отчетном периоде эффективность работы с обращениями граждан возросла. Количество положительных решений в целом за год составляет 35%, в предыдущем году — 28%.

Нормативные правовые акты, принятые на уровне исполнительных органов Ростовской области как субъекта Российской Федерации, так и на уровне муниципальных органов Ростовской области, приняты в полном соответствии с требованиями Конституции РФ и федеральными законами, отвечают требованиям логичности и системности, целесообразности, четкой направленности и определенности. Однако существуют проблемы реализации ответственности за нарушения установленного порядка рассмотрения обращений граждан в государственные органы и органы местного самоуправления. Объективно назрела необходимость в создании эффективного механизма, обеспечивающего контроль населения над властью в рамках реализации института конституционной ответственности государства и государственных органов власти перед личностью, которые можно также отнести к правовым гарантиям конституционного права граждан на обращения в государственные органы и органы местного самоуправления. Установление ответственности на федеральном уровне за нарушение конституционного права граждан на обращения (ст. 33 Конституции РФ) унифицирует ответственность, способствует повышению ответственности должностных лиц, борьбе с коррупцией.

СУДЕБНАЯ ЗАЩИТА ОСНОВНЫХ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД ИНОСТРАНЦЕВ В РОССИИ И ДРУГИХ СТРАНАХ СНГ

ЮРКОВА Татьяна Николаевна,

заместитель начальника отдела правового анализа и судебной защиты ООО «ТarA3»

Частью сферы проблематики прав и свобод человека являются права и свободы иностранцев — субъектов, не обладающих гражданством принимающего государства. В современный период в связи с динамичным развитием научно-технического прогресса, внешних экономических, политических и культурных отношений, взаимодействие лиц, имеющих различное гражданство, приобрели всеобщий интернациональный характер. Вследствие ратификации Россией ряда международных конвенций о правах человека, формирования единого политического, экономического, таможенного и культурного пространства в рамках СНГ, государство взяло на себя обязательства привести национальное законодательство в соответствие с нормами международного права.

Согласно статье 62 Конституции РФ 1993 года иностранцы пользуются правами и несут обязанности наравне с гражданами России. Следовательно, в отношении лиц, не обладающих гражданством РФ, провозглашается основополагающий принцип национального режима. Подобный принцип предусмотрен конституциями Республики Беларусь (статья 11), Туркменистана (статья 8), Казахстана (статья 12), Азербайджана (статья 69), Кыргызстана (статья 14), Таджикистана (статья 16), Молдовы (статья 19). Конституция Армении не содержит указания на национальный режим для иностранцев,

¹ URL: <http://www.donland.ru>.

но аналогичная норма содержится в законе «Об иностранных лицах» от 25 декабря 2006 года. Конституция Украины (статья 26) ограничивает распространение принципа национального режима только на иностранцев и лиц без гражданства, находящихся в Украине на законных основаниях. Основной закон Узбекистана не предоставляет для иностранцев равные права с собственными гражданами, а обеспечивает иностранным гражданам и лицам без гражданства, находящимся на территории Республики и свободы в соответствии с нормами международного права (статья 23). В данном случае нельзя однозначно сказать, что основные права иностранцев в Узбекистане ущемляются, так как государственные гарантии обладания указанными лицами прав и свобод, предусмотренными международными нормативными актами выглядят вполне недискриминационно.

Однако права и свободы иностранца, находящегося на территории принимающего государства, должны быть не только провозглашены, их реализация и защита должны гарантироваться. В первую очередь хотелось бы говорить о гарантиях прав и свобод иностранцев, пересекающих границы принимающего государства без нарушений законодательства, однако определенный объем прав и свобод — а именно ряд личных прав и свобод (право на жизнь, достоинство, физическую и психическую неприкосновенность и т.п.) — в современном мире должен быть обеспечен.

Статья 7 Всеобщей декларации прав человека 1948 года провозглашает равенство всех перед законом, в том числе право каждого на равную защиту закона. Основные гарантии защиты прав и свобод иностранцев на территории России содержатся в статье 45 Конституции РФ 1993 года и более детально закрепляются в иных конституционных нормах, в том числе в статье 2 Конституции, согласно которой признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина являются обязанностью государства. В том числе в России на конституционном уровне каждому гарантируются права, не подлежащие законодательному ограничению: право на судебную защиту прав и свобод (статья 46); право на рассмотрение дела в надлежщем суде (статья 47); право на получение квалифицированной юридической помощи (статья 48) и др., которые в научной литературе именуется также конституционными гарантиями, либо правами по защите других прав и свобод человека. Процессуальное законодательство России (ГПК РФ, УПК РФ, АПК РФ) согласно провозглашенного в РФ принципа национального режима, закрепляет права иностранцев равные с гражданами.

Аналогичные нормы о защите прав и свобод каждого, а значит и лиц, не обладающих гражданством, имеются в текстах Конституций других стран СНГ: Республики Беларусь (статья 22), Украины (статья 55), Армении (статья 18), Узбекистана (статья 44), Казахстана (статья 13), Азербайджана (статья 26), Таджикистана (статья 19), Молдовы (статья 26). В Туркменистане и Кыргызстане защита и покровительство государства распространяется на граждан (статья 7 Конституции Туркменистана, статья 38 Конституции Кыргызстана), однако законы о правовом положении иностранцев двух указанных государств включают нормы о защите прав иностранцев (обращение в суд и иные государственные органы).

Вместе с тем, следует отметить тот факт, что ФЗ РФ №115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в РФ» от 25 июля 2002 года (редакция от 27 августа 2012 года), разработанный и принятый в период существенных демократических преобразований в России не содержит ни одной нормы о защите прав иностранцев, в то время как статья 21 Закона СССР 1981 года предусматривала право иностранных граждан на обращение в суд и иные государственные органы для защиты своих прав. Аналогичные современные законы о правовом положении иностранцев Украины, Кыргызстана, Таджикистана, Казахстана, Туркменистана, Беларуси, в отличие от обозначенного российского закона содержат нормы о защите прав иностранцев, причем закон Республики Беларусь о правовом положении иностранцев в том числе посвящает вопросу обжалования решений и действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц, связанных с исполнением данного закона отдельную главу. Специальный закон Республики Молдова фиксирует только ответственность за нарушение положений закона об иностранцах. Законы Узбекистана и Армении включают положения об обжаловании действий государственных органов, связанных с нарушением прав и свобод иностранцев, а в Азербайджане аналогичный закон не имеет ни норм о защите прав и свобод иностранцев, ни положений о праве иностранцев на обжалование действий государственных органов.

Таким образом, права и свободы иностранцев в РФ и большинстве других странах СНГ на конституционном уровне признаются, гарантируются и подлежат защите, важнейшей формой которой является судебная защита, выступающая «институтом конституционного права, формой защиты прав и свобод, а также составной частью правоохранительной функции государства»¹. Согласно статье 8 Всеобщей Декларации прав человека 1948 года, каждый человек имеет право на эффективное восстановление в

¹ Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. М., 2006. С. 281.

правах компетентными национальными судами в случае нарушения его основных прав, предоставленных ему конституцией и законом. Право на судебную защиту закрепляется также в статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 года содержит аналогичную норму (пункт 1 статьи 6 Конвенции).

В соответствии со статьей 46 Конституции РФ право на судебную защиту гарантируется каждому. Основные законы Украины (статья 55), Беларуси (статья 60), Армении (статья 18), Казахстана (статья 13), Азербайджана (статья 60), Таджикистана (статья 19), Узбекистана (статья 44), Молдовы (статья 20), подобным образом, каждому, а значит и иностранцу, предоставляют право на судебную защиту. В конституциях Туркменистана (статья 40), Кыргызстана (статья 38) судебная защита гарантируется гражданам.

Право на судебную защиту закрепленное законом, имеющим высшую юридическую силу, является непосредственно действующим вне зависимости от наличия соответствующей процедуры его реализации. В Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 года №8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» отмечено, что судам надлежит обеспечить защиту прав и свобод человека и гражданина, в ряде случаев непосредственно применять Конституцию РФ, в том числе при отсутствии федерального закона, который должен регулировать рассматриваемые судом правоотношения.

Согласно статье 96 ФКЗ от 21 июля 1994 №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» (редакция от 28 декабря 2010 года) правом на обращение в Конституционный Суд РФ с индивидуальной или коллективной жалобой на нарушение конституционных прав и свобод обладают граждане, чьи права и свободы нарушаются законом, примененным в конкретном деле, и объединения граждан, а также иные органы и лица, указанные в федеральном законе. Таким образом, в тексте указанного ФКЗ иностранцы прямо не названы субъектами жалобы в Конституционный Суд РФ. Данный факт отсутствия в указанном законе положения о праве иностранцев на подачу жалобы в Конституционный Суд РФ обусловило его неверное истолкование некоторыми авторами, утверждающими, что иностранцы лишены названного права. Другой точкой зрения является ссылка на тот факт, что в отношении иностранцев действует, прежде всего, положение, закрепленное в части 3 статьи 62 Конституции РФ, распространяющее на указанных субъектов национальный режим, а значит специальная оговорка о включении иностранцев в круг субъектов на право подачи конституционной жалобы не оправдана с точки зрения законодательной техники. Практически во всех отраслях законодательства при определении круга субъектов каких-либо прав понятие «граждане» подразумевает и приравненных к ним по правовому положению иностранцев. Принимая во внимание то, что положения Конституции РФ и законы должны специально содержать только исключительные случаи, в которых иностранцы не пользуются определенными правами и свободами, либо предусмотрены некоторые особенности в их реализации лицами, не обладающими гражданством РФ. Закон о Конституционном Суде РФ также исходит из одинакового правового статуса собственных граждан и иностранцев в конституционном судопроизводстве. Данная точка зрения представляется обоснованной, так как право на судебную защиту относится к числу прав, которые предоставлены каждому, в том числе иностранцу и не подлежат ограничению ни при каких обстоятельствах согласно части 3 статьи 56 Конституции РФ. Аналогичный вывод содержит материалы судебной практики, например Постановление Конституционного суда РФ от 13 ноября 1995 года по делу о проверке конституционности части 5 статьи 209 УПК РСФСР, согласно которому ограничение права на судебную защиту ни при каких условиях не может быть обусловлено необходимостью достижения признаваемых Конституцией РФ целей — защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Вместе с тем, считаем целесообразным в целях усиления позиции законодателя в сфере гарантирования и защиты прав и свобод человека включить иностранцев в круг субъектов по реализации права на подачу жалобы в Конституционный Суд РФ, установленный ФКЗ от 21 июля 1994 года №1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Кроме того, поскольку Ф3 РФ №115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в РФ» от 25 июля 2002 года (редакция от 27 августа 2012 года) является одним из базовых правовых актов, имеющим своим предметом регулирование правового статуса иностранцев на территории РФ, необходимым является дополнить текст закона нормами о гарантиях и защите (в том числе судебной защите) прав иностранцев в Российской Федерации. В аналогичном порядке, учитывая, что вопрос обжалования действий государственных органов в РФ регулируется специальным законом — Законом РФ от 27 апреля 1993 года №4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (редакция от 9 февраля 2009 года), целесообразным является предоставить иностранцам право на обращение с жалобой в суд, в случае, если неправомерными действиями

(решениями) государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений или должностных лиц, государственных служащих нарушены их права и свободы, созданы препятствия осуществлению прав и свобод, незаконно возложена обязанность либо имеется факт незаконного привлечения к ответственности данных лиц.

Вместе с тем, можно сделать вывод о наличии позитивного прогресса в области защиты прав и свобод человека в Российской Федерации за последние годы. Однако, учитывая, что проблема защиты прав и свобод иностранцев является не достаточно изучаемой, обеспечение на законодательном уровне описанных выше дополнительных правовых гарантий по осуществлению лицами, не обладающими гражданством РФ, защиты провозглашенных законодательством, в том числе и международным, прав и свобод, а также соблюдения и уважения таких прав государственными органами, органами местного самоуправления и должностными лицами является на сегодняшний день актуальным.



СЕКЦИЯ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОЙ ИДЕАЛ Н. И. ЧЕРНЯЕВА

АНДРЕЕВ Николай Юрьевич,
аспирант Воронежского государственного университета

Русских монархистов XIX–XX веков принято называть в общетеоретической литературе ретроградными, махровыми консерваторами, желающими «подморозить Россию». В действительности же, как выразился В.В. Розанов, настоящими либералами-героями были именно монархисты-радикалы. При ближайшем рассмотрении русские монархисты предстают перед нами как люди, не боявшиеся выражать свое мнение, в то время как представители многих течений и периодические издания того времени придерживались иных теоретических воззрений и действий.

Наиболее ярко идейный героизм, своеобразие мнений монархистов проявляется в отношении их взглядов на государственно-правовой идеал России. В первой половине XX в. названные характеристики стали ведущим лейтмотивом творческой деятельности таких мыслителей-монархистов, как Л.А. Тихомиров, И.Л. Солоневич, П.И. Казанский, Н.А. Захаров и др.

В конце XIX в. практически не было достаточно глубоких теоретических исследований, способных в полной мере и по достоинству оценить значимость государственно-правовых идей монархистов. Единственным исключением из наметившейся тенденции является полузабытый¹ современными теоретиками плодovitый и талантливый русский мыслитель Н.И. Черняев (1853–1910 гг.), издавший свои значительные труды, уже будучи прикованным к постели неизлечимой болезнью. Николай Иванович одним из первых начал разрабатывать основы теории русского самодержавия. Лишь немного позже после него эта тема стала объектом пристального внимания таких известных исследователей, как Л.А. Тихомиров и И.Л. Солоневич. До сих пор учение Н.И. Черняева имеет научное и практическое значение, вызывает у читателей живой интерес, позволяет разобраться в многообразии сложнейших политических идей и настроений, порожденных бурными событиями, сотрясавшими Россию конца XX — начала XXI вв.

Представляется, что под государственно-правовым идеалом понимается, во-первых, образ государственного и правового устройства, который должен найти в будущем свое реальное воплощение; во-вторых, образ государственного и правового устройства, который никогда не может быть реализован в практической действительности. Иными словами, существуют негативные и позитивные стороны государственно-правового идеала.

Величайшей задачей русского самодержавия по Н.И. Черняеву является отстаивание неприкосновенности «коренных устоев русской жизни против стремительного натиска социальной (социалистической — Н.А.) революции. Из этого постулата вытекает как необходимость появления сильного,

¹ Нам удалось найти лишь одну публикацию, посвященную идеям Н.И. Черняева — это статья А.А. Васильева (См.: Васильев А. А. Мистические основы русского самодержавия в учении Н.И. Черняева // Общество и государство. 2011. №4). Кроме того, имеется биографическая статья А.Д. Каплина «Русским ... стыдно не быть убежденными монархистами»: Николай Иванович Черняев (1853–1910) // А.Д. Каплин. Славянофилы, их сподвижники и последователи. М.: Институт русской цивилизации. С. 534–547.

охранительного самодержавия, так и стремление не допустить перестройку России на социалистических принципах»¹. По убеждению ученого, самодержавие сглаживает «общественную рознь... заставляет всех и каждого служить интересам государственного могущества...»².

Каким же образом русское самодержавие могло противостоять социальной революции?

Во-первых, необходимо было отбросить большинство идей, выдвигаемых либералами-конституционалистами. Как отмечает Н.И. Черняев в своих работах, главным недостатком теоретических взглядов оппонентов является их трафаретность, отсутствие какой-либо связи с русской действительностью и историей, обоснование с помощью идей, распространенных в западноевропейских бюрокрах³.

По мнению Н.И. Черняева, с самодержавием самым тесным образом были связаны все великие события⁴, и парламентский строй станет губительным для царской власти в России⁵. В дальнейшем эту мысль разовьет И.Л. Солоневич в своих трудах, в том числе в «Народной монархии»⁶. Самодержавие сможет поддержать единство России, нейтрализовать сепаратистские тенденции⁷. Даже если парламентаризм стал насаждаться бы в качестве «оранжерейного растения... то в итоге был бы упразднен, и никакого следа от него не осталось бы»⁸. Н.И. Черняев отстаивал идею необходимости для России «наследников» Земского собора — печати, адресов, комиссий и т.д. Эта идея теоретика самодержавия отразила, а в ряде случаев предвосхитила, полемику консерваторов вокруг идеи парламентаризма и Земского собора.

Так, Л.А. Тихомиров обращал внимание на то, что необходимо общение Монархии с нацией независимо от того, собраны ли ее представители «в одной зале или нет». Иными словами, Монархия может создать Земский собор или воспользоваться иными способами общения с народом⁹. В своей речи перед Императором Всероссийским Б.В. Никольский говорил, что России нужна народная Дума¹⁰. По возвращению знаменитого мыслителя-славянофила С.Ф. Шарاپова, выразителем народного голоса должно стать земство, а не Государственная Дума. Земство призвано быть заменой Земского собора¹¹. В.А. Грингмут совершенно отвергал идею Земского собора, указывая при этом, что в противном случае самодержцу будет навязываться решение, вследствие чего ограничится самодержавная власть Государя¹². В конце своей жизни И.А. Ильин настаивал на необходимости функционирования «двойной власти» — сильного центра (национального лидера, Главы государства) и местных органов власти. Ни о каком Земском соборе или Государственной Думе речь не шла¹³.

Во-вторых, необходимо понимание обществом государственных задач. Действительно, практически все, что было предпринято во времена Н.И. Черняева правительством, делалось самим прави-

¹ Черняев Н. И. О русском самодержавии // Русское обозрение. 1895. №9. С. 249.

² Черняев Н. И. Русское самодержавие / Сост., предисл., примеч., имен. Словарь А.Д. Каплина / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2011. С. 38.

³ Н. И. Черняев. Русское самодержавие / Сост., предисл., примеч., имен. Словарь А.Д. Каплина / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2011. С. 21.

⁴ Там же. С. 31.

⁵ Там же. С. 23.

⁶ Солоневич И. Л. Народная монархия. М.: Римис, 2005. С. 92–97.

⁷ Черняев Н. И. Русское самодержавие / Сост., предисл., прим., имен. Словарь А.Д. Каплина / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2011. С. 30.

⁸ Там же.

⁹ Тихомиров Л. А. Монархическая государственность. М.: Айрис-пресс, 2006. С. 512–513.

¹⁰ Никольский Б. В. Сокрушите крामолу / Сост., предисл. и примеч. Д.И. Стогова. / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2009. С. 185.

¹¹ Шарاپов С. Ф. Россия будущего / Сост., предисл., примеч, именной словарь А.Д. Каплина / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2011. С. 39–48.

¹² Грингмут В. Ф. Объединяйтесь, люди русские! / Сост. А. Д. Степанов / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2008. С. 449–452.

¹³ Ильин И. А. Наши задачи. Статьи 1948–1954 гг. Т. 1. / И. А. Ильин; сост., предисл. и коммент. Ю.Т. Лисицы. М.: Айрис-пресс 2008. С. 431–436.

тельством. Большая часть населения была либо нейтральна, либо критиковала любой шаг правительства. Следует заметить, что любая критика в адрес правительства основывалась установкой оппозиционных партий на критику всего, что исходит от правительства (например, в случае с реформами П.А. Столыпина)¹.

В-третьих, необходимо действие монарха, государственной системы только во имя народа, а не узких партийных или групповых интересов. Самодержавная власть, по мысли Н.И. Черняева, есть единственная власть, которая призвана следовать надпартийным, поистине общегосударственным и общенародным интересам².

По-своему интерпретируют высказанную мысль ученые И.А. Ильин и И.Л. Солоневич. Иван Александрович полагал, что наиболее подходящим спасением в период исторических для Родины испытаний является образ национального диктатора, следующего общегосударственным интересам. Этот диктатор не обязательно должен быть монархом. Достаточным будет его положение как действительного лидера общества, стремящегося преобразовать страну в лучшую сторону. В своей незаконченной работе «О монархии и республике» философ и теоретик права обосновал идею о том, что русское правосознание будет наиболее предметным и соответствовать (а не противостоят) действительности лишь в том случае, если в России установится монархическая власть.

И.Л. Солоневич выдвинул тезис о самодержавном монархе как единственном лице, которое имеет право управлять, тогда как народ уполномочен пользоваться правом голоса (правом на слово правды), а не правом голоса на очередных выборах³.

В-четвертых, следует забыть о том, что самодержавие — это «народное рабство», а республика и конституционная монархия есть синонимы свободы⁴. В республиках свобода зачастую становится бременем. Данным тезисом, который Н.И. Черняев неоднократно упоминал в своих работах, мыслитель противопоставляет себя либеральным мыслителям. Теоретик монархизма показывал действительное осуществление идей свободы и выборности в так называемых демократических государствах-республиках: власть оказывается в руках небольших групп людей, олигархов, либо в руках совершенно не разбирающихся в вопросах управления масс. Общественное мнение легко изменяется благодаря средствам массовой информации. Результаты выборов, парламентских голосований не всегда соответствуют потребностям государства и могут быть обусловлены сиюминутной потребностью очень узкого круга лиц, чьи интересы затрагиваются принимаемым решением. Получая политические права лишь раз в год (в день выборов), народ оказывается в руках небольшой группы людей. Иными словами, свобода превращается в рабство.

В-пятых, самодержавный царь для Н.И. Черняева не есть неограниченный монарх. В соответствии с воззрениями мыслителя, ничем не ограниченный монарх — это скорее тип восточного деспота. Русский государь (самодержавный царь) не ограничен с юридической точки зрения⁵ и в этом отношении ничем не отличается от власти английских монархов или других правителей по «наибольшей степени» конституциям,⁶ но в то же время ограничен нормами морали, обычаями, религией. Так, будучи православным царем православного государства, он не может потребовать, например, смены веры от своих подданных, не имеет права отказаться от своего царского положения (право «бегства»). Царь должен также считаться с ограниченностью и недостатками человеческой природы: он не может входить во все мелочи жизни страны. Царь не имеет права, не должен притеснять подданных и быть несправедливым⁷.

В-шестых, наше государство, русское самодержавие, по Н.И. Черняеву, принадлежит к числу позднейших государств, является «единственной великой неограниченной монархией во всем хри-

¹ См. например: Ильин И. А. Наши задачи. Статьи 1948–1954 гг. В 2 т. Т. 2. / И. А. Ильин; сост. и коммент. Ю.Т. Лисицы. М.: Айрис-пресс, 2008. С. 29.

² Черняев Н. И. Русское самодержавие / сост., предисл., примеч., имен. Словарь А.Д. Каплина / Отв. ред. О.А. Платонов. М.: Институт русской цивилизации, 2011. С. 35–36.

³ Солоневич И. Л. Указ. соч. С. 310–311; 331.

⁴ Там же. С. 41.

⁵ В знаменитом Манифесте от 17 октября 1905 г. русский царь отказался от эпитета «неограниченный».

⁶ Там же. С. 40.

⁷ Того подданного, который говорит царю правду в глаза, царь не может наказать за оскорбление и т.д. // Там же. С. 167.

стианском мире и даже, более того, на всем земном шаре»¹. Четырьмя годами позже, в работе «Монархическая государственность», Л.А. Тихомиров разовьет этот тезис и теоретически обоснует, что русское самодержавие — особый тип монархии и, более того, наиболее прогрессивный, идеальный тип, отличающийся как от западного абсолютизма, так и от римско-византийской империи².

Н.И. Черняев положил начало основному теоретическому спору о сходстве (тождестве) российской монархии с византийской монархической властью. Ученый отметил большое сходство российской короны с византийской монархией. В дальнейшем спорный вопрос о наличии или отсутствии существенных заимствований царской Руси от Византии превратился в сложнейший вопрос дискуссии, стал основным камнем преткновения многих русских консерваторов³.

Подводя краткий итог исследования научного наследия Н.И. Черняева, можно сделать некоторые выводы. Положительным государственно-правовым идеалом известного ученого славянофила является единственная в своем роде самодержавная монархия, сплачивающая русский народ и инородцев для достижения надклассовых, надпартийных и общенародных целей путем единства усилий самодержавного монарха и народа, когда любой подданный монарха действует во благо государство и имеет право выражать Государю свое подчас нелицеприятное мнение. Правомочия монарха России ограничены нормами православной религии, обычаями и совестью.

Негативный государственно-правовой идеал Н.И. Черняева следует определить как: а) демократическую республику; б) где народ выражает свое мнение лишь в очень редких случаях; в) при этом властью обладают единицы; г) стремящиеся к удовлетворению узкопартийных, не общегосударственных интересов.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

БАРАНОВ Павел Петрович,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права
Южно-Российского института — филиала РАНХиГС при Президенте РФ,
Заслуженный деятель науки РФ

1. Термин «модернизация» появился сравнительно недавно. Он стал использоваться лишь несколько десятков лет назад, поскольку модернизационные теории появились только в 1950–60-х годах. **Модернизация системы нормативно-правовых актов является одним из аспектов правовой модернизации, представляющим собой качественное изменение системы нормативно-правовых актов на основе использования опыта правовых систем западного типа при одновременном сохранении преемственности в собственном правовом развитии, что позволяет законодательству эффективно регулировать различные общественные отношения.**

Модернизация национального законодательства выступает как процесс его эволюционного изменения, вызванный мировыми глобализационными преобразованиями в целях качественно нового воздействия на жизнь общества. На наш взгляд, модернизация законодательства России протекает в русле **рецепции законодательства и преемственности законодательства.**

Рецепция законодательства выступает как заимствование существующих законодательных положений других стран и включение их в отечественную законодательную систему. **Преемственность законодательства** — это усвоение и сохранение нашей национальной законодательной системой своего исторического правового опыта путем его активного использования.

¹ Там же. С. 221.

² Тихомиров Л. А. Указ. соч. С. 122–124; 233–245.

³ См., например: Андреев Н. Ю. Природа императорской власти в Византийской империи // Проблемы истории и культуры средневекового общества: Тезисы докладов XXXI всероссийской конференции студентов, аспирантов и молодых ученых «Курбатовские чтения». СПб: КультИнформПресс, 2012. С. 110–113; Он же. Природа власти византийского василевса и московского царя: было ли прямое заимствование? URL: http://www.moscowia.ru/images/konkurs_roboti/2011/konkurs2011.html.

В ходе модернизации современной законодательной системы России в последнее время активно используется путь **гармонизации законодательства**, который в условиях глобализации выступает как совокупность мер политического и организационно-правового характера, осуществляемых российским государством по согласованию законов с целью формирования единого и стройного законодательного массива. Гармонизация на сегодняшний день пронизывает все отрасли российского законодательства. Одним из аспектов гармонизации российского законодательства и международного права является закрепление в международном праве прав и свобод человека, гарантий их защиты, а также других институтов, характерных для национальной системы права. Происходит и встречный процесс включения во внутригосударственное российское законодательство общепризнанных норм и принципов международного права.



2. Современная конституционно-правовая модель российского государства, являясь в определенной мере продуктом политического и правового компромисса начала 90-х годов XX века, в целом сориентирована на развитие классической демократии и достаточно жизнеспособного стабильного государства, с сильной президентской властью, которая, по мнению создателей первой российской Конституции, была призвана служить средством уравнивания политических сил общества. При этом российские правовые реформы 1990-х годов были основаны на полномасштабной рецепции западного права в российскую правовую систему. Следует помнить, что рецепция права, которая сегодня вызывает активные споры в контексте дискуссии о модернизации российской правовой системы, является необходимым инструментом развития правовой системы.

Рецепция права использовалась и в социалистической правовой системе. Несмотря на то, что идеологи построения коммунизма декларативно выступали против рецепции «буржуазного», «царистского» права, ратуя за создание нового — «пролетарского», в действительности этот механизм усовершенствования права активно использовался.



3. Как собственно правовое явление **рецепция права является одним из самых востребованных и доступных инструментов модернизации права**. Этот факт легко объясняется тем, что правовые системы различных государств никогда не существовали изолированно. Они всегда тесно взаимодействовали друг с другом в процессе многостороннего диалога правовых культур, сравнения юридических текстов, процедур, принципов юриспруденции и различных правовых конструкций. Это позволяет государствам с той или иной степенью объективности оценить собственный опыт правовой жизни и возможность развивать, совершенствовать отдельные элементы своей правовой системы, наполняя их не только новыми юридическими процедурами, но и новыми принципами и смыслами.

Нельзя не сказать и о возможных негативных последствиях заимствования. Речь идет о том, что полномасштабная рецепция, к которой пришлось прибегнуть в 90-х годах прошлого века, закономерно вобрала в себя и определенное отрицание ставших на тот момент традиционными правовых ценностей, что в скором времени привело не только к ухудшению правового климата в обществе, но и к серьезным кризисным явлениям. Эта проблема, которая перманентно возникает в процессе рецепции, объясняется тем, что большинству «правовых традиций», как правило, необходимы огромные усилия по упорядочению общественной жизни, что происходит на протяжении достаточно долгого времени. Укорененная в правовом сознании правовая традиция, даже если по всем формальным основаниям и требует своей модернизации, все равно остается ощутимым препятствием на пути легитимизации осуществляемых государством правовых реформ.

Кроме того, нередки случаи, когда зачастую желания правящей политической и экономической элиты, стоящей у «руля» модернизации правовой системы, не всегда находят понимание у общественности. В таких условиях насильственное насаждение чуждых общественности как по форме, так и по содержанию, правовых ценностей приводит к сильнейшей деформации правового сознания и закономерной утрате доверия к государству и его институтам. Однако в России период активного общественного неприятия концептуальной реформы правовой системы остался позади. В современных условиях повсеместное развитие правового нигилизма связано, скорее, с несоответствием политико-правовых реалий декларируемым и конституционно закрепленным правовым ценностям.



4. Следует отметить, что проблем, требующих более детального законодательного регулирования, на сегодняшний день остается немало. Все еще продолжается поиск законодательного решения отдельных противоречивых вопросов реализации принципа разделения властей. Несмотря на тот факт, что в России в соответствии со ст. 10 Конституции провозглашается принцип разделения властей, система базовых гарантий данного принципа достаточно формальна и нуждается в дополнительном за-

конодательного регулирования. Речь идет как о четком определении компетенции каждой из властей, так и о создании реальных механизмов ответственности за превышение этой компетенции. В целом же, отсутствие реальных механизмов реализации принципа разделения властей выступает существенным препятствием для повышения эффективности каждой из них. На наш взгляд, более четкой и всесторонней законодательной регламентации требуют такие выделяемые многими учеными ветви власти, как президентская, прокурорская, избирательная, контрольно-счетная, и банковско-финансовая. Далее следует отметить, что в стране практически отсутствует практика реального уголовного преследования вмешательства органов исполнительной власти в деятельность судебных органов, несмотря на тот факт, что речь идет о препятствовании осуществлению правосудия, что для должностных лиц должно рассматриваться какотячающее обстоятельство.



5. В сфере федеративного устройства и местного самоуправления основы, заложенные Конституции РФ, в целом не подвергаются сомнению. И даже отдельные предложения по совершенствованию некоторых статей Конституции РФ в этой сфере не связаны с коренным изменением разделения властей по вертикали и сущности местного самоуправления. Хотя нельзя не признать, что законодательное регулирование в этой сфере продолжается. Это касается и института выборности глав субъектов Российской Федерации. Учитывая благоприятные последствия возвращения этого института, нельзя забывать и о тех причинах, по которым он был упразднен. В этой связи также актуальной остается проблема законодательного закрепления ответственности выборного лица перед избирателями и укрепления принципов политической состязательности в избирательном процессе на местном уровне.



6. На наш взгляд, следует совершенствовать правовые основы местного самоуправления и муниципального строительства. В этой сфере у нас сложились серьезнейшие проблемы. Практика показала, что конституционное закрепление отделения местного самоуправления от государственной власти оказалось нежизнеспособным и искусственным, так как деятельность на местном уровне является продолжением деятельности на общегосударственном уровне. Сложилась парадоксальная ситуация, когда важные отрасли управления отделены от местного самоуправления. Это, например, госрегистрация, госавтоинспекция, земельные ресурсы, миграционная служба, трудоустройство, пенсионный фонд. В соответствии с проводимой реформой местного самоуправления создана неудачная структура местного самоуправления, которая трудно сочетается с административно-территориальным делением, произведен отказ от понятных названий населенных пунктов — «город», «село», которые заменены сомнительными — «городские округа», «городские поселения», «сельские поселения».



7. Кроме того, современное российское общество активно нуждается в реальной политической конкуренции. Никто не желает политической нестабильности начала 1990-х, однако наличие незыблемой и воздвигаемой в ранг традиционной и неприкасаемой одной политической силы в условиях отсутствия даже формальной политической конкуренции служит благодатной почвой для эскалации политического нигилизма у одной части населения и резкого возрастания политической непримиримости, не всегда идеологически обоснованной, у другой. Надо сказать, что современная российская власть уже осознала эту проблему и предприняла определенные шаги для ее решения. **Однако ситуация, когда, с одной стороны, облегчается порядок регистрации политических объединений, а с другой — существенно сужаются рамки реализации права на свободу мирных собраний, выглядит достаточно противоречивой.** При этом случаи, когда политическому объединению могут отказать как в регистрации, так и в праве участия в избирательном процессе, остаются излишне формализованными. В этой связи нельзя не вспомнить о том, что нормы о допустимых 5 процентах брака в представленных подписных листах в соответствии с Федеральным законом «О выборах Президента Российской Федерации» при внешней целесообразности может использоваться и как способ противодействия реальной политической конкуренции, тем более что последующее обжалование данного решения в ходе судебного разбирательства не всегда будет иметь реальное значение ввиду упущенного времени. В этой связи следует говорить о возможном введении специального судебного института для оперативного решения «вопросов», в ходе предвыборных процедур и непосредственных выборов.

Отдельно необходимо регламентировать часто обсуждаемую ситуацию с партийными списками, когда часть заявленных кандидатов используется в качестве так называемых «паровозов», что в конечном итоге приводит не только к депрофессионализации законодательных органов власти, но и к их криминализации, в случаях передачи соответствующих мандатов. Необходимо обратить внимание на то, как много среди народных избранников спортсменов и представителей различных «творческих» профессий.

Указанные обстоятельства призваны ускорить реформы российского законодательства в рамках не только избирательного права и избирательной системы, но и политической системы общества в целом. Протестные настроения последнего времени настойчиво показывают существенную нехватку легитимности решений, принимаемых органами власти различных уровней.

В этой связи следовало бы вернуться к механизмам формирования Государственной Думы на основе смешанной избирательной системы, включающей в себя как пропорциональные, так и мажоритарные элементы. Кроме того, не потерял актуальности и вопрос об окончательном порядке формирования Совета Федерации.

Нельзя не обратить внимание и на ситуацию, касающуюся статуса депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. Следует четко закрепить в законодательстве весь механизм прекращения полномочий депутатов Государственной Думы и членов Совета Федерации. Также дополнительного контроля требует и институт «общения с избирателями».



8. В правовом регулировании экономической и социальной сферы продолжается процесс развития и некоторой корректировки чрезмерно либеральной экономической и приватизационной политики. При этом основные конституционные принципы экономического строя, свобода экономической деятельности и равноправие форм собственности остаются неприкосновенными, хотя различными общественно-политическими силами периодически ставится вопрос об их пересмотре.

В целом, непременными условиями успеха развития современного российского права являются, как и прежде, преодоление общих кризисных явлений экономического, социального и правового характера как негативных факторов, влияющих на стабильность и развитие конституционно-правовых отношений, путем решения актуальных задач совершенствования конституционно-правового регулирования.



9. Все еще ждет правового оформления механизм формирования эффективных средств охраны и защиты Конституции Российской Федерации, обеспечения конституционной законности, реализации конституционно-правовых норм и установления форм ответственности за их нарушение. По-прежнему существует практика неисполнения решений Конституционного Суда Российской Федерации как законодательными и судебными, так и исполнительными органами власти, что делает реальным вопрос о серьезном ужесточении ответственности должностных лиц и внесении соответствующих изменений в Федеральный Конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Не теряет актуальности проблема устранения коллизий внутри федерального законодательства, а также между законодательством Российской Федерации и ее субъектов. Это предполагает формирование действенных механизмов предотвращения и устранения коллизий и конфликтов между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Кроме того, для развития российской правовой системы на современном этапе необходимо решение целого ряда важнейших задач, вытекающих из потребностей конституционно-правового обновления. По-прежнему существует известная необходимость в принятии и обновлении федеральных конституционных законов и федеральных законов в развитие и дополнение положений Конституции РФ.



10. Что же касается социальной сферы и сферы реализации конституционных прав и свобод человека и гражданина, то проблемы реализации основных конституционных положений следует связывать не только с несовершенным законодательством, но и в большей мере с традиционным несовершенством правоприменительной политики государства.

В этой связи по-прежнему актуален вопрос о создании действенных правовых гарантий реализации прав и свобод человека и гражданина, формировании эффективного социального государства в новых условиях экономического и социального развития. В целях недопущения формализации и бюрократизации процессов взаимодействия граждан и представителей органов государственной власти и местного самоуправления назрела необходимость в развитии института «административных процедур», основополагающими принципами которого выступали бы презумпция достоверности, запрет произвола, запрет бюрократического формализма, беспристрастность, обоснованность, оперативности и др. Также следует всячески развивать и законодательно регламентировать институт ответственности должностных лиц перед населением.



11. В настоящее время в результате активной правотворческой деятельности значительно возросло не только количество нормативных правовых актов, но и их противоречивость. Законодательство

стало достаточно громоздким, а регулирующие одни и те же отношения правовые нормы, содержащиеся в различных правовых актах, зачастую дублируются. Однако даже такое дублирование очень часто не защищает от имеющих место пробелов в законодательстве и правовых коллизий. Порой имеет место несоответствие нормативных положений одного и того же правового акта, искажение содержащихся в них исходных идей и принципов. Противоречивость, «пробельность» и дублирование правовых норм при отсутствии четких механизмов их реализации стали обычным явлением в современной правотворческой практике.



12. В юридической науке ведутся споры о том, что лучше для современного российского государства **присоединиться к одной из существующих правовых семей современности, пойти своим путем или образовать новую евроазиатскую правовую семью**. Это говорит о том, что **в концептуальном плане конечный замысел правовой модернизации все еще не ясен не только рядовым гражданам, но и самому законодателю**.

В таких условиях современному российскому законодателю необходимо обойтись без «крайностей» и, во-первых, найти золотую середину между позитивистскими и социально-историческими концепциями модернизации права, а, во-вторых, стараться избегать временных, точечных и по своей сути патерналистских вмешательств в правовое пространство, сосредоточив основное внимание на концептуальных правовых реформах, рассчитанных на относительно долгосрочную перспективу.

УВАЖЕНИЕ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА КАК НЕОТЪЕМЛЕМАЯ СОСТАВЛЯЮЩАЯ ПРИНЦИПА УВАЖЕНИЯ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО АППАРАТА

БАРСУКОВА Вероника Николаевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ «Саратовская государственная юридическая академия»

В условиях активизации процессов формирования гражданского общества и правового государства, возрастания роли права, развития теории и прав человека, принципы права опосредуют сферу реализации публичной власти. Нравственно-правовую основу современного российского государства образуют общечеловеческие принципы гуманизма и справедливости, равенства и свободы личности, ее чести и достоинства. Данные принципы являются критериями оценки, эталоном, образцом, показателем качества государства и права¹. Одним из таких принципов, на наш взгляд, является принцип уважения.

Уважение как принцип организации и деятельности государственного аппарата, на наш взгляд, следует определить как объективно обусловленное исторически развивающееся исходное начало организации и деятельности государственного аппарата, содержащее морально-этические свойства и получившее законодательное закрепление в нормативных актах. Оно выражается в признании равного положения людей, их основных прав, свобод и законных интересов, выражении чувства почтения к личности как к высшей ценности, готовности сотрудника отстаивать законные интересы граждан и иных лиц.

Неотъемлемой составляющей принципа уважения в организации и деятельности государственного аппарата является уважение прав и свобод человека и гражданина. Прежде чем вести речь о том, каким образом должен реализовываться указанный элемент принципа уважения в деятельности государственного аппарата, необходимо, на наш взгляд, определиться с такими базовыми понятиями, как «права и свободы человека и гражданина», а также «честь» и «достоинство» личности.

Вопрос о понятии субъективного права в отечественной периодической литературе является дискуссионным уже на протяжении длительного времени². На наш взгляд, представляется возможным присоединиться к позиции, высказанной С.Н. Братусем. По его мнению, субъективное право — «это

¹ См.: Милушева Т.В. Принцип справедливости в контексте проблемы правового ограничения государственной власти // Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 2010. С. 203.

² См.: Рафиева Л.К. Честь и достоинство как правовые категории. М., С. 58.

мера возможного поведения данного лица, обеспеченная законом и тем самым соответствующим поведением обязанных лиц»¹.

Следует отметить, что уважение прав и свобод человека и гражданина неразрывно связано с такими категориями, как честь и достоинство личности. К сожалению, в настоящее время российское законодательство не содержит легальных определений указанных категорий.

В теории гражданского права честь определяется как общественная оценка личности, мера социальных, духовных качеств гражданина, объективное общественное свойство². А.Л. Анисимов верно отмечает, что гражданин пользуется, в том числе, и внешней честью, исходящей от государства. Предметом уважения со стороны государства является гражданин как таковой, гражданин вообще. Вот почему перед суждением государства все граждане совершенно равны, никто не пользуется преимуществом из-за своих индивидуальных особенностей³.

В организационном единстве с честью находится категория достоинства. Достоинство определяется как самооценка собственных качеств, способностей, мировоззрения, своего поведения, общественно-значения⁴. Достоинство человеческой личности признается в равной мере за всеми членами общества, что не исключает, разумеется, признание больших заслуг одних перед другими⁵. Категория достоинства являет собой органическое единство социального и индивидуального.

Таким образом, честь и достоинство личности рассматривается как высшая ценность морально-этического характера.

Вместе с тем, указанные категории неразрывно связаны с правом, ибо их ущемление или утрата влекут за собой потерю нормальных общественных связей, а значит и утрату определенного статуса в своих правоотношениях с другими субъектами. Поэтому честь и достоинство являются важнейшей социально-правовой ценностью и потребностью для любого государства и общества и нуждаются в соответствующей законодательной защите.

Право на честь и достоинство следует рассматривать как особое субъективное право абсолютного характера. Сущность указанного права как неимущественного права можно представить в виде совокупности следующих правомочий: презумпции чести и равного достоинства; обладания честью и достоинством; распоряжения честью; защиты чести и достоинства⁶. Право на честь и достоинство, будучи в силу ст. 150 ГК РФ нематериальным благом, приобретаемым гражданами в силу рождения, имеет реальное значение для субъектов права не только при нарушении, но и независимо от него.

Таким образом, можно говорить о чести и достоинстве, как минимум, в двух аспектах: морально-этическом (оценка достоинств личности ею самой и обществом) и социально-правовом (субъективное право). Следовательно, категория «субъективное право» («права и свободы») соотносится с категориями «честь» и «достоинства» как общее и часть. Вместе с тем, в контексте уважения прав и свобод человека и гражданина указанное субъективное право приобретает особое значение, так как нарушение любых прав в той либо иной мере ведет к ущемлению, непочтительному отношению к чести и достоинству личности, то есть нарушение права на честь и достоинство является неизменным в определенной степени спутником любого правонарушения.

Проявление уважения к правам и свободам человека и гражданина, и в первую очередь к праву на честь и достоинство в деятельности государственного аппарата, многогранно, что обусловлено широким спектром его функций.

¹ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. М., 1950. С. 13.

² См.: Ю. З. Саханов Деловая репутация субъектов предпринимательской деятельности в системе объектов гражданских прав и особенности ее гражданско-правовой защиты: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань. 2007. С.12; см. также: Анисимов А. Л. Честь, достоинство, деловая репутация под защитой закона. М., 2004. URL: <http://www.library.ru/help/docs/n56821/hest1.doc> (дата обращения: 15.11.2011).

³ См.: Анисимов А. Л. Честь, достоинство, деловая репутация под защитой закона. М., 2004 // URL: <http://www.library.ru/help/docs/n56821/hest1.doc> (дата обращения: 15.11.2011).

⁴ См.: Блюмкин В. А. Честь. Достоинство. М., 1963.

⁵ См.: Петрухин И. Л. Человек как социально-правовая ценность // Государство и право. 1999. №10. С. 83–84.

⁶ См.: Паладьев М. А. Конституционное право человека на честь и достоинство (основания, содержание, защита): Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2006.

В настоящее время приняты так называемые кодексы этики, регулирующие поведение представителей государства разного уровня. Так, в деятельности правоохранительных органов применяются кодекс профессиональной этики сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации¹; кодекс этики прокурорского работника Российской Федерации². Судьи обязаны руководствоваться кодексом судейской этики³. Особенно многочисленны кодексы в сфере деятельности органов исполнительной власти. Практически каждое ведомство имеет свой кодекс этики. В основном, все они дублируют положения Типового кодекса этики и служебного поведения государственных служащих Российской Федерации и муниципальных служащих⁴. На территории субъектов Российской Федерации действуют кодексы профессиональной этики государственных служащих регионального уровня. Так, например, в Саратовской области принят Закон Саратовской области «Кодекс этики и служебного поведения государственных гражданских служащих Саратовской области»⁵. Применительно к муниципальным служащим действуют кодексы профессиональной этики, принятые соответствующими органами местного самоуправления (Кодекса этики и служебного поведения муниципальных служащих Саратовского муниципального района Саратовской области⁶).

Указанные акты, наряду с другими нормативными актами, регулирующими деятельность государственного аппарата, содержат гарантии уважительного отношения к правам и свободам человека и гражданина со стороны представителей указанных органов и их должностных лиц. Сущность указанных гарантий во многом зависит от функций, возложенных на конкретный орган государственной власти.

Так, одной из важнейших функций органов государственной власти и местного самоуправления является рассмотрение и разрешение заявлений, жалоб и иных сообщений. Указанные выше кодексы профессиональной этики, отраслевые законы, а также Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»⁷ и инструкции о порядке ведения делопроизводства в государственных органах, содержат гарантии уважительного отношения к правам и свободам граждан при осуществлении данной функции.

Условно указанные гарантии можно разделить на следующие группы:

1) *гарантии недопустимости притеснения конституционных прав и свобод граждан со стороны государственного аппарата в связи с их обращениями проявляются в:*

— недопустимости преследования гражданина в связи с его обращением в органы государственной власти и местного самоуправления с критикой их деятельности либо в целях восстановления или защиты своих прав, свобод и законных интересов либо прав, свобод и законных интересов других лиц, за исключением случаев, когда их действия образуют состав уголовного преступления;

— недопустимости при рассмотрении обращения разглашения содержащихся в нем сведений, а также сведений о частной жизни заявителя без его согласия;

¹ URL: <http://www.kadis.ru/texts/index.phtml?id=34762&PrintVersion=1> (дата обращения: 14.09.2012).

² Об утверждении и введении в действие Кодекса этики прокурорского работника Российской Федерации и Концепции воспитательной работы в системе прокуратуры Российской Федерации: Приказ Генеральной прокуратуры Российской Федерации от 17 марта 2010 г. №114 // Законность. 2010. №6.

³ Кодекс судейской // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 2005. №2.

⁴ Типовой кодекс этики и служебного поведения государственных служащих Российской Федерации и муниципальных служащих // Бюллетень «Официальные документы в образовании». 2011. №36.

⁵ Кодекс этики и служебного поведения государственных гражданских служащих Саратовской области: Закон Саратовской области от 31 мая 2011 г. №55-ЗСО // Собр. законодательства Сар. обл. 2011, №15, С. 5360–5362.

⁶ Об утверждении Кодекса этики и служебного поведения муниципальных служащих Саратовского муниципального района Саратовской области: Постановление главы администрации Саратовского муниципального района Саратовской области от 5 апреля 2011 г. № 1026 // Большая Волга. 2011. №32 (9223).

⁷ О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: федер. закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. №19. Ст. 2060.

2) компенсационные гарантии проявляются в:

— праве заявителя на возмещение убытков и компенсацию морального вреда, причиненных незаконным действием (бездействием) органов государственной власти и местного самоуправления, а также их должностных лиц, при рассмотрении обращения, по решению суда;

3) гарантии недопустимости оставления заявления без рассмотрения и удовлетворения без достаточных к тому причин проявляются в:

— возможности оставления без ответа лишь обращения, в котором содержатся нецензурные либо оскорбительные выражения, угрозы жизни, здоровью, имуществу должностного лица или членов его семьи;

— недопустимости прекращения переписки с заявителем за исключением случаев, если повторное обращение не содержит новых доводов, а изложенное ранее — полно, объективно и неоднократно проверялось и ответы даны в установленном порядке правомочным должностным лицом органа государственной власти или местного самоуправления;

— мотивированности и понятности ответа, в котором содержится отказ в удовлетворении обращения.

4) гарантии своевременности рассмотрения заявлений и обращений проявляются в:

— наличии сроков для рассмотрения обращений граждан (30 дней со дня регистрации письменного обращения).

5) гарантии обеспечения взаимодействия между заявителем и органами государственной власти и местного самоуправления проявляются в:

— наличии у заявителя права при его рассмотрении органами власти представлять дополнительные документы и материалы либо обращаться с просьбой об их истребовании;

— наличии у заявителя возможности по окончании рассмотрения обращения ознакомиться с документами и материалами, если это не затрагивает права, свободы и законные интересы других лиц и если в указанных документах и материалах не содержатся сведения, составляющие государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну;

Анализ нормативного материала, регулирующего деятельность органов государственной власти, позволяет сделать вывод о том, что гарантии уважительного отношения к правам и свободам человека и гражданина в ходе рассмотрения и разрешения его обращения не всегда в достаточной мере проработаны на законодательном уровне. Нередко обозначенные гарантии содержатся только во внутриведомственных приказах. Такая ситуация, в частности, имеет место в законодательстве о прокуратуре Российской Федерации. В Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» они прописаны весьма нечетко, однако, учитывая специфику деятельности данного органа, было бы целесообразным включить в указанный закон специальный раздел, который следовало бы назвать «Гарантии уважения прав и свобод человека и гражданина в деятельности прокуратуры РФ».

Изложенное позволяет сформулировать некоторые выводы:

— к основным чертам уважения прав и свобод граждан в деятельности органов государственной власти местного самоуправления, а также их должностных лиц, относятся: построение взаимоотношений с людьми на основе принципов деятельности указанных органов; справедливость; отношение к людям, исходя из принципа равенства их прав и свобод, недопустимость предвзятости; полное и своевременное удовлетворение интересов людей, предоставление им свободы; доверие к людям; внимательное отношение к их убеждениям, устремлениям; заинтересованность в судьбе личности, вступающей во взаимодействие с органами государственной власти местного самоуправления; чуткость, вежливость, деликатность, корректность.

— под уважением прав и свобод человека и гражданина в деятельности органов государственной власти и местного самоуправления следует понимать важнейшее требование нравственности, подразумевающее такое отношение, которое обеспечивает признание, соблюдение и защиту прав и свобод человека и гражданина, определяет основной смысл и содержание профессиональной деятельности государственного гражданского служащего.

Очевидно, что на сегодняшний день созрела настоятельная необходимость внесения изменений в законодательство в части формулирования понятия «уважение прав и свобод человека и гражданина в деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», а также гарантий его реализации. Кроме того, на наш взгляд, есть потребность в перенесении многих норм, гарантирующих уважительное отношение к правам и свободам человека и гражданина, из ведомственных приказов указанных органов в единый кодифицированный законодательный акт.

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЕ НАСЛЕДИЕ АКАДЕМИКА И. А. МАЛИНОВСКОГО В СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ УКРАИНЫ И РОССИИ

ДИНОВСКИЙ Дмитрий Николаевич,

к.п.н., доцент, Заслуженный работник образования Украины,
член союза юристов Украины,

член-корреспондент Академии педагогических и социальных наук (Украина, г. Ровно)

В условиях глобализации современного мира важное место занимают еще не реализованные приобретения научной юридической мысли прошедших веков для обеспечения безопасности страны. Ведь состояние, взаимосвязь, требования и тенденции теоретического наследия украинского и российского правоведения формировались с участием профессора И.А. Малиновского.

Цель данной работы показать современное значение и актуальность жизненного и творческого пути ученого, его историко-правовое наследие прошедших веков для совершенствования современной системы образования, воспитания подрастающего поколения Украины и России, формирования молодой генерации.

Родился Иоаникий Алексеевич Малиновский 4(16) ноября 1868 г. в г. Остроге Волынской губернии (сегодня — Ровенской области Украины), в семье ремесленника. В этом древнем украинском городе — колыбели образования (в 1651 г. здесь создано первое высшее учебное заведение Восточной Европы) — он закончил приходскую школу, среднюю гимназию и затем поступил в коллегию Павла Галагана. После его окончания в 1888 г. поступил в Киевский университет св. Владимира, который закончил в 1892 г. и уже здесь принял за свою первую научную работу — монографию «Учение о преступлении по Литовскому Статуту», опубликованную Университетом св. Владимира по результатам конкурса студенческих работ И.А. Малиновский получил положительную рецензию А. Михельсона в органе Юридического общества при Санкт-Петербургском университете¹. Затем одобрительный отзыв в еженедельной юридической газете «Право» вызвал труд молодого ученого «Рада Великого княжества Литовского в связи с Боярской думой Древней Руси». Первая часть ее защищена И.А. Малиновским как магистерская, а вторая — как докторская диссертация. Позднее монография была награждена премией им. П.Н. Батюшкова Российской академии наук как лучшая работа по истории Юго-Западного края².

Акцентируя внимание на главной проблеме данной конференции, важно отметить, что ученый еще тогда (что важно сегодня) в своих лекциях по проблемам управления в России XVI–XVIII веков, в своей брошюре «О том, как воевали в старину и как теперь воюют» (1897), с гуманистических позиций отмечал, что «просвещение вносит правду во все дела человеческие, вносит ее в войну»³. Такое утверждение правоведа касается и проблемы обеспечения безопасности страны. Представления И.А. Малиновского об образовании и просветительской деятельности изложены в более чем ста газетных статьях и брошюрах, ставших составной частью его собственной программы борьбы с социальным злом; можно сказать, гуманистической миссией, которую ученый реализовывал всю свою жизнь, и что, безусловно, он считал основной движущей силой научного прогресса.

Работа в Томском университете (1899–1912 гг.) способствовала творческому росту молодого прогрессивного ученого. Его лекции по истории русского права, энциклопедии (общей теории) права, об истории сибирской ссылки, о задачах высшего образования и многие другие имели оглушительный успех у студенческой молодежи.

¹ Михельсон А. Малиновский. Учение о преступлении по Литовскому Статуту. К., 1894 // Журнал юридического общества при Императорском Санкт-Петербургском университете. 1895. Кн. 3. Март. С. 13–14.

² Усенко И. Б. Историография жизни и деятельности И.А. Малиновского // Научное наследие академика И.А. Малиновского и современность: Материалы Всеукраинской научно-практической конференции (4–6 декабря 2008 г., г. Ровно) / Ред. коллегия: И.Б. Усенко и др. К., 2010. С. 5.

³ Диновский Д. Н. Роль творческого наследия академика И.А. Малиновского в совершенствовании юридического образования в Украине // Государство и право. 2006. Вып. 31. С. 67–70.

На рубеже веков, став одним из лидеров левого либерально-демократического крыла университетского коллектива, И.А. Малиновский вместе с М.Н. Соболевым, Н.Н. Розинным, М.И. Боголеповым и другими единомышленниками боролся за активизацию общественной жизни в Томске, особенно в молодежной среде. 28 мая 1899 г. на торжественном собрании университета, посвященном 100-летию со дня рождения А.С. Пушкина, молодой профессор в своем докладе утверждал, что Пушкин был певцом свободы, который надеялся, что со временем заря свободы засияет над Российской империей и над ее отдаленной окраиной — Сибирью¹. Кроме этого опубликованного доклада, имевшего громкую огласку, он посвятил несколько статей творчеству Пушкина; вышли в свет тексты его выступлений «Университет в произведениях А.П. Чехова», «Вопросы права в произведениях А.П. Чехова»².

Значительный общественный резонанс имела монография — протест Иоаникия Алексеевича — «Кровавая месть и смертные казни»³. Вольнодумствующий профессор Томского университета из украинского древнего Острога 27 декабря 1908 г. на заседании отделения Юридического общества при Санкт-Петербургском университете, в ходе обсуждения своего доклада по теме монографии, получил полную поддержку общественности. Работа была поднесена царю, одобрена Л.Н. Толстым, который написал автору признательное письмо и отметил, что эта монография примирила его с «официальной наукой». Этот факт широко прокомментирован в дневниках и воспоминаниях родных и близких великого русского гуманиста⁴.

В то же время, эта бескомпромиссная борьба привела к увольнению его с работы в 1911 г. и привлечению к уголовной ответственности за публикацию книги против смертной казни и карательной политики самодержавия. Но от тюремного заключения его спасла общая амнистия в связи с 300-летием дома Романовых. В советское время он был наказан за антибольшевистские публикации, принадлежность к кадетской партии и пребывание на соответствующих, хотя и чисто просветительских, должностях при белогвардейской власти.

Рассуждая в своих работах о различных явлениях общественной жизни, ученый утверждал, что основной закон общественной жизни — это прогресс, т.е. улучшение и совершенствование. «История есть прогрессивное движение от форм простых и совершенных к формам сложным и совершенным... Признавая общее направление истории прогрессивным, необходимо помнить, что движение прогресса не непрерывно; он нарушается болезненными временными остановками, регрессом»⁵. Эти научно-теоретические представления Иоаникия Алексеевича сохраняют свою научную ценность и сегодня, в условиях глобализации, являясь важной вехой в развитии общества, обеспечении устойчивого социального прогресса.

Принадлежал И.А. Малиновский к школе западно-русского права, представители которой выступали оппонентами предыдущей литовской и польской историографии, доказывая наличие в государственно-правовых институтах Великого княжества Литовского (Западной Руси) именно русских правовых устоев, что со временем органично трансформировалось в изучение украинского права, и уже с событиями 1917 года ученый связывал новый этап исследований, так как «творческие способности великого украинского народа не могут не расцвести в условиях свободы, которую обещала революция»⁶.

Возглавляя академическую комиссию Всеукраинской академии наук, ученый выдвинул оригинальную концепцию «Революционного советского права», которую в 1928 г. наиболее полно изложил в своей работе с аналогичным названием. Он также подготовил весьма интересную монографию «Древний государственный строй восточных славян и его более поздние изменения» (Киев, 1929 г.).

¹ Малиновский И., Сапожников В. Памяти А.С. Пушкина. Речи, произнесенные в торжественном заседании Томского университета 28 мая 1899 г. Томск, 1900. С. 1–18.

² Малиновский И. Вопросы права в сочинениях А.П. Чехова. Доклад, читаемый в заседании Томского юридического общества. Томск, 1905. 93 с.

³ Малиновский И. Кровавая месть и смертные казни. Вып. 1. Томск, 1908. С. 1, 203.

⁴ Булгаков В.Ф. Лев Толстой в последний год его жизни: дневник секретаря Л.Н. Толстого. М.: Гослитиздат, 1957, С. 489; Письма Л. Н. Толстого 1848–1910. М., 1910. С. 343–344; Толстой Л.Н. Христианство и смертная казнь. М., 1917. 16 с.

⁵ Малиновский М. Лекции по истории русского права. Ростов н/Д, 1917. С. 6.

⁶ Центральный государственный исторический архив Украины в г. Киеве. Ф. 2042, оп. 1, д. 198, лист 1–4.

Умер академик Малиновский 12 января 1932 г. в Киеве, где и был похоронен. После смерти написанные им разные по жанру работы оказались по сути забытыми. Лишь в 1992 г. его имя было официально восстановлено в списках НАН Украины, и в 1993 г. он был реабилитирован по делу 1920 г.

Благодаря заведующему отделом историко-правовых исследований Института государства и права им. В.М. Корецкого НАН Украины профессору И.Б. Усенко, директору этого института академику НАН Украины и иностранному академику Российской академии наук Ю.С. Шемшученку, а также их последователям, историческая справедливость восторжествовала, и ныне научная биография выдающегося ученого и общественного деятеля изучается широко и всесторонне.

Незаурядная личность И.А. Малиновского вызывает особый интерес у исследователей, побуждая к полной научной реконструкции его жизненного и творческого пути: этой проблемой заинтересовалась известный правовед Э.Г. Цыганкова; специальное диссертационное исследование защитила Т.И. Бондарук; с подачи И.Б. Усенка и автора этой статьи в г. Ровно состоялись методические чтения, посвященные 131-й годовщине со дня рождения выдающегося земляка-ученого (в этой работе приняла участие внучка академика М.Ц. Шабат). 4–6 декабря 2008 г. в г. Ровно состоялась Всеукраинская научно-практическая конференция «Научное наследие академика И.А. Малиновского и современность», учреждены премии и стипендии имени академика, в честь него названы улицы в городах Ровно и Остроге. Немало мероприятий, посвященных памяти Малиновского, проводятся в Национальном университете «Острожская академия» и в гимназии №2, где он учился.

Жизнь И.А. Малиновского, ее историографический анализ олицетворяют взлеты и падения, достижения и недостатки юридической науки, ее удивительные метаморфозы в контексте исторических событий, и особенно — генетическую связь украинской и российской научной традиции, которая наверняка должна стать темой будущих исследований в целях совершенствования системы образования Украины и России, обеспечения общественной стабильности в условиях глобализации современного мира.

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО РОССИИ НАЧАЛА ХХІ ВЕКА: ПРОБЛЕМЫ И ПРЕДЛОЖЕНИЯ

ИВАННИКОВ Иван Андреевич,

д.ю.н., д.полит.н., профессор кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В период перестройки в СССР произошел отказ от государственной идеологии, доказывалась бесперспективность советского социалистического государства и права. Ученые-юристы легко отказались от советских ценностей и приняли идею правового государства. Однако никто до сих пор не ответил на вопрос, почему такое мощное государство, как СССР, и его правовая система так легко были разрушены? Народ находился в состоянии протрастии или ненавидел советский государственный режим, форму государства и правовую систему, а поэтому СССР потерпел поражение в «холодной войне»? Насколько была сильна в народе советская государственная идеология? Была ли проблемной и неэффективной форма советского государства или она не подавала признаков кризиса?

Одной из самых актуальных и сложных проблем любого большого по территории государства является проблема государственного устройства и связанной тесно с нею вездесущий «национальный вопрос». Россия относится к числу таких государств. От решения этих вопросов зависит сохранение территориальной целостности России. Ни один федеральный округ России не является беспроblemным в этом отношении. Цель данной статьи заключается в анализе процесса становления, развития, функционирования современной формы государственного устройства и в предложении возможных путей ее реформирования.

Территориальные и национальные проблемы России имеют свою историю. Одни кризисные явления современного государственного устройства России уходят своими корнями к началу XX века, к периоду становления социалистического государства, когда в России создавались национально-территориальные республики и области, другие возникли в конце XX века и в начале XXI века.

Известно, что В.И. Ленин, как и многие марксисты, до середины 1917 года, следуя учению К. Маркса и Ф. Энгельса, был против построения федеративного государственного устройства в России и считал федерацию буржуазной идеей. Недостаток федерации виделся марксистам в том, что она позволяла «растачить» пролетариат по «национальным квартирам».

Его соратник по партии И.В. Сталин в марте 1917 года подверг критике план эсеров о построении в России федеративного государства по подобию США в форме союза областей. И.В. Сталин считал, что федерация по типу США и Швейцарии приведет к разрыву уже существующих экономических и политических связей, не решит в России национального вопроса. Демократичнее, по мнению И.В. Сталина, было пойти по пути разделения Российской империи на автономии по национальному признаку, но в рамках целого. За основу он брал свое учение о нации как исторически сложившейся устойчивой общности людей, которая возникла на «базе общности языка, территории, экономической жизни и психического склада, проявляющегося в общности культуры». Очевидно, что И.В. Сталин лукавил. Ведь свобода выхода наций уже вела к разрыву экономических и прочих связей с центром, а политическая автономия никак не могла бы решить национальный вопрос. Ставя цель завоевать власть в стране, большевики использовали для ее достижения все средства, в том числе создавали национально-территориальные образования, национальные армии и правительства. Если первоначально В.И. Ленин высказывался против создания федерации в России, то летом 1917 года он поменял свои взгляды и подобно анархистам и эсерам выступил за установление в России федерации. Ленин за федерацию по национально-территориальному принципу и даже за самоопределение всех наций. Он становится левее всех левых и тем самым возвышается над лидерами революционных сил.

Советское правительство поставило задачу превратить унитарную Россию в федеративную. Была и объединительная идея — стремление построить общими усилиями коммунистическое общество. Субъектами этой федерации могли быть лишь области, естественно сочетающие в себе особенности быта, своеобразие национального состава и некоторую минимальную целостность экономической территории. Было ясно, что федерация должна быть национально-территориальной.

В 1922 году несколько корректирует свои взгляды и И.В. Сталин. Он выступает за установление в России федеративного государственного устройства на неопределенное время. Федерализму в России, — отмечал Сталин, — суждено, как и в Америке и Швейцарии, сыграть переходную роль — к будущему социалистическому унитаризму. Его план о вхождении советских республик в состав Российской Федерации на правах автономий был отвергнут В.И. Лениным, который увидел в этом проявление великорусского шовинизма!

Первый съезд Советов СССР, состоявшийся 30 декабря 1922 года, утвердил Декларацию и Договор об образовании СССР как союзного государства. За годы существования СССР было создано много искусственных национально-территориальных образований. Так, из 11 субъектов федерации Северо-Западного федерального округа две республики и один автономный округ являются искусственными национально-территориальными образованиями. По данным переписи 2002 года, в Карелии проживало 85% славян и 9,2% карелов. В Ненецком автономном округе ненцев проживало 18,7%, а славян 66,6%. В Республике Коми 66% славян и 25% коми. Еврейская автономная область, Карельская автономная республика, Казахская союзная республика и другие национально-территориальные образования также были созданы искусственно.

С приходом к власти Н.С. Хрущева политика советского государств в отношении государственного устройства страны приобрела ряд иных негативных моментов. Н.С. Хрущев безо всяких объективных причин приступил к раздаче территорий, на которых проживало русское население, национальным республикам. Так, 19 февраля 1954 года полуостров Крым был нелегитимно передан Украинской ССР, а 9 января 1957 года Наурский и Шелковской районы Ставропольского края — вновь воссозданной Чечено-Ингушской АССР. Начался процесс возвращения репрессированных народов Северного Кавказа в прежние места проживания.

В годы перестройки национальный вопрос обострился и начался кризис национально-территориального государственного устройства СССР.

Центробежные силы достигли такого уровня в республиках, что сохранить СССР без реализации силового сценария было нельзя. Что надо было сделать, чтобы распад СССР прошел без применения силы? Кто-то решил, что для этого надо, чтобы территории, которые стали формально относиться к Украине и другим республикам, остались в их составе после развала СССР. Так, даже Севастополь — город всесоюзного значения, который должен был быть территорией Российской Федерации как правового приемника СССР, отдали Украине. Однако это был ошибочный шаг, который не устранил локальные войны за «историческое право» на землю. Самым наглым образом развалили и разделили СССР. Русские превратились в разделенный народ.

Причинами развала СССР явились, во-первых, «эпидемия» принятия деклараций о государственном суверенитете, инициированная РСФСР 12 июня 1990 года, во-вторых, раскол в советской правящей элите, незаконные акты Президента СССР, экономические проблемы и др. Вслед за Декларацией

о государственном суверенитете РСФСР 30 августа 1992 года была принята Декларация о государственном суверенитете Татарской АССР, которая ограничила действие законов Российской Федерации на территории республики.

Необходимо отметить, что в 1990-е годы Кремль всячески препятствовал воссоединению русских, живших в республиках Северного Кавказа, с Краснодарским краем (жителей Урупского и Зеленчукского районов Карачаево-Черкесии) или со Ставропольским краем (жителей ряда районов Чечено-Ингушетии). Русские в СССР никогда не имели государственного статуса и не пользовались государственной поддержкой в сохранении и развитии своей национальной самобытности.

С развалом СССР ситуация еще более осложнилась. В Российской Федерации открыто анти-русская деятельность стала нормой, сопровождаемая откровенным насилием в отношении русского населения во многих национально-территориальных образованиях, и особенно в республиках Северного Кавказа. Начался исход славян из республик Северного Кавказа, который продолжается и сейчас.

В период политики перестройки почти во всех национально-территориальных образованиях СССР к власти пришли националисты из числа представителей титульных наций. В период приватизации они не допустили к участию в перераспределении бывшей социалистической собственности русское население. В результате этого ни в одной республике Кавказа нет ни одного крупного предпринимателя из этнических русских.

Конституция Российской Федерации 1993 года в вопросе государственного устройства уступала и до сих пор уступает Конституции РСФСР 1978 года, которая была более продуманной, так как закрепляла пять видов субъектов (автономные республики, автономные области, автономные округа, края и области). Субъекты РСФСР не были фактически, а поэтому и юридически, равны между собой в силу ряда объективных факторов, но было формально-юридическое равенство между субъектами одного вида. В части 2 статьи 5 Конституции Российской Федерации 1993 года закрепляется приниженное положение краев, областей и городов федерального значения по сравнению с республиками (государствами). Области и края Российской Федерации не имеют полноты прав по сравнению с такими субъектами России, как республики, и де-юре и де-факто. Области и края с 5–6-миллионным населением и республики с 300–500-тысячным населением стали иметь по два представителя в Совете Федерации России, то есть равное их количество, что явно несправедливо.

Было бы правильным создать такие структуры на уровне федеральных округов, где каждый субъект или нация имели бы по равному числу представителей, а функции федерации передать федеральным округам (законодательные, судебные, правоохранительные и др.), что повысило бы их статус.

Конституция России 1993 года не закрепляет возможности реализации права на воссоединение русского народа, искусственно разьединенного после развала СССР, в единое государство и создание единой территории его проживания. Принцип социальной справедливости в Конституции — это выражение интересов большинства населения. В России это интересы русского народа. Однако Конституция 1993 года их никак не отразила. Не отразила она и интересы подавляющего большинства населения России в целом. Итак, принцип социальной справедливости нарушен в представительстве регионов, в предоставлении особых политических прав субъектам федерации. Причем во всех социальных и демократических государствах этот принцип на конституционном уровне давно закреплен. Так, согласно пункту 1 статьи 51 Основного закона ФРГ 1949 года, каждая земля располагает не менее чем тремя голосами, а свыше 3 млн жителей имеют 4 голоса, свыше 6 млн — 5, более 7 млн жителей — 6 голосов.

Любые попытки реализации идеи «исторического права на землю» всегда приводили к кровопролитным войнам. В нынешней российской действительности такой сценарий грозит не только вылиться в вооруженный конфликт, наподобие осетино-ингушского, например, но и повлечь быстрый распад Российской Федерации как целостного государства, привести к войне «всех против всех».

В будущем возможно, что «к межнациональным проблемам, которые множатся день ото дня, прибавятся еще и отношения между республиками. Именно сейчас Глава Чечни Р. Кадыров желает взять под юрисдикцию Чечни «почти треть территории, находящейся сегодня в Ингушетии, — Сунженский и Малгобекский районы»¹.

Итак, во-первых, история нашей страны свидетельствует о том, что федерализм можно использовать и как средство объединения, и как средство разрушения государства. Объединение возможно лишь тогда, когда субъекты федерации не являются суверенными образованиями, а суверенитетом

¹ Разделяй и властвуй // Аргументы недели. 2012. 6 сентября.

обладает только сама федерация. Поэтому развитие РФ в 1990-е годы можно назвать эволюцией федеративных отношений к конфедеративным. В стране должен существовать один государственный язык, единая денежная единица, один президент, одна республика — Российская, если ставится цель создания сильного государства.

Во-вторых, если федерализм признается территориальной формой демократии, то необходимо отказаться от порочной практики заключения договоров между центром и субъектами федерации об особом статусе отдельных субъектов федерации. Подобные конституционно-договорные процессы способствуют, в конечном счете, разрушению конституционного строя России. Все субъекты Российской Федерации должны быть равны между собой, то есть должна быть реализована идея юридической справедливости (формального равенства). Однако, согласно пункту 1 части 5 статьи 6 Федерального конституционного закона РФ от 28 июня 2004 года с изменениями на 16 апреля 2008 года «О референдуме Российской Федерации», на референдум не может быть вынесен вопрос «об изменении статуса субъекта (субъектов) Российской Федерации, закрепленного Конституцией Российской Федерации». В будущем многие функции субъектов федерации целесообразно передать федеральным округам (законодательные, судебные, правоохранительные и др.).

В-третьих, стабильное государственное устройство ряда стран — США, Австрии, Австралии, ФРГ, Аргентины, Венесуэлы, Бразилии, Мексики — наглядно показывает преимущество федерации, созданной на административно-территориальной основе. Учитывая сложившуюся в Российской Федерации политическую обстановку, здесь возможно установление развитой системы местного самоуправления, но при переходной, преимущественно административно-территориальной федерации с наличием культурно-национальных организаций на территории субъектов федерации. В 1918–1922 годах Россия практически не была готова перейти к национально-территориальному принципу федерализма, но именно на этой основе было образовано государственное устройство страны, просуществовавшее семь десятилетий. Обратный процесс также возможен.

При этом в новой конституции России, по примеру Австрии, Германии и Индии, должно быть закреплено право федерального центра вмешиваться в дела субъектов. За нарушение конституции надо распускать досрочно законодательные собрания, освобождать от занимаемых должностей глав субъектов федерации и даже привлекать их к иным видам юридической ответственности.

В-четвертых, для воссоединения бывших территорий СССР и иных территорий в единое государство необходима новая, признаваемая за «светлый путь» населением этих территорий, объединительная идея. Это может быть идея справедливого и гуманного общества.

Россия тысячу лет была унитарным государством. История таких унитарных государств, как СК Великобритания, Италия, Франция, Португалия, Япония, Китай, Польша и других, свидетельствует об их прочности при существовании административно-территориальных, национально-территориальных (уездов, коммун, областей и др.) и национально-культурных автономий.

Если Россия в будущем и может остаться федерацией, то оптимальной будет федерация, построенная по административно-территориальному принципу. При этом нужно помнить, что крупнейшие ученые-юристы России — И.А. Ильин, А.С. Яценко и другие — вообще выступали против установления федерации, считая, что для нашей страны федерализм неприемлем.

В настоящее время Россия нуждается в реформе государственного устройства. Ее целью должно быть уменьшение количества и возможна последующая ликвидация национально-территориальных образований, искусственно созданных под руководством В.И. Ленина и И.В. Сталина еще на заре советской власти, и усиление унитаризма в государственном устройстве. При этом необходимо использовать опыт государственного строительства Российской империи, Китайской Народной Республики, других унитарных государств. В федеральных округах необходимо изучать экономику соседних государств, сотрудничать с ними с целью взаимовыгодного и гармоничного развития экономики федеральных округов.

Процесс объединения субъектов федерации, протекающие с начала XXI века, слишком медленны, противоречивы и несут в себе элемент непродуманности. В России необходимо менять не только Конституцию 1993 года, которая не легитимна, так как была принята без референдума и вообще какого-либо обсуждения, но и границы территориальных образований. Но этот процесс должен происходить демократически, с согласия населения, а не так, как создали СКФО, включив в его состав республики Северного Кавказа и Ставропольский край, который, не имея статуса республики и Конституции, выглядит теперь униженным и оскорбленным. Необходимо иметь в новой Конституции России норму, позволяющую принимать в состав России бывшие республики СССР и другие государства на правах субъектов федерации.

УГОЛОВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИИ И ФРАНЦИИ О ПОСЯГАТЕЛЬСТВЕ НА ПОЛОВУЮ НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ДЕТЕЙ (К ИСТОРИИ ВОПРОСА)

КАЗАЧАНСКАЯ Елена Александровна,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Идея всесторонней уголовно-правовой охраны жизни и здоровья детей, включая необходимость установления конкретизированной уголовной ответственности за те или иные посягательства, получила закрепление в уголовном законодательстве различных государств. Российская законодательная практика также развивалась по пути закрепления ответственности за действия сексуального характера в отношении несовершеннолетних и малолетних.

Обращение к истории вопроса показывает, что еще в Уложении о наказаниях 1845 г. (ст. 996) предусматривалась ответственность как за естественные действия, совершенные в отношении малолетних или слабоумных, а также девиц, не достигших 14 лет. За подобные преступления закон предусматривал лишение всех прав состояния и ссылку на каторжные работы сроком от 10 до 12 лет. Дореволюционный УК 1903 г. детализировал основания дифференциации наказания за посягательства, связанные с половыми отношениями. Тяжесть наказания ставилась в зависимость от возраста потерпевшего. По-видимому, такая позиция диктовалась стремлением максимально обеспечить защиту детей и несовершеннолетних от сексуальных посягательств. Кодекс делает акцент на «противоестественное удволение половой похоти», поэтому в общем можно констатировать тенденцию снижения санкций за преступления такого рода.

УК 1922 г. также содержал статьи, предполагающие охрану здоровья детей и несовершеннолетних, закрепляя ответственность как за естественные половые сношения, так и за развратные действия. УК 1926 г. закреплял ответственность за половое сношение с лицом, не достигшим половой зрелости, сопряженное с растлением (до 8 лет лишения свободы).

УК РСФСР 1960 г., предшествовавший действующему Уголовному кодексу РФ, не обошел вниманием такие посягательства: он закреплял и изнасилование несовершеннолетней и малолетней (от 5 до 15 и от 8 до 15 вплоть до смертной казни, соответственно), и такие составы, как половое сношение с лицом, не достигшим половой зрелости, и развратные действия в отношении несовершеннолетних (до 3-х лет лишения свободы).

Подобные составы регулирует и действующий УК РФ. В силу актуальности подобных проблем, активно обсуждаемых в настоящее время как в обществе, так и на законодательном уровне, интересен будет опыт Франции конца XIX века.

Так, закон 13 мая 1863 г., внесший большое количество изменений в действующий на тот момент УК 1810 г., коснулся и рассматриваемого нами вопроса.

Одно из изменений, достойных нашего внимания, относится к ст. 331 этого Закона, которая включает два параграфа. В первом говорится: «Всякое насильственное посягательство или покушение на половую стыдливость ребенка, того или иного пола, имеющего менее 13 лет, наказывается заключением в рабочий дом (reclusion)».

Основное изменение настоящей статьи заключается в увеличении возраста детей. И если предыдущие изменения, внесенные в УК 1810 г. законом 28 апреля 1832 г., определяли, что всякое насильственное посягательство на «половую стыдливость» ребенка, не достигшего 11 лет, считается насильственным, а потому подлежит наказанию, то изменения 1863 г. увеличивают этот возраст, доводя его до 13 лет. В ходе обсуждения звучали мнения, что возраст ребенка можно было увеличить до 14 лет. Однако в этом случае необходимо было предоставление соответствующих доказательств развития ребенка. Тем более, что и в существующей редакции первый параграф указанной статьи вызывал многочисленные возражения и нарекания. По мнению ученых, такая редакция могла привести к появлению суждений, которые не предполагались законодателем. Под посягательством на «половую стыдливость» (*attentat à la pudeur*) французское законодательство подразумевает все те случаи, «когда один человек употребляет другим как средство удовлетворения противоестественным образом потребности половых совокуплений. Наказуемость же насильственного посягательства на половую стыдливость основывается на том факте, что ребенок, как существо неразвитое, не понимающее настоящего смысла поступка, не может дать и своего согласия на развратные действия. Что это согласие, ежели оно и было дано, было вынужденное, выманенное, что ребенок был вовлечен в него раз-

вратом того лица, которому дано согласие и что поэтому самому самое это согласие недействительно, а потому и действие из насильственного обращается в насильственное»¹.

Итак, цель законодателя состоит в том, чтобы предохранить ребенка от всяких развратных действий по отношению к нему со стороны взрослых. Но содержание статьи не выражает этой мысли достаточно четко и поэтому, по мнению исследователей, основываясь на ее буквальном смысле, под действие ее может быть подведен и тот поступок, когда один ребенок будет «заниматься протвествоственными пороками с другим ребенком, т.е. когда разврат ограничивается участием двух неразвитых существ»². Вряд ли законодатель вкладывал в статью такой смысл.

В качестве нареканий, также имевших место со стороны ученых, можно упомянуть и однообразность наказания — *reclusion*. С учетом того, что посягательство на половую неприкосновенность может быть достаточно разнообразным, наказание за подобные действия также должно иметь широкие пределы — от тюремного заключения до каторжных работ. Хотя, по-видимому, в этом случае можно было вести речь об усилении репрессий за преступления этого рода.

К статье 331 в редакции Закона 1863 г. был добавлен новый параграф: «Тому же самому наказанию подвергается посягательство на половую стыдливость малолетнего, хотя и имеющего более 13-ти лет, но не вступившего в брачный союз, во всех тех случаях, когда это посягательство воспоследует со стороны восходящих его родственников». И здесь, при анализе второго параграфа данной статьи, возникли вопросы. Во-первых, он противоречил принципу французского кодекса — ненаказуемости насильственного разврата между взрослыми. Во-вторых, неизвестно почему законодатель, упомянув в статье восходящих родственников, ими же и ограничился, оставив за пределами этой статьи опекунов, попечителей и воспитателей. По всей видимости, второй параграф ст. 331 имеет своей целью сделать преступным, не являющееся таковым ранее деяние, смысл которого — в кровосмешении и обольщении. Анализ и комментарии этой статьи породили еще большее количество вопросов, ведь понятие кровосмешения не ограничено только восходящими родственниками. Что же касается обольщения, то по непонятной причине статья исключает опекунов и попечителей, упоминая только родственников³.

Таким образом, вывод напрашивается сам собой. В регулировании уголовно-правовой ответственности за посягательство на половую неприкосновенность детей всегда очень трудно обозначить те контуры и ориентиры, которые позволили бы исключить пробелы и ликвидировать сложности при квалификации и назначении наказания. Даже французский опыт, с учетом закрепления переходов на тот момент времени тенденций в УК 1810 г. не избежали на этом пути ошибок: действующее законодательство в недостаточной степени защищало половую неприкосновенность малолетних.

СИНЕРГЕТИЧЕСКАЯ МЕТОДОЛОГИЯ В ТЕОРИИ ПРАВА: ИНСТРУМЕНТЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИМЕНЕНИЯ

КАПЛИНА Галина Анатольевна,

к.ю.н., доцент кафедры правоведения, зам. директора по научной работе
Института юриспруденции и международного права
Восточноукраинского национального университета им. В. Даля

Современный мир переживает кризисный этап, который связан с процессами глобализации. Решение проблем глобализации неразрывно связано с разработкой современной научной методологии. В ходе своего развития науки, в том числе и юридические, зачастую выходят за рамки своих предметов исследования, что обусловлено единством, сложностью, динамизмом и противоречивостью социального мира. Такое положение дел позволяет говорить о насущной необходимости поиска новых подходов к методологии теории права. В связи с этим актуальность темы данной публикации обусловлена потребностью и реальными возможностями более широкого использования нового методологического — синергетического — подхода в праве.

¹ Неклюдов Н. Уголовный закон 13 мая 1863 г. // Журнал министерства юстиции. 1865. Т. XXIV. С. 78.

² См.: там же. С.79.

³ Росси П. Л. Э. Основные начала уголовного права. СПб, 1871. С. 315.

Синергетическая методология в настоящее время привлекает к себе внимание многих исследователей. Она связана со специальным научным направлением. Синергетический аспект развития права активно изучался представителями западноевропейской науки (Дж. Балкин, Дж. Бойл, А. Бозо де Кармона, М. Брэйтуэт, Г. Гудрич, П. Шлаг и др.). Предпосылки использования синергетического подхода в праве и основные направления исследований заложены в трудах С.Н. Братуся, В.А. Козлова, А.А. Фатуева, В.А. Шабалина. Примененные синергетического подхода при исследовании проблем теории и практики правотворчества, теории систематизации, типологии нормативных правовых актов, унификации права предлагают А.Б. Венгерова, В.В. Шишкин, К.В. Шундинов, Н.М. Добрынин, М.В. Глигич-Золотарева и др.

Целью данной публикации является дальнейшее обоснование допустимости синергетического подхода в процессе анализа и научного познания правовых явлений и определение элементов синергетического подхода, которые могут быть применены для раскрытия закономерностей функционирования и развития современного права.

Синергетика — новое научное направление, которое выступает в качестве методологической основы для раскрытия теории самоорганизации в современном праве. Синергетика ориентирована на поиск неких универсальных законов эволюции и самоконструирования сложных правовых систем, законов эволюции открытых неравновесных систем любой природы. Синергетическая методология в теории права актуальна в связи с ростом количества нормативных правовых актов, расширением их круга действия и закреплением в них разнородных, порой конфликтных друг с другом общественных интересов. Синергетическая методология в теории права развивает концепцию самоорганизации права, подчеркивая возрастающую опасность дезорганизации. Она указывает на причины непредсказуемой реакции субъектов при функционировании правоотношений.

Одним из основных методов научных исследований в праве обоснованно признается метод диалектики. По верному замечанию А.К. Черненко, диалектический метод включает синергетический подход в общую систему диалектического познания, сохраняя и развивая при этом специальную природу¹. Мы согласны с этим автором и при этом полагаем, что синергетический подход не противоречит, и, тем более, не заменяет собой диалектический метод.

Теория права — уникальная синергетическая система, поскольку ей объективно присущи свойства, детерминирующие самоорганизацию и саморазвитие. По мнению В.В. Шишкина, синергетический подход в теории права представляет собой систему приемов, которые имеют междисциплинарную направленность, характеризуются рядом признаков, основанных на идеях совместного действия элементов теории права, представлении системности взаимосвязанных и взаимообусловленных подходов в изучении права, применяемых исходя из принципов самоорганизации². По аналогии можно утверждать, что синергетический подход, например, в теории защиты прав человека представляет собой систему способов и приемов, которые имеют межотраслевой характер, определяются рядом признаков, основанных на идеях совместного действия элементов механизма защиты, представлении системности взаимосвязанных и взаимообусловленных подходов, применяемых исходя из принципов самоорганизации.

Применение методологии синергетики возможно как в общей теории права, так и в отраслевых исследованиях относительно прав человека. Так, Ю.Ф. Кравченко, рассматривая теоретические вопросы управления деятельностью органов внутренних дел в борьбе с преступностью, предлагает использовать методологию системности и синергетики³. Считаем, что такое применение синергетических подходов к отраслевому правому регулированию вполне оправданно и целесообразно.

В.В. Шишкин также отмечает, что синергетический подход в теории права содержит четыре основных элемента, которые составляют базу структурной связи: а) правило открытой среды; б) принцип нелинейного развития; в) прием малых воздействий; г) способ хаоса (хаотического моделирования)⁴.

¹ Черненко А. К. Теоретико-методологические аспекты формирования правовой системы общества: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 2006.

² Шишкин В. В. Синергетический подход в теории права: Дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук: 12.00.01. Н. Новгород, 2007. 164 с.

³ Теорія управління органами внутрішніх справ: Підручник / За ред. канд. юрид. наук Ю.Ф. Кравченка. К.: Національна академія внутрішніх справ України, 1999. 702 с.

⁴ Шишкин В. В. Синергетический подход в теории права: Дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук: 12.00.01. Н. Новгород, 2007. 164 с.

Целесообразность использования синергетического подхода при построении иерархии общетеоретического знания о системе права обусловлена совокупным влиянием различных факторов, определяющих субординацию ее ведущих элементов.

В связи с исследованием права на позициях теории самоорганизации исследователи делают попытки наработать инструментарий. Так, правовой синергизм определяется как критерий соотношения нормативных установок в правовой структуре, отражающий материальные и духовные потребности общества¹. Определяется степень отклонения от общепринятых стандартов социального общежития и характеризуется как высокий, средний и низкий.

Такие исследователи, как М.В. Глигич-Золотарева, Н.М. Добрынин определяют позиции синергетического подхода для изучения системы права как заключающиеся в опровержении традиционного взгляда на историческое развитие системы права и системы законодательства, исходящие из представления о линейном характере юридического прогресса². Далее указанные авторы отмечают, что механизмы синергетики (средства, приемы, принципы, способы) действуют в тех процессах научной юридической деятельности, которые осуществляются независимо от намерений и свободных творческих устремлений правоведов.

О синергетике как методе научного междисциплинарного познания правовых явлений особенно активно заговорили в конце двадцатого столетия. Проанализировав и обобщив определенное количество информации в этой сфере, мы можем утверждать, что элементами синергетического подхода в теории права могут быть: а) правило открытой среды; б) принцип нелинейного развития; в) прием малых воздействий; г) способ хаоса (хаотического моделирования).

Синергетический эффект проявляется в теории правового регулирования, когда в результате согласованного, совместного действия элементов данных систем возникает новое качество, которое не может быть достигнуто на уровне отдельных их элементов. Так, относительно института прав человека это положение выглядит следующим образом. через самоорганизацию и самоконструирование происходит формирование и трансформация данного социального института, обеспечивается его эволюция в соответствии с динамикой развития. Нарушение системы самоорганизации может привести к саморазрушению. Социальная нестабильность, многочисленные нарушения прав человека, накапливаясь, вызывают социальный взрыв и это послужит толчком дальнейшего развития

Таким образом, подытоживая проведенный анализ, можем утверждать, что синергетический подход в современном праве должен получить развитие как прогрессивный метод научных исследований и имеет методологическое значение для отраслевых юридических наук. Ценность синергетического подхода для конструирования механизма правового регулирования в современных условиях глобализации состоит в наличии и использовании возможностей по самоорганизации, самодоставанию системы права и ее основных элементов.

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ГРЕЧЕСКИХ ТИРАНОВ В ОБЛАСТИ ИСКУССТВА

КРАВЦОВ Николай Александрович,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Один из наиболее устойчивых мифов в научной и околонучной среде связывает расцвет античного искусства с демократической системой правления. Однако непредвзятый анализ источников приводит к однозначному выводу о том, что культурные достижения полисной демократии — результат инерционного движения после мощного толчка, который культурная среда получила в условиях тиранического правления. Именно греческие тираны создавали благоприятные условия для

¹ Шундилов К. В. Синергетический подход в правовой науке: проблемы адаптации // Правоведение. СПб: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 2008. №1. С. 145–156.

² Глигич-Золотарева М. В., Добрынин Н. М. К вопросу о синергетических аспектах федеративной модели государственного устройства // Конституционное и муниципальное право. М.: Юрист, 2007, №17. С. 8–13; Добрынин Н. М. Синергетика и федерализм: оценка состояния, соотношение, новая методология // Государство и право. №7. С. 33–39.

развития свободных искусств. Им же принадлежала честь заложить основы системы государственно-регулирующей творческой среды. Первые более-менее надежные сведения, касающиеся регулирования государством искусства, связаны именно с именами греческих тиранов.

Так, в Сиконе в VII веке до н.э. тиран **Клисфен** одобрил хоревые песни в честь Диониса и запретил рецитацию поэм Гомера¹. Это чуть ли не исторически первый факт установления в античной цивилизации рекомендаций и запретов в области искусства. Причины такого решения Клисфена разъяснил в своем любопытнейшем исследовании немецкий ученый Г. Берве. По его мнению, Клисфен «запретил в своем городе состязания рапсодов, потому что в декларированных ими гомеровских эпосах превозносились Аргос и аргивяне»², с которыми он вел войну. То есть в основе этого решения лежали не эстетические и не идеологические, а исключительно внешнеполитические соображения.

Основы политического устройства, сделавшие, в конечном счете, возможным последующее установление демократии в Афинах, заложил, как известно, **Солон**. Однако сам он, и по объему своих полномочий, и по методам правления, был типичным образцом просвещенного тирана. Искусство играло важную роль и в его собственной жизни, и в тех преобразованиях, которые он осуществил в Афинах. Прежде всего, нельзя игнорировать тот факт, что, по большому счету архонтом Солон стал именно, благодаря тому авторитету, который принесли ему его элегии. Заняв высший государственный пост, он всегда высоко ценил воспитательную роль поэзии. Как известно, Солон использовал поэтические формы для разъяснения своей политической программы. Дошедшие до нас фрагменты его поэтических творений не оставляют в этом ни малейшего сомнения. Как несомненно и то, что, несмотря на свои высокие художественные достоинства, и даже на этапную роль как отправной точки аттической литературы «стихотворения Солона являются по преимуществу политическими речами»³.

Анализ законодательных новелл, предложенных Солоном, как правило, ограничивается их социальной, политической и экономической составляющими. При этом игнорируются преобразования Солона в сфере искусства. Между тем, знаменитая практика публичного чтения гомеровских поэм, скорее всего, именно ему обязана своим происхождением. Согласно Лаэртию «Песни Гомера он предписал читать перед народом по порядку: где остановится один чтец, там начинать другому; и этим Солон больше прояснил Гомера, чем Писистрат»⁴. Это нововведение Солона является прекрасной иллюстрацией того, какое значение он придавал поэтическому искусству применительно к государственной жизни.

Сфера искусства была близкой и знаменитому тирану **Поликрату** самосскому. «Он привлекал к своему двору не только прекрасных женщин и красивых мальчиков, но и людей искусства разного рода и одаривал их по-царски... Он одаривал прославленных поэтов, находящихся при его дворе, Анек्रेона из соседнего Теоса и Ивика из отдаленного Регия... «Двор муз» Писистратиды Гиппарха был подражанием двору самосского тирана, который впервые начал собирать вокруг себя поэтов, астрологов, врачей, художников, причем не только из тщеславия или честолюбия, но и потому, что любил их общество и был восприимчив к искусству. Вероятно, он одновременно с Писистратом начал собирать библиотеку, в которой сберегались поэтические творения прошлого и настоящего»⁵. Получается, что именно Поликрат был создателем системы государственного меценатства, которая свой классический облик приобретает в Риме в эпоху принцепса Августа. Он же представляется первым западным руководителем государства, проявившим заботу о сохранении литературного наследия и заложившим основы библиотечного дела.

В том же направлении действовал известный тиран города Сиракузы **Гиерон**. При его дворе получали поддержку Пиндар, Эсхил и Ксенофан. «Нет сомнения, что Гиерон видел в поэтах нечто большее, чем просто необходимых его славе герольдов... У него была потребность в людях искусства... Могучий и щедрый властитель искал контакт с различными людьми художественного и духовного склада»⁶. Иными словами, он также поддерживал систему государственного меценатства в отношении искусства.

Афинский тиран **Писистрат** редко заслуживает одобрительных оценок историков. Личность эта была в действительности не вполне симпатичной, и уж, во всяком случае, неоднозначной. Но, оцени-

¹ Куманецкий Казимиж. История культуры Древней Греции и Рима. М., 1990. С. 53.

² Берве Гельмут. Тираны Греции. Ростов н/Д, 1997. С. 40.

³ Радициг С. И. История древнегреческой литературы. М., 1982. С. 120–121.

⁴ Диоген Лаэртский. О жизни, учениях и изречениях знаменитых философов. М., 1979. С. 80.

⁵ Берве Гельмут. Тираны Греции. Ростов н/Д, 1997. С. 142–143.

⁶ Там же. С. 192.

вая историческую роль Писистрата, мы не должны забывать о той, в целом положительной и, конечно, заметной роли, которую он играл в истории древнегреческого искусства. Начать нужно с того, что именно он, как представляется, организовал первую официальную запись гомеровских поэм. Заслуживающими доверия представляются сведения, приводимые Клавдием Элианом: «Древние первоначально исполняли гомеровские поэмы отдельными песнями. Песни назывались: «Битва у кораблей», «Долоней», «Подвиги Агамемнона», «Каталог кораблей», «Патроклей», «Выкуп», «Игры в честь Патрокла», «Нарушение клятвы»; это вместо «Илиады». Вместо второй поэмы — «События в Пилосе», «События в Лакедемо́не», «Пещера Калипсо», «Постройка плота», «Встреча с Алкиноом», «Киклопы», «Заключение умерших», «Приключения у Кирки», «Омовение», «Расправа с женихами», «События в деревне», «События в доме Лаэрта»; в позднейшие времена лакедемонянин Ликург первый привез в Элладу все песни Гомера; он вывез их из Ионии, когда был там. Потом Писистрат соединил песни между собой и создал «Илиаду» и «Одиссею»¹. Именно тирану Писистрату мы, возможно, обязаны тем, что сегодня имеем возможность наслаждаться чтением Гомера.

Эта заслуга Писистрата так высоко ценилась последующими поколениями, что историки даже склонны были сомневаться, является ли публичное чтение поэм Гомера установлением Солона, а не писистратидов. Тот же Элиан заявляет совершенно безапелляционно: «Гиппарх, старший сын Писистрата, был мудрейшим из афинян. Он впервые познакомил свой родной город с поэмами Гомера и велел расподам исполнять их во время Панафи́ней»². Результат такой популяризации был, видимо, впечатляющим. Ведь согласно Элиану «не только жители Индии переложили поэмы Гомера на свой язык и поют их, но, если верить рассказам историков, и персидские цари»³. Тут мы, конечно, имеем дело с откровенным преувеличением, но в основе этого преувеличения лежит то огромное впечатление, которое установления Писистрата оказали на современников и потомков. Да и независимо от того, кто в действительности положил начало популяризации Гомера, этот государственный акт был одним из самых выдающихся в истории государственного регулирования искусства в Древней Греции. Ликург в речи против Леократа вспоминает его с явным одобрением: «ваши отцы считали его <Гомера> столь выдающимся поэтом, что издали закон, по которому каждые пять лет на Панафи́неях из всех остальных поэтов надлежит исполнять только его песни, показывая всем эллинам, что они оказывают предпочтение прекраснейшим из творений»⁴. Вдобавок, если верить тому же Ликургу, речь шла не просто об указании тирана, а о принятии специального закона по этому поводу.

Покровительство в отношении деятелей искусства было еще одной областью политической деятельности, в которой проявил себя Писистрат. Он «окружал себя восточной роскошью, покровительствовал наукам и искусствам, которые должны были прославить его правление... И Писистрат, и его сын Гиппарх оказывали покровительство поэтам и музыкантам... В Афинах стекались поэты из отдаленных мест... Тогда же родилась и греческая трагедия: считалось, что поэт Феспид Афинский впервые вывел перед публикой актера, который вступил в диалог с хором. Афины стали центром притяжения и для художников, скульпторов, архитекторов, приезжавших с Хиоса, Пароса, Наксоса и Эгинны, чтобы прославить своими творениями эпоху тирана Писистрата и его сыновей»⁵.

Человек, влюбленный в искусство, и много сделавший для его государственной поддержки, Писистрат и в политике не чуждался откровенного эстетизма и театральности. Сведения об этом можно почерпнуть в работе российского исследователя В.Р. Гушина. «Театральное действие было для тирана способом манипуляции общественным сознанием, по крайней мере, сознанием афинского демоса. Впервые Писистрат прибегает к указанному способу в целях оказания давления на народное собрание, с тем, чтобы оно выделило ему телохранителей и, тем самым, наделило полномочиями выборного тирана. В дальнейшем внешние эффекты были средством увеличения популярности и способом расположения в свою пользу возможно большего числа граждан»⁶. В каком то смысле, Писистрат — один из первых авторитарных лидеров в истории человечества, осознавших утилитарное значение политического эстетизма. И в этом аспекте он, несомненно, является предтечей Нерона.

¹ Элиан Клавдий. Пестрые рассказы. URL: <http://www.rus-lib.com/book/218405>.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Античная демократия в свидетельствах современников. М., 1996. С. 228.

⁵ Куманецкий К. История культуры Древней Греции и Рима. М., 1990. С. 55–56

⁶ Гушин В. Р. Политический театр Писистрата. URL: <http://www.ancientrome.ru/publik/article.htm?a=1266567782>.

Последнее утверждение справедливо и в отношении сиракузского тирана **Дионисия Старшего**. Его обычно вспоминают в связи с Платоном, ведь именно к нему Платон ездил с целью добиться воплощения на практике проекта государственного устройства, изложенного им в диалоге «Государство». Гораздо реже упоминают о том, что «Дионисий сочинял трагедии, возможно также и комедии. До нас дошло немного стихов и названия четырех драм... О художественных достоинствах трагедий и не известных нам поэм, которые читались на празднествах в Олимпии лучшими рапсодами, мы можем судить тем меньше, что порицания и насмешки античных авторов при присуждении афинянами первой премии за драму «Смерть Гектора» еще требуют объективной оценки. Дионисий, подобно всем царственным дилетантам, особенно гордился своими поэтическими достижениями»¹. Приведенное мнение Г. Барве о том, что Дионисий, возможно, творил в жанре комедии, впрочем, не находит своего подтверждения в античных источниках. Во всяком случае, Клавдий Элиан говорит совершенно определенно: «Сицилийский тиран Дионисий высоко ценил искусство трагических поэтов и сам сочинял трагедии; к комедии он относился отрицательно, потому что не понимал толку в смехе»². Эта сторона личности Дионисия особенно интересна тем, что, возможно, именно она предопределила надежды, которые с ним связывал Платон. Нам кажется естественным, что Платон, придававший, как мы видели, исключительное значение эстетическому аспекту политического бытия, остановил свой выбор именно на тиране-драматурге.

Любопытно, что сын тирана, Дионисий младший, «как и его отец, занимался литературой. Он сочинял пеаны, издал сочинение о произведениях Эпихарма и излагал основы платоновской философии так, как он их понимал»³.

Получается, что расцвет искусства начинается в Древней Греции именно в эпоху тиранов. Демократы только развивают то, что было заложено их авторитарными предшественниками. И уже после заката тирании, деятели искусства воздали ей должное. Не зря Платон упрекал драматических поэтов в том, что они хвалят тиранию. Не зря демократический культ тираноубийц станет предметом насмешек со стороны деятелей искусства. И насмешки эти были для демократической элиты настолько болезненными, что с ними пришлось бороться, осуществляя грубое государственное вмешательство в сферу театрального искусства. В V веке до н.э. в Афинах официально «был принят указ о запрещении высмеивания знаменитых тираноубийц, над культом которых издевались комедиографы»⁴.

Указ, видимо, оказался действенным. Насмешки прекратились, и культ тираноубийц установился на столетия. Через четыре века после принятия упомянутого указа Цицерон сделал наблюдение: «Греки воздают убийцам тиранов божеские почести. Чему только не был я свидетелем в Афинах и в других городах Греции! Какие религиозные обряды установлены в честь таких мужей, какие песнопения, какие хвалебные песни! Память мужей этих, можно сказать, объявляется священной на вечные времена; им поклоняются как бессмертным»⁵. Из свидетельства Цицерона можно также сделать вывод, что одним запретом насмешек дело не ограничилось. Видимо, установление хвалебных песнопений также не обошлось без решительного государственного вмешательства демократического правительства в сферу поэтического искусства.

НЕЭФФЕКТИВНОЕ ПРАВО В ГОСУДАРСТВАХ ПЕРЕХОДНОГО ТИПА: СЛУЧАЙНОСТЬ ИЛИ ЗАКОНОМЕРНОСТЬ

ЛЕВЧЕНКОВ Александр Иванович,

к.ю.н., доцент, Заслуженный юрист Украины, проректор по научной работе
Луганского государственного университета внутренних дел им. Е.О. Дидоренко

Как известно, экономика представляет собой систему общественных отношений по производству, распределению, обмену и потреблению материальных и нематериальных благ. Выпадение любого из вышеперечисленных элементов свидетельствует об ущербности, неполноценности социальных

¹ Барве Гельмут. Тираны Греции. Ростов н/Д, 1997. С. 317.

² Элиан Клавдий. Пестрые рассказы. URL: <http://www.rus-lib.com/book/218405>.

³ Барве Гельмут. Тираны Греции. Ростов н/Д, 1997. С. 329–330.

⁴ Элиан Клавдий. Пестрые рассказы. URL: <http://www.rus-lib.com/book/218405>.

⁵ Цицерон. Речь в защиту Тита Анния Милона. URL: <http://www.ancientrome.ru/antlittr/cicero/oratio/milo-f.html>.

процессов, происходящих в обществе. Несомненным фактом для всех государств переходного типа является то, что в этой объективно-логической связке отсутствует такая составляющая, как *производство* материальных благ. В современной Украине существует только жалкое подобие производства, даже в сравнении с ее не самым лучшим социалистическим прошлым.

Приведем лишь несколько маленьких, но красноречивых, примеров по этому поводу. Так, за годы независимости Украина утратила около 90% своего экономического потенциала, и сегодня он составляет всего 2% от экономического потенциала Европейского Союза. Для сравнения — во время Великой Отечественной войны Советский Союз потерял 40% своего экономического потенциала. На Луганском тепловозостроительном заводе в «застойные» годы работало около 50 тыс. рабочих и инженеров, и он выпускал 95% всех тепловозов, производимых в СССР. Сейчас на этом предприятии трудятся только около 5 тыс. работников. И такую картину (а то и хуже) мы видим по всей Украине, во всех городах, поселках и селах. Кстати, несколько слов о селах, а точнее — о сельскохозяйственном производстве. Так, количество крупного рогатого скота сегодня у нас немного меньше, чем было после «голодоморного» 1933 года. Как говорят в таких случаях, комментарии излишни.

Исходя лишь из этого системоопределяющего факта, а также из известной аксиомы права — «право должно быть наиболее адекватной формой закрепления экономических отношений (прежде всего отношений собственности) и отношений власти, которые стоят с ними рядом», — можно сделать вывод о том, что неэффективная экономика (без производства) обречена на порождение таких же неэффективных государств и права и неэффективного регулирования общественных отношений. Неэффективное право — это *единственно возможная* (несмотря на все крики и лозунги о «конфетке» — европейском государстве и праве) форма существования неполноценной экономики государств переходного типа.

К этому следует также добавить еще одну аксиому права: в национальном праве (любого исторического периода) в прямой или завуалированной форме *системообразующей*, а значит, и господствующей составляющей, является право собственности. При этом в сфере экономики главным объектом собственности должен выступать *производящий труд человека*. А производство, следовательно, и труда, его объекта, предмета и работника в государствах переходного типа нет или они существуют в очень ограниченном, усеченном и неполноценном виде (инженеры и рабочие стали «коробейниками» — заводы и фабрики пошли «под нож»). Основная масса поступлений в бюджет государства идет из неприродственной сферы. В этой связи надо вспомнить еще одну азбучную истину — вещи, деньги, ценные бумаги и другие объекты экономического оборота имеют ценность не сами по себе, а как носители или знаки, символы определенной стоимости, воплощенного в них труда. При этом обмен трудовой деятельностью, результатами труда (вещами, деньгами и т.д.) должен и может осуществляться только *между равноправными собственниками*.

Экономика как производство товаров и услуг имеет объективное содержание. Это содержание определено, с одной стороны, характером потребностей населения, а с другой — уровнем развития производительных сил. Но тут нужна и эффективная регулирующая функция права. И она должна заключаться не только в том, что все собственники должны быть *свободны юридически*, то есть самостоятельно решать, что производить, в каком количестве, по какой цене продавать. Гораздо важнее обеспечить создание и эффективное функционирование *широкого* класса собственников (они должны сначала появиться), тогда как сейчас они составляют 1–2% населения, а остальные — не только не собственники, а бедная и даже нищая его часть. То есть речь идет вначале о создании *экономической свободы* для всех граждан страны или их большинства, а только потом о ее юридической фиксации — правовой свободе (об этом мы более подробно и неоднократно писали ранее). Однако фиксировать экономическую свободу, переводя ее в плоскость юридической свободы, можно только виртуально и только с помощью такого же права в государствах, которые появились на постсоветском пространстве, и им подобных африканских, азиатских и южноамериканских.

Мифы о «свободе» вообще и о юридической свободе в частности при отсутствии экономической свободы, так же как и потуги построить *демократическое* общество в странах СНГ, сегодня не вызывают интереса не только у широкой общественности, но даже и у ученых, поскольку являются ущербными и откровенно лживыми.

Демократия, складывающаяся в период слома тоталитарной государственности в Украине и других странах СНГ, нежизнеспособна и в конце концов обречена на гибель под действием деструктивных сил (как справа, так и слева), которые вырвались на волю.

Если говорить об «украинской демократии», то для большинства населения ее просто нет. Она есть только для небольшой части наших соотечественников:

- кто экономически самостоятелен и независим;
- кому обеспечена безопасность от всяческих угроз;

- кому доступно высшее престижное образование и самое качественное здравоохранение;
- кому обеспечено прохождение во власть, в науку и т.д.

Любое «расширение» демократии «для народа» в таких условиях оборачивается формальным увеличением их прав и возможностей. Однако, по образному выражению политика и публициста М. Веллера, демократия нищих просто невозможна¹. Тем более она невозможна в условиях так называемых рыночных отношений.

Современный «рынок» не только «выбил» из сферы материального производства наиболее умных, энергичных и предприимчивых в так называемый «бизнес», псевдополитику, криминал и эмиграцию, окончательно разрушил отечественное производство, завалив прилавки дешевой и некачественной китайской продукцией, но и сформировал бессовестную, аморальную психологию потребительства и материального успеха, уничтожил традиционные моральные ценности предыдущих поколений².

В результате сложилась корпоративно-бюрократическая, коррумпированная государственность; политическая «элита» страны реально игнорировала человека, ради которого должны были проводиться эти же самые реформы; политическая воля и профессионализм у верховной власти отсутствовали; принцип равенства перед законом не соблюдался³.

Сейчас уже всем понятно, что «приватизация» и другие схемы разграбления социалистической собственности чиновниками всех уровней является тягчайшим преступлением против собственного народа, за которое они должны понести наказание. Именно безнаказанность чиновничества всех мастей не только дискредитировала идеи демократии и верховенства закона в глазах населения, но и породила неудержимую коррупцию, аполитичность и недоверие к власти. Но отсюда следует и другой вывод — идея о возможности одновременного существования «усредненной» (для бедных и богатых) демократии с треском провалилась. *Демократия может быть демократией «для бедных» или «для богатых»*. Исторически доказано, что демократия для богатых — это диктатура (в скрытой или открытой форме) для бедных. Убирать своего оппонента можно не только оружием, а даже очень успешно — при помощи нищеты, болезней, безысходности. То есть *популярные сегодня разговоры об «управляемой демократии», «демократии для всего общества» — это окровавленная ложь, словоблудие или слабоумие*.

В государствах переходного типа возможна демократия только для богатых. И даже разговоры на эту тему имеют свои пределы и ресурсы — идеологические, электоральные, временные. Тайное всегда становится явным. В частности, Р.М. Абызов приводит ужающие данные относительно распределения доходов разных слоев населения РФ в 2010 году:

- в крайней нищете живут 13,4% населения;
- в нищете 27,8% населения;
- в бедности 38,8% населения;
- «богатые среди бедных» — 10,9% населения;
- со средним достатком 7,3% населения;
- к состоятельным относятся 1,1% населения;
- богатые составляют 0,7% населения.

То есть согласно этим данным нищие и бедные составляют 80% населения современной России. А богатых, как и прежде, в крепостнической России, в брежневском СССР, так и сегодня насчитывается 1,5–2% населения страны. В Украине наблюдается такая же картина, возможно лишь, что нищих и бедных еще больше.

Доминирующими составляющими в странах переходного типа является распределение и потребление материальных благ, что закономерно выводит на первое место в этой цепочке не непосредственного производителя благ (работника), а лиц, их распределяющих, — чиновников разных уровней, и, следовательно, коррупция будет постоянным спутником всех экономических и неэкономических процессов, которые происходят в нашем обществе. Отсутствует в этой цепочке и такая составляющая, как обмен. Обмен, как уже говорилось, возможен только между равноправными собственниками. Собственников у нас нет и в ближайшее время не будет, а «свободная» продажа земли окончательно расколует украинское общество на бедное подавляющее большинство и ничтожное богатое меньшинство.

¹ См.: Веллер М. Россия и рецепты. Избранное. М.: АСТ, 2008. С. 14–17.

² См.: Абызов Р. М. Теоретико-прикладные проблемы формирования гражданского общества в России / Р. М. Абызов // Актуальные проблемы борьбы с преступлениями и иными правонарушениями. Барнаул, 2011. С. 5.

³ См.: Федоркин Н. С. Становление гражданского общества в современной России: состояние, проблемы, факторы роста // Социология. 2004. №1. С. 62.

К этому надо добавить, что без внутренней стабильности и единства общества невозможно нормальное функционирование и развитие экономики, а наличие неэффективной экономики не является действенной предпосылкой к его консолидации. Кстати, его консолидация (солидаризация) как раз и может быть хоть в какой-то мере *национальной идеей*, более или менее жизнеспособной в наших условиях.

Итак, в Украине из экономического цикла выпадают две его важнейшие составляющие части — *производство и обмен*.

В бедных странах потребление находится даже не на уровне воспроизводства рабочей силы — она не нужна, поскольку нет производства в таких масштабах. Не нужны и малозащищенные социальные слои, в том числе и пенсионеры (содержать их бедному государству не по силу), и, значит, их медицинское обслуживание будет постоянно находиться на таком же низком уровне.

Сегодня высокоразвитые страны (в условиях глобального кризиса) не хотят, да и не могут содержать голодающую Африку, которая потребляет их ресурсы. Бедные же государства для сохранения высокого уровня жизни 1,5–2% населения неминуемо будут вынуждены прямо или в скрытой форме «напрягаться» и урезать размер потребительской корзины остальных членов общества. События в Греции и Испании — конкретный тому пример.

Если нет основной составляющей экономического цикла — производства, то автоматически отпадает необходимость и в работнике (квалифицированном или менее подготовленном), и, разумеется, во всех социальных атрибутах, обеспечивающих его воспроизводство, — детских садах, оздоровительных профилакториях, медицинском обслуживании, пенсионном обеспечении и т.п. Да и с отношениями собственности у нас имеются серьезные проблемы. Как известно, собственность является важнейшим обязательным условием любого общественного производства, его организации. Непосредственное и первоочередное проявление экономических отношений в правовой форме в любом социуме осуществляется через правоотношения собственности. Однако их характер и глубина оцениваются не по юридическим (формальным) отношениям собственности, а по фактическому (реальному, действительному) присвоению средств и условий производства и его продуктов той или иной социальной группой и в разных объемах и пропорциях. Как раз отношения собственности, их состояние и уровень развития, измеряемые *пределами реального владения, использования и распоряжения объектами собственности*, прямо и непосредственно указывают на состояние экономической, политической и правовой систем, *эффективность их взаимодействия, функционирования и поступательного движения вперед*. Степень развития рассматриваемых отношений определяет и разные социально-экономические и политико-правовые формы их реализации и место человека в них. А человек (рядовой гражданин) и в советские времена, когда общесоюзная собственность, по сути, уже была формально общественной, а реально принадлежала директорско-председательскому корпусу и партийно-советскому аппарату, а тем более сегодня, вследствие *преступной* приватизации («прихватизации»), — этот факт сейчас уже никто не оспаривает — остается и в ближайшем будущем останется вне собственности.

Современный чиновник (представитель бюрократического аппарата) получает свою долю *путем распределения и перераспределения материальных благ, полученных вне производства*. Банки, которые растут, как грибы; магазины и развлекательные центры — красноречивое тому подтверждение. И в этой ситуации не может быть и речи о возрастании числа собственников, *а только о возможности их ротации, о перераспределении собственности между ними, для чего и организуются, кстати, ими же, различные революции и контрреволюции*. Маленькая группа людей забыла или не хочет вспомнить, что бывшая социалистическая собственность принадлежала не какому-то аморфному, обезличенному «народу», а каждому члену общества, который имел фамилию, имя, отчество, адрес и т.п. И представители этой группы имеют право на равную со всеми часть общественного «пирога».

В государствах, где нет производства, как уже было сказано, основной функцией является распределение и перераспределение благ (в первую очередь материальных), которые постоянно сокращаются или очень медленно возрастают. И, понятно, они «прилипают» к рукам тех, кто их перераспределяет прямо или опосредованно, — прежде всего чиновников от различных администраций, инспекций, от полиции, милиции, суда, прокуратуры и т.п.

Отсюда следуют неутешительные выводы.

Во-первых, если недавний «гегемон» вместе с крестьянством не является сегодня основной «дойной коровой», то зачем его защищать в суде, охранять, когда он идет вечером с третьей смены (сейчас для большинства населения страны нет даже первой смены). То есть не нужен такой правопорядок (правопорядок для бедных), а можно обойтись усеченной его формой — видимостью защиты «рядового» гражданина Украины и сконцентрировать свое внимание на формировании и защите правопорядка для 2% населения страны.

Во-вторых, такое состояние дел долго сохраняться не сможет, конфликтогенность в обществе перешла возможные пределы. Косметические реформы всех украинских правительств с треском проваливались и заканчивались всегда все более высоким уровнем коррупции в стране. *И эти реформы в принципе неосуществимы, потому что начинать надо с себя, а делать это никому не хочется.*

В-третьих, только слепой не видит, что за нас серьезно взылись известные страны, и не потому, что мы им очень нужны или их волнует, как мы боремся у себя с преступностью. Однако *нестабильность* в Украине стала их весьма раздражать из-за неконтролируемости газовых и нефтяных потоков, проходящих по нашей территории. То есть западные государства считают, что мы *посягаем таким образом на их национальную безопасность*. А это уже действительно опасно для Украины. Ливия, Египет, Сирия — яркие иллюстрации сказанному. Тем более что, несмотря на всем известную риторику, интересы и намерения Запада и Востока, в основном, совпадают относительно будущего нашей страны. И они совсем не утешительны для нас.

И наконец, для чего в отнюдь не богатой стране существует очень мощный (по крайней мере, количественно) полицейско-фискальный силовой блок, если он не обеспечивает охрану работника (последнего, по сути, нет)? Ответ прост: «силовики» участвуют в распределении и перераспределении материальных благ. А «перераспределять» в полуничей стране — значит отбирать силой последнее. Да и полугодное большинство общества в такой ситуации в свою очередь всегда будет стремиться забрать материальные блага у его меньшинства, руководствуясь лозунгом «Грабь награбленное!».

Таким образом, объективные закономерности соотношения права, экономики и политики выражаются в государствах переходного типа в том, что способ производства, экономика в конечном итоге определяют его исторический тип, сущность, содержание и функциональную направленность действия государства. При этом оно ограничено в выборе средств и методов и сфер правового регулирования как внутри государства так и на международной арене.

ГЛОБАЛИЗАЦИЯ И ЕЕ ВЛИЯНИЕ НА РАЗВИТИЕ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ЛЮБАШИЦ Валентин Яковлевич,

д.ю.н, профессор заведующий кафедрой теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Термин «глобализация» происходит от французского слова «global» — всеобщий. Этим термином обозначается объективный процесс формирования, функционирования и развития принципиально новой всемирной системы отношений между странами и народами на основе углубляющейся взаимосвязи и взаимозависимости во всех сферах жизнедеятельности мирового сообщества¹. В широком смысле слова под глобализацией, с одной стороны, понимается перерастание национальных и региональных проблем в общемировые, а с другой — формирование общей хозяйственной, социальной и природно-биологической среды в планетарном масштабе. В узком смысле слова процесс глобализации трактуется только в социоэкономическом аспекте как превращение национальных, социальных и хозяйственных структур в целостную и единую геосоциоэкономическую реальность.

Представители политической философии реализма и институционализма с противоположных позиций оценивают влияние глобализации на деятельность национального государства и права. Реалисты полагают, что в глобализированном мире государство продолжает преследовать свои собственные интересы. «В международной политике, — утверждает Н.Спайкмен, — допустимы все формы насилия, включая разрушительные войны. Это означает, что борьба за власть тождественна борьбе за выживание, и главной задачей внутренней и внешней государственной политики становится усиление властных позиций. Все остальное вторично...»². По мнению Дж. Донелли, в глобализированном мире отсутствует мировое правительство, которое бы руководило действиями государств на между-

¹ Капто А. С. Энциклопедия мира. М., 2002. С. 106.

² Spykman N. J. American Strategy in Worldpolitik: The United States and the Balance of Power. N.Y., 1994. P. 18.

народной арене. «Чтобы выжить на этой арене, государство должно преследовать свои собственные интересы и больше ничьи»¹.

Реалисты отрицают влияние глобализации на изменение власти государства.

Противоположную позицию занимают институционалисты. Они предсказывают замену национального государства и права транснациональными институтами глобализованного мира. К.Омае утверждает, что в условиях глобализации национальное государство превращается «в ностальгическую функцию»². По мнению В. Рейнеке, «глобализация бросает вызов суверенитету национального государства»³. Разросшиеся международные организации и режимы, интернализация международных норм местными гражданскими обществами приводят к эрозии государственного суверенитета.

В исследованиях институционалистов, посвященных изучению этого процесса, подчеркивается одно из его важнейших последствий — изменение функций государственной системы⁴. Если прежде государственные институты самостоятельно определяли основные параметры национальной внутренней и внешней политики в экономической и социальной сферах, осуществляли безраздельный пограничный контроль над перемещением людей и товаров по своей территории, то сегодня понятие национального суверенитета размывается. Наиболее могущественные в экономическом и военном аспектах государства оказывают все более сильное влияние как на внутривнутриполитическую, так и на внешнеполитическую ситуацию в менее влиятельных странах. Еще одним важным следствием глобализации современного мира является возникновение надгосударственных институтов, придающих межгосударственным отношениям признаки федеративной структуры. Наиболее ярко это наблюдается в Европейском Союзе.

Преодолению крайностей позиций реалистов и институционалистов служит системно-функциональный подход, ориентирующий на изучение процессов адаптации государства к вызовам глобализованного мира. В ходе этой адаптации происходит изменение характера государственной власти и корректировка государственных функций. Обратимся к изменениям власти и функций государства в условиях глобальной экономики.

Указанные эффекты процесса глобализации корнями восходят к периоду разгара холодной войны, расколовшей мир на два полюса. В этот период в национальных государствах Западной Европы начались процессы экономического, политического и военного объединения, чему, по мнению П. ван Хама, способствовали два основных фактора⁵. Во-первых, это угроза, исходящая от стран — членов Организации Варшавского договора, которая заставила европейские страны забыть о своих исторических распрях и объединиться против общего врага. Во-вторых, европейскую интеграцию подстегнуло послевоенное доминирование США. Перед лицом советской угрозы американцы вкладывали значительные средства в укрепление обороноспособности стран Западной Европы, что позволяло последним отвлекать значительные ресурсы именно на экономическое развитие. Следовательно, именно внешние факторы способствовали немислимой в недалеком прошлом межгосударственной кооперации в послевоенной Европе.

Наиболее важным признаком сложившейся в послевоенной Европе институциональной структуры является относительная стабилизация государственно-территориальных границы. Западноевропейские государства не стремились к увеличению своего могущества за счет территориальной экспансии, что прерывало прежний ход истории в этой части света. Возникновение новых режимов и международных организаций снизило необходимость национальных государств прибегать к односторонним средствам обеспечения собственной безопасности и отстаивания своих интересов. Они стали оценивать свое благосостояние в экономическом, а не геополитическом аспектах. Если на протяжении длительного периода времени государства держались преимущественно на территориальных завоеваниях, в этот период они начинают ориентироваться на контроль над распределением мировых ресурсов как на основное средство обеспечения своего благосостояния. Товары постепенно приобрели большую мобильность, чем капитал и рабочая сила, что привело к возникновению торгового государства⁶.

¹ Donnelly J. Realism and International relations. Cambridge, 2000. P. 12.

² Ohmae K. The End of the nation State. L., 1998. P. 12.

³ Reinicke W. H. Global public Policy // Foreign affairs. Wash., 1997. V. 76, №6. P. 129.

⁴ Государство и общество в условиях глобализации: взгляд слева / Под ред. А. А. Галкина. М., 2003.

⁵ Ham van, P. Can Institutions Hold Europe Together? // In: Miall H., ed., Redefining Europe: New Patterns of Conflict and Cooperation. London, 1994. P. 190.

⁶ Rosecrance R. The Rise of the Trading State: Commerce and Conquest in the Modern World. N.Y., 1986. P. 160.

Торговое государство обладает рядом особенных характеристик. Во-первых, оно не рассматривает военное соперничество как атрибут власти. Атрибутом власти оно полагает международную торговлю. До середины XX в. экономически выгодным был захват силой чужой территории, нежели создание изолированных экономических и торговых институтов, приносящих прибыль от коммерческого обмена товарами с соседними территориями. Сегодня цена силового обеспечения благосостояния превращает экономическую выгоду, которое оно приносит. Распространение современных видов вооружений, таких как ядерное, биологическое и химическое, имеющийся у них разрушительный потенциал вызывают сильное сопротивление со стороны обществ и провоцируют ненужные конфликты в обществе. Кроме того, торговое государство преследует экономическое развитие на основе принципов свободного рынка, а не на основе меркантилистской модели, ориентированной только на получение сверхприбыли. Поэтому оно стремится приспособить местные рынки и структуры к нормам международного рынка.

Развитие европейского рынка привело к серьезному изменению власти государства и переопределению его роли в экономических процессах. Функцией государства стала организация и защита саморегулирующегося рынка¹. При либеральной демократии ценностями выступают благосостояние потребителя и самостоятельность рынка, и государство играет незначительную роль. Современному же государству свойственно нести постоянную ответственность за обеспечение людей товарами и исправление ошибок рынка для содействия экономическому росту и стабильности. Поэтому у торгового государства сформировались иные политические и экономические интересы в сравнении с прежним национальным государством. Акцентируя внимание на торговле, а не на силовой экспансии, торговое государство большую часть своих ресурсов направляет на разработку и производство новых товаров и на завоевание новых позиций на международном рынке. Те страны, которые полностью интегрировались в глобальный рынок, имеют очень хорошие показатели экономического роста даже в условиях недостатка природных ресурсов. Примерами могут служить Сингапур и Тайвань. Вместе с тем, страны, ориентированные на игнорирование процесса глобализации, независимо от того, какими природными богатствами они обладают, оказываются на обочине мирового экономического пространства, примером чему служило положение Советского Союза². Торговые государства в большей мере способны кооперироваться друг с другом и создавать институты и режимы, ограничивающие международную анархию. Они также приобретают интерес в развитии и поддержании экономического благосостояния и в странах-партнерах, поскольку начинают осуществлять прямые инвестиции в их экономику. Эти инвестиции касаются промышленной инфраструктуры, поэтому они не являются высоколиквидными в рамках локального рынка. Именно взаимное вложение инвестиций развивает кооперативные тенденции на межгосударственном уровне. Причем эти кооперативные тенденции заключаются не просто в попытках гармонизации экономической политики друг друга, но и в желании нести кратковременные убытки, пока торговые партнеры не приспособятся к новой политике.

Появление таких кооперативных тенденций вызвано действием трех факторов. Во-первых, торговое государство опирается на открытую международную торговую систему, которая исключает такие барьеры, как тарифы, квоты или ценовая поддержка; обязательно включает свободу и открытость торговли и гарантирует свободное передвижение капитала. В такой системе государства получают возможность беспрепятственно инвестировать друг в друга. Во-вторых, торговые государства обеспечивают собственную безопасность посредством коллективных усилий, а не через обособление. Государства Западной Европы в последние сорок лет могли существенно экономить свои расходы на оборону, поскольку отдельные страны несли их не самостоятельно, а в рамках общеевропейской системы безопасности. В-третьих, торговые государства признают, что во взаимозависимом мире они не могут занять позицию игнорирования международных организаций и режимов без серьезных экономических и политических потерь для себя. Иначе говоря, полная независимость и свобода действий отдельных государств — это совершенно нереалистические ожидания в современной международной политике.

В Западной Европе итогом кооперативных тенденций между торгующими государствами стало укрепление торговых связей. После подписания Римского соглашения в 1957 г., 37% экспорта двадцати стран Европейского Союза приходилось на внутриевропейский общий рынок. В 1970 г. эта

¹ Ruggie J. G. *International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order* // Krasner S., ed. *International Regimes*. Ithaca, 1983. P. 202.

² Putnam R. *Two-Level Games: The Impact of Domestic Politics on Transatlantic Bargaining* // In Haf-tendorm H. And Tuschhoff C. eds., *America and Europe in an Era of Change*. Boulder, 1993. P. 77.

доля возросла до 53%, а к 1991 такой экспорт составил 61% торгового оборота стран ЕС¹. Более того, с 1980 г., когда рост ВВП 12 стран ЕС находился в пределах 2,1% в год и увеличение внешнего торгового оборота за пределами ЕС составляло приблизительно 1,1% в год, рост торгового оборота внутри Европейского Союза находился в пределах 4,2% в год. Наиглавнейшим результатом такого социально-экономического процесса стал полный отказ от войны как средства решения политических вопросов, однако это сопровождалось ростом ограничений автономии национального государства.

Торговые государства ограничены сложившимися в процессе эволюции «постоянными нормами» международных отношений. Постоянными нормами называются такие правила взаимоотношений, нарушение которые можно только при наличии особых оправданий. Примером таких норм могут служить правила «контракт всегда должен быть выполнен» и «долги всегда нужно отдавать». Такие нормы добровольно принимаются участниками взаимоотношений, поскольку они воспринимаются как лучшее средство достижения целей. Если же государства полагают, что они могут достичь определенных целей самостоятельно, заплатив за это приемлемую цену, они избегают вовлечения в подобную систему отношений. Однако очевидно, что выгоды от принятия ограничений государственной автономии, налагаемые режимом торговых отношений, должны быть значительно больше. Иначе бы такая система не получила широкого распространения в современном мире.

Интеграция государств в глобальную экономику происходит неравномерно и приводит к появлению неравенства государств по степени экономического могущества. В. Иноземцев отмечает тенденцию усиления замкнутости кооперативных связей экономически влиятельных государств. О тенденции свидетельствует статистика современной международной торговли, движения инвестиций и потоков рабочей силы².

На протяжении XX века рост торговых оборотов опережал рост ВВП большинства индустриально развитых стран. Если суммарный ВВП всех государств мира вырос с 1950 по 1992 год с 3,8 до 18,9 трлн долларов, то объем торговых оборотов повысился с 0,3 до 3,5 трлн долларов. В конце 1980-х — первой половине 1990-х годов рост объемов мировой торговли характеризовался показателями от 5,3 до 7% в годовом исчислении. Между тем, структура этих торговых потоков существенно изменилась. В 1953 году индустриально развитые страны направляли в страны, достигшие того же уровня развития, 38% общего объема всего экспорта, в 1963 эта цифра составляла 49%, в 1973 — 54%, в 1987 — 54,6%, а в 1990 — 76%. Во второй половине 1990-х годов постиндустриальные державы импортировали из развивающихся и индустриальных стран товаров и услуг на сумму, не превышающую 1,2% своего суммарного ВВП. В 1996 году отношения экспорта к ВВП было в Соединенных Штатах втрое меньше, нежели в Англии 150 лет назад, в середине 40-х годов XIX века. В Европе формальные показатели оставались более высокими, однако это обуславливалось тем, что товарные потоки внутри ЕС, на долю которых приходилось 74% всех экспортно-импортных операций европейских стран, учитывались как международные. Картина резко изменилась с завершением формирования Европейского Союза. Величина торговых потоков между ЕС и развивающимися странами (за исключением Китая) сегодня не превышает объема торговли со Швейцарией³.

Еще более показательна динамика международных инвестиционных потоков, раскрытая на примере США. С одной стороны, несмотря на рост инвестиций в американскую экономику в 30 раз на протяжении периода с 1970 по 1990 год, компании семи стран — Англии, Японии, Канады, Франции, Германии, Швейцарии и Нидерландов — обеспечивали суммарно 85% всех инвестиций в США и выступали реципиентами для более чем 60% всех американских капиталовложений за рубежом. Если в 1970 году в Европу направлялось не более трети всех американских инвестиций, то сегодня — более 50% (в новые индустриальные страны Азии — не более 8%, а в Мексику — около 3%). При этом развитые страны вкладывают средства в наиболее передовые сектора хозяйства друг друга. В начале 1990-х годов 63% американских инвестиций в европейские страны направлялись в сервисный сектор, а 31 — в индустриальное производство; европейцы вкладывали средства в американскую промышленность (49%), а также в банковскую и финансовую сферы (25%). Напротив, инвесторы из Японии и новых индустриальных государств предпочитают лишь спекулятивные капиталовложения или огра-

¹ Cable V. Key Trends in the European Economy and Future Scenarios // In: Miall, ed., Redefining Europe. №24. P. 90.

² См.: Иноземцев В. Глобализация: иллюзии и реальность // Свободная мысль — XXI век. 2000. №1. С. 30–31.

³ См.: Иноземцев В. Глобализация: иллюзии и реальность // Свободная мысль — XXI век. 2000. №1. С. 30.

ниваются покупкой торговых компаний (41%) и недвижимости (30%). Доля японских инвестиций в промышленное производство не превосходит 18% для США и 16% — для ЕС. Степень монополизации финансовых трансакций в рамках развитого мира еще более очевидна.

Наблюдаются противоречивые последствия глобализации на рынке труда. Сокращение иммиграции в развитые страны стало реальностью, начиная с середины 1970-х годов. Сегодня в ЕС лишь 2% рабочей силы находят себе применение вне национальных границ. Одновременно усиливается давление на постиндустриальные страны со стороны иммигрантов из «третьего» мира. Если в 1950-е годы 68% легальных иммигрантов, прибывавших в США, происходили из Европы или Канады и принадлежали к среднему классу, то в 1980-е более 83% были азиатского и латиноамериканского происхождения. Они, как правило, не имели достаточного образования. В европейских странах, как и в США, иммигранты пополняют низшие классы общества и создают жесткую конкуренцию местным работникам. Сегодня в молодежной среде негативное отношение к иммигрантам разделяют от 27,3% французов до 39,6% немцев и 41% бельгийцев. В США только на протяжении последних трех лет администрации ряда округов шести крупнейших штатов — Калифорнии, Флориды, Нью-Йорка, Аризоны, Техаса и Нью-Джерси — возбудили официальные судебные иски против федерального правительства (суммы колебались от 50 млн до 33 млрд долларов), требуя компенсировать их финансовые потери, вызванные излишней либеральностью национального иммиграционного законодательства. По мнению В. Иноземцева, ближайшее десятилетие станет для США и ЕС периодом более жестких ограничений использования иностранной рабочей силы¹.

Таким образом, распространение и усиление международных организаций и режимов оказались вызовом традиционному понятию государственного суверенитета. Реалисты утверждают, что национальное государство остается главным участником глобальной системы отношений, и международные институты выражают их волю. Институционалисты заявляют, что международные организации и режимы ограничивают самостоятельность современного государства в осуществлении своих функций. Преодоление крайностей волонтаристического подхода реалистов и процессуального подхода институционалистов служит более широкий системно-функциональный анализ. Современное государство интернализирует международные нормы и правила, что ограничивает традиционный государственный суверенитет, и одновременно приобретает новые функции государства — члена международного сообщества, что увеличивает власть государства в решении внутри- и внешнеполитических задач.

В постхолодный период институты глобальной экономики, международные организации и режимы ограничили самостоятельную деятельность государства. Государственное участие в глобальной экономике приводит к появлению торгового типа государства, измеряющего свое могущество долей мировых экономических ресурсов, а не размерами территории и военной силы. Торговое государство направляет большую часть своих ресурсов на разработку и производство новых товаров и на завоевание новых позиций на международном рынке. Торговое государство заинтересовано в поддержании экономического благосостояния в странах-партнерах, поскольку осуществляет прямые инвестиции в их экономику. Усиление взаимозависимости торговых государств сопровождается возникновением государственного неравенства по степени экономического могущества. Государства, развивающиеся на постиндустриальной основе, образуют замкнутую систему, в то время как индустриальные и доиндустриальные страны оказываются в положении зависимости от этой системы. Об этом свидетельствуют замыкание торговых и инвестиционных потоков в пределах постиндустриальной системы, ее растущая устойчивость к потрясениям периферии хозяйственным кризисам и ужесточению иммиграционной политики.

Какие же государственные функции остаются обязательными и останутся таковыми в будущих режимах эпохи глобализации? Теодор Лоуи, профессор Корнеллского университета (США) считает, что ответ на этот вопрос требует настоящего анализа политических акций. По его мнению, перемалявание цифр, даже извлеченных из лучших источников, которые может предоставить Организация экономического сотрудничества и развития, не есть анализ политики. В первую очередь следует охарактеризовать политические действия как функции государства, но для этого необходимо обратиться к традициям публичного права, государственного управления, классической политической экономии и других важнейших направлений политической мысли. Здесь нужен исторический подход, так как только он позволит выявить те типы политики, которые столь долговременны, постоянны и непрекращаемы, что их можно оценить в качестве «функций государства». Лоуи приводит перечень восьми функций, которые, согласно его исследованиям, обязательны для государства, обеспечивающего основные предпосылки рыночной экономики. Речь идет о формах деятельности, которые находятся

¹ См.: Иноземцев В. Глобализация: иллюзии и реальность // Свободная мысль — XXI век. 2000. №1. С. 31.

«вне рынка», предшествуют ему и должны присутствовать до того, как богатые люди в своем стремлении увеличить уже имеющееся у них богатство возжелают выступить и создать рынок. Некоторые управленческие предпосылки частной рыночной экономики:

- завоевание — обеспечение закона и порядка;
- гарантии для собственности;
- надзор за соблюдением контрактов;
- создание условий для осуществления обмена;
- создание возможностей для передачи государственных владений в частные руки;
- обеспечение избыточного общественного капитала;
- создание условий для удовлетворения потребности в рабочих местах;
- обеспечение аллокации ответственности за имущественный ущерб;
- меры, обеспечивающие аллокацию ответственности за имущественный ущерб;
- меры, обеспечивающие компенсацию за имущественный ущерб;
- меры, направленные на снижение уровня риска в обществе.

По мнению Лоуи, приведенный список — не простое перечисление. Это повестка дня для исследователей, занимающихся изучением политики экономического развития как прошлого, так и будущего, т.е. эпохи глобализации капитализма¹.

КОНСТИТУЦИОННАЯ ХАРТИЯ ЦАРСТВА ПОЛЬСКОГО, ЕЕ СОЗДАНИЕ И ЗНАЧЕНИЕ ДЛЯ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

МАРИМОВА Ирина Владимировна,

к.ист.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Польша — одна из крупнейших стран Центральной Европы. В развитии как мирового, так и европейского конституционализма, Польша занимает особое место, так как именно в Польше 3 мая 1791 года была принята первая в Европе (вторая в мире после Конституции США) конституция. Драматические страницы истории польской государственности связаны не только с тем, что данная Конституция осталась лишь историко-правовой традицией и практически не имела закрепления в реальном государственном развитии, а с потерей Польшей государственности почти на полтора столетия.

Венский Конгресс, начавший свою работу в 1814 году и подводивший итоги наполеоновской эпохе, осуществил новый, по сути четвертый раздел польских земель, и границам, определенным итогами Конгресса, суждено было удержаться до завершения Первой мировой войны. Польский вопрос на Конгрессе был одним из самых сложных. Российско-советская историко-правовая наука придерживается позиции, что великие державы, участники антинаполеоновской коалиции, решительно сопротивлялись предложению Александра I о восстановлении польского государства в границах 1772 года. Есть ли основания для такой трактовки и какова роль России в развитии конституционализма в Польше, повлияла ли Конституционная Хартия 1815 года на развитие российской государственности?

Безусловно, принятие российского предложения усилило бы позиции России в Европе и нарушило бы расстановку сил, сложившееся европейское равновесие. В результате решения Конгресса предусмотрительно завуалировали новый раздел Польши. Согласно ст. V «Дружественного трактата, заключенного в Вене между Их Величествами Императором Всероссийским и Императором Австрийским и Королем Прусским» от 21 апреля (3 мая) 1815 года было обещано ввести во всех польских землях национальное представительство, определяемое каждой из держав — Россией, Пруссией, Австрией (принимавших участие в разделе Польши) — по своему усмотрению². Акт Венского Конгресса от 28 мая (9 июня) 1815 года в ст. I устанавливал, что часть территории земель Герцогства Варшавского

¹ Лоуи Т. Глобализация, государство, демократия: образ новой политической науки // Полис. 1999. №5. С. 113.

² Конституционная хартия 1815 года и некоторые другие акты бывшего Царства Польского (1814–1881). СПб, 1907. С. 19.

«навсегда присоединяется к Российской Империи» и составит Королевство (Царство) Польское¹. Оно должно было быть связано с Россией по Конституции в форме унии, что определялось и олицетворялось особой российской императорской конституцией, которой получал титул и короля Польши. По предложению Александра I трактат предусматривал возможность присоединения к Царству Польскому некоторых земель давнего Великопольского княжества Литовского, что должно было способствовать дальнейшему проведению пропольской политики Александра I и обеспечить ему поддержку всего польского шляхетства и вопреки позиции европейских государств укрепить российский плацдарм на Висле.

Однако ни Австрия, ни Пруссия не выполнили решения Конгресса о введении национальной конституции в Австрийской империи и Пруссии на польских землях, в действительности Конституция была введена только в Королевстве (Царстве) Польском, то есть именно Российская империя в лице императора Александра I воплотила постановления Конгресса, хотя и на весьма непродолжительное время.

9 мая 1815 года в Манифесте «О договорах, заключенных к пользе государственной; о присоединении к Империи Российской обширной части Герцогства Варшавского, под наименованием Польского Царства...» император обещал «устроить участь сего края, основав внутреннее управление оною на особенных правилах, свойственных наречию, обычаям жителей...»². В соответствии с решениями Конгресса в «Именном Указе Правительствующему Сенату» от 6 июня 1815 г. Александр I распорядился внести изменения в форму титула Его Императорского Величества, добавив титул короля (царя) Польши.

Александр I еще до окончания Конгресса в мае 1815 года одобрил «Основы Конституции» Царства Польского, но окончательный измененный вариант документа был подписан императором в Варшаве 27 ноября 1815 года. «Основы», утвержденные Александром I еще в Вене, в целом гарантировали Царству Польскому государственность, национальные права и свободы, также проект предусматривал, что исполнение государственных функций не будет предоставлено исключительно землевладельцам.

Среди авторов документа особую роль сыграли князь Адам Чарторыйский и граф Николай Новосильцев, которые разрабатывали проекты обновления фасада Российской империи в период существования Негласного комитета и попытались внедрить идеи просветителей в оформление правового статуса Царства Польского. Тем не менее, окончательная редакция документа по возвращении Александра I в Петербург ограничивала положение о правах и свободах и изменяла наиболее демократичные положения Конституции: сейму не предоставлялась законодательная инициатива, император мог изменять предлагаемый сеймом бюджет, император мог откладывать на неопределенное время созыв сейма.

Конституция Королевства Польского, именно так она обычно называется в историографии³, полностью именуется Конституционная Хартия Царства Польского⁴, что подчеркивает ее сходство с конституционной хартией Людовика XVIII, октроированной в 1814 г., конституционным актом Великопольского герцогства Баденского, октроированного 1818 году⁵, и ставит ее в один ряд с октроированными европейскими конституциями посленаполеоновской Европы.

Конституционная Хартия Царства Польского была менее демократичной в сравнении с Конституцией Герцогства Варшавского, но, как считают многие исследователи, по многим показателям — одной из самых либеральных в Европе. Либерализм Конституционной Хартии обеспечивался самым демократичным избирательным правом, распространившим право голоса на значительный по тем временам избирательный корпус — свыше 100 тыс. человек, при 3,5-миллионном населении Царства. Это достигалось за счет низкого имущественного ценза и превышало численность избирательного корпуса в посленаполеоновской Франции, хотя численность населения Франции времен Людовика XVIII была примерно в девять раз больше, чем в Царстве Польском.

Конституционная Хартия основывалась на многих польских исторических традициях: это выражалось в названиях государственных учреждений, в организации двухпалатного Сейма, коллегиальной системе организации исполнительных органов власти, делении на воеводства.

Особый статус Царства Польского предусматривал закрепление на конституционном уровне национальной особенности: использование польского языка как официального государственного

¹ Там же. С. 39.

² Там же. С. 15.

³ См.: История государства и права Польши. Бардах Ю., Леснодорский Б., Пиетрчак М. Варшава, 1977; М., 1980.

⁴ Конституционная хартия 1815 года и некоторые другие акты бывшего Царства Польского (1814–1881). СПб, 1907. С. 41.

⁵ Конституции и законодательные акты буржуазных государств в XVII–XIX веках. М., 1957.

языка (ст. 28); замещения государственных и военных должностей исключительно поляками (ст. 29); существования польской армии, сохранявшей национальную форму и «все, что касается ее национальности» (ст. 156); сохранения польских гражданских и военных орденов (ст. 160). Также в ст. 10 предусматривалось, что «польская армия не будет никогда употребляться вне Европы»¹.

Конституция устанавливала широкий спектр демократических прав и свобод. Хартия провозглашала принцип равенства всех граждан перед законом «без различия их сословий и званий» (ст. 17). В ст. 11 устанавливалось, что «различие христианских вероисповеданий не устанавливает никаких различий в пользовании гражданскими и политическими правами». Это положение позволяет некоторым исследователям утверждать, что принцип равенства относился только к исповедующим христианскую религию. Однако в данной же статье указывалось, что римско-католическая религия, хотя и будет являться «предметом особого почета правительства», это не должно нарушать свободу других вероисповеданий, «каковые все без изъятия могут быть отправляемы в полной мере и публично и будут пользоваться защитой правительства»².

Провозглашалась неприкосновенность личности (ст. 19), «свобода передвижения и перемещения своего имущества, с соблюдением порядка, определенного законом» (ст. 24), свобода печати (ст. 16), свобода собственности, которая объявлялась священной и неприкосновенной (ст. 26).

Одной из основных гарантий правового статуса личности в Хартии являлась идея законности, которая основывалась на древнем принципе «*ne inem captivi permittemus nisi jure victum*» («мы не допускаем никого быть взятым в плен, кроме как побежденного правом»), ст. 18. В ст. 23 формулировался принцип уголовного политики, провозглашенный еще в Декларации прав человека и гражданина 1789 года, что «никто не может подлежать наказанию иначе, как на основании действующих законов...»³. Определялся правовой статус лица, находящегося под стражей: представитель любого сословия мог быть взят под стражу только в порядке и в случаях предусмотренных законом (ст. 19); причины задержания должны были быть объявлены взятому под стражу немедленно и письменно (ст. 20); арестованный должен был быть доставлен для допроса в установленном законом порядке не позднее трех суток со дня задержания (ст. 21); лицо, на законных основаниях представившее поручительство, должно было быть временно освобождено из под стражи (ст. 22).

Конституционная Хартия провозглашала, что «Царство Польское навсегда присоединено к Российской Империи» (ст. 1) посредством личной унии, которая выражалась в общности царствующей династии. Корона Царства Польского переходила императору России в порядке престолонаследия, установленного для российского императорского престола (ст. 3). Создавалась парадоксальная ситуация, по которой российский император-самодержец являлся конституционным монархом Царства Польского, согласно им же октропированной конституции (ст. 165). В соответствии с данным положением Конституции, Николай I, после коронации императором Российской империи, 24 мая 1829 года короновался Королем (Царем) Польши и приносил клятву: «Обещаю и клянусь перед Богом и Евангелием, что буду сохранять и требовать соблюдения Конституционной Хартии всей моей властью». Хотя, в связи с последующими событиями, этот факт стерся из исторической памяти поляков, не говоря уже о россиянах.

К компетенции короля относились вопросы: 1) внешнеполитических отношений (ст. 8); 2) вопросы войны и мира и право определения участия Царства Польского в войнах, проводимых Россией, а также в мирных и торговых трактатах, заключаемых Россией (ст. 9); 3) распоряжение доходами государства и одобрение государственного бюджета (ст. 39); 4) право утверждения и отклонения законов, принимаемых сеймом (ст. 104, 105); 5) вся полнота исполнительной и административной власти (ст. 35); 6) назначение всех военачальников и офицеров (ст. 38); 7) назначение архиепископов и епископов разных вероисповеданий (ст. 42); 8) право помилования, отмены и смягчения наказания (ст. 43); 9) присуждение гражданских и военных наград (ст. 44); 10) право возведения в дворянское достоинство, предоставление гражданства и почетных званий (ст. 46).

Все указы короля были ограничены принципом контрасигнатуры, то есть подписью соответствующего министра-начальника департамента (ст. 47), что в известной мере освобождало короля от политической ответственности и перекладывало ее на другие органы исполнительной власти.

¹ Конституционная хартия 1815 года и некоторые другие акты бывшего Царства Польского (1814–1881). СПб, 1907. С. 42–62.

² Конституционная хартия 1815 года и некоторые другие акты бывшего Царства Польского (1814–1881). СПб, 1907. С. 42.

³ Там же. С. 43.

Интересы Короля (Царя) Польши в период его отсутствия представлял наместник (ст. 5), назначаемый им из представителей Великих Князей Российской империи, местных уроженцев или лиц, которым царь предоставил права гражданства согласно Конституционной Хартии (ст. 6). Должность наместника получил в 1815 году Юзеф Зайончек, произведенный до этого Александром I в генералы от инфантерии, а 17 апреля 1818 года возведенный в княжеское достоинство Царства Польского. В польской историографии не без основания считают, что император устранил А. Чарторыйского, личного друга Александра I с молодых лет, от власти, опасаясь его авторитета¹.

Ст. 72 Хартии устанавливает, что в случае смерти наместника, если царь не назначает нового, он может временно назначить президента. Однако, данное положение Конституции не нашло своего практического применения. После смерти Ю. Зайончека в 1826 г. должность наместника оставалась вакантной, а его функции Николай I передал Административному совету, председателем которого был назначен Валентин Соболевски.

Законодательная власть разделялась между королем и двухпалатным сеймом (ст. 86), который образовывался из сената и из палаты послов или посольской избы. Сенаторы назначались королем Польши пожизненно (ст. 110), сенатором мог быть только землевладелец. Депутаты посольской избы избирались прямыми выборами, представителями всех общественных слоев. Во время заседаний сейма действовал принцип депутатской неприкосновенности (ст. 89). Сейм должен был собираться каждые два года по инициативе короля Польши, сессия продолжалась 30 дней, в ведении короля находилось право отсрочки и роспуска заседаний сейма (ст. 87). Король обладал правом созыва чрезвычайного сейма (ст. 88). Заседание палат сейма проходило публично, за исключением закрытых заседаний (ст. 95).

Центральным органом власти и управления был Государственный совет, в состав которого входили министры, члены Государственного совета, референдарии, а также лица, назначаемые королем (ст. 63), состоящий из 1) Совета управления (Административного совета) и 2) Общего собрания (ст. 65). Государственный совет являлся главным консультативным органом при короле и наместнике. Согласно Конституционной хартии определялась компетенция органов местного самоуправления — сеймиков, гминных собраний; определялась структура и компетенция судебной власти.

Подводя итог, следует отметить, что Конституционной Хартии Царства Польского 1815 года не удалось в полной мере осуществить свое предназначение. Реформаторские настроения Александра I отразились во введении Конституции в Царстве Польском. Мы поддерживаем точку зрения, что данный документ являлся как бы «пробным шаром» для дальнейшего распространения конституционализма на всю территорию Российской империи и принятию октроированной Конституции в масштабах всей страны. В последнее десятилетие правления Александра I все больше ощущались консервативные тенденции во внешней и внутренней политике государства, а сама политика по имени ее автора получила название «аракчеевщина». Она была нацелена на упрочение абсолютизма, что категорически не сочеталось с развитием конституционных тенденций. За недолгий период своего существования многие положения Конституции остались лишь декларативными пожеланиями и никогда не были реализованы на практике в полной мере, так как следом за ее принятием вводились дополнительные указы, постановления, которые сводили на нет все ее демократические принципы.

Дальнейшие события, связанные с восстанием 1830–1831 годов, привели к отмене Конституции 1815 года и дарованию 14 февраля 1832 года Царству Польскому Манифеста «О новом порядке управления и образования Царства Польского» (так называемого «Органического статута»), ликвидировавшего сейм и устанавливающего место Царства Польского в составе Российской империи как его провинции.

РАЗДЕЛЕНИЕ ВЛАСТЕЙ В СОВРЕМЕННОМ ГОСУДАРСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ

РОМАНЕНКО Вероника Борисовна,

к.ю.н., доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В современном государстве концептуальные модели анализа разделения властей должны иметь как фундаментальный, так и прикладной аспекты, то есть работать на объяснении структурного состава и механизма соответствующих центров принятия решений в законодательной, испол-

¹ История государства и права Польши. Бардах Ю., Леснодорский Б., Пиетрчак М. Варшава, 1977; М., 1980. С. 335.

нительной или судебной сферах (фундаментальная теория), а также на теоретическую разработку конкретных административных и контролирующих технологий (прикладная область), обходящих те или иные «риффы» формальных регламентов и неформальных процедур.

Методологические подходы позволяют в зависимости от характера практических или научных задач использовать как нормативный (прескриптивный), так и поведенческий (дескриптивный) подходы, а зачастую и их комбинацию.

История разработки разделения властей опирается на две теоретико-методологические основы, исходящие из различных философских представлений, в равной мере выражающие их отношение как к возможностям человека влиять, или управлять внешними по отношению к себе процессами, так и к природе общества и государства.

Методологические основы первого метаподхода обозначаются как нормативный (прескриптивный), второго — как поведенческий (дескриптивный).

Нормативный подход тяготеет к формально-юридической трактовке механизма сдержек и противовесов, нередко предопределяя его рассмотрение в качестве простого акта (момента) выбора цели, отдельного компонента проектирования государственной политики, существующего наряду с другими компонентами деятельности властей.

Другой подход, который обозначается как поведенческий (дескриптивный) и опирается на принципы описания и объяснения не только «видимых» формальных норм и официальных процедур, но и «теневых» механизмов и неформальных правил игры. Подобный способ исследований действий государственных органов власти используется психологами, управленцами, политологами и социологами. В дескриптивном подходе применяются не только количественные методы обработки данных, но и качественные методы их сбора, и в особенности метод «изучения случая или прецедента» (case study) в политико-управленческой практике.

Как считают отечественные специалисты, к модельным теориям, сложившимся на методологической базе нормативного подхода, можно отнести концепцию ограниченной рациональности (Г. Саймон и др.), сетевую концепцию (Р. Роудс, Д. Ноук, П. Ричардсон, Х. Хекло и др.) концепции динамического цикла (Дж. Андерсон, Б. Дженкинс и др.) и организационного институционализма (Дж. Марч, Дж. Олсен и др.), а также взгляды специалистов в области теории государства и права, сводящих весь процесс функционирования субъектов власти к регламентированной деятельности государственных учреждений и чиновников, действующих в рамках своих ролевых обязанностей. Дескриптивное направление объединяет бихевиоралистскую модель (Г. Лассуэлл, Д. Лернер и др.), модель всеобщей рациональности (К. Эрроу, Э. Даунс и др.), инкременталистскую модель (Ч. Линдблом, И. Дрор и др.), концепции групповой репрезентации (Р. Даль, Ф. Шмиттер и др.) и ряд других¹.

Рассмотрим подробнее некоторые теоретико-методологические подходы, которые могут быть использованы в анализе системы разделения властей в современном государстве.

Что касается Г. Саймона, классика политико-управленческих теорий, то его аналитическая модель за многие годы претерпела определенную эволюцию и в итоге, получила название концепции «ограниченной рациональности».

Исследователь исходит из идеи, что государственные организации, состоящие из различных людей — руководителей и исполнителей, постоянно сталкиваются с общественными проблемами, требующими серьезного осмысления и эффективного решения. В качестве основного способа интерпретации управленческих решений Г. Саймон предлагает когнитивный подход, а в сфере их практического приложения — принцип рационализации. Термин «когнитивный» происходит от латинского слова «cognitio» (знание, познание).

Основным агентом принятия решений (как важнейшей функции политической системы на «выходе») выступает государственная организация как формальный иерархический институт, состоящий из отдельных людей и их групп, объединенных общими целями. «Большая часть организационных решений — групповые, или составные, решения, а не решения отдельного человека»². Таким образом, государственная организация, в рамках которой происходит принятие политических решений, выглядит как некое интегральное производство по сбору, обработке и анализу информации, на выходе которого продуцируются и исполняются подготовленные решения. Прескриптивная конструкция модели «ограниченной рациональности» Даймона, рассматривающая систему государственной власти как

¹ См.: Соловьев. Принятие государственных решений. С. 18–19.

² Саймон Г., Смитбург Д., Томсон В. Менеджмент в организациях. М., 1995. С. 212.

целостную систему, не совсем учитывала довольно сложные формальные иерархические отношения и нередко неформальные конфликты взаимодействия между отдельными субъектами власти.

Концепция «ограниченной рациональности» вызвала много критических замечаний. Альтернативным ей вариантом стал «инкременталистский» подход, разработанный профессором Йельского университета Чарльзом Линдбломом. Термин «инкрементализм» (incrementalism) английского происхождения, означает в широком смысле постепенное нарастание, усиление какого-либо процесса или постепенную адаптацию конкурирующих сторон.

По мнению Линдблома, основную роль при выборе решения имеют не столько рационализированный анализ и обоснование достижения идеально общих целей, сколько наличие различных (а нередко и противоположных) интересов участвующих в принятии того или иного государственного акта индивидов и групп.

В условиях разделения властей, когда целый ряд государственных решений принимается совместно органами различных ведомств и разными группами интересов, утверждение подобных актов выглядит как процесс взаимного приспособления и конкуренции игроков, вынужденных вести между собой трудную борьбу и долгий торг, но в итоге все же приходящих к общему знаменателю.

Конечно, в исследованиях, имеющих отношения к определенным государственным акторам, имеет место комплексный подход, когда целесообразно применять нормативно (прескриптивно) просчитанные цели и процедуры и технологии, отвечающие принципам поведенческого (дескриптивного) подхода. Это связано с тем, что субъекты государственной власти решают самые разнородные задачи и используют в своей деятельности как количественные, так и качественные методики.

Некоторые исследователи (И. Дрор, Амитаи Этциони и др.) пытались минимизировать слабости «ограниченной рациональности» Г. Саймона и использовать сильные стороны «инкрементализма» Ч. Линдблома и разработали модели, соединяющие преимущества обоих концептов. И. Дрор назвал свою модель «нормативно-оптимальной», А. Этциони — «смешанного сканирования»¹.

Модель «всеобщей рациональности» (comprehensive rationality) связана с экономическим подходом к политике и моделию рационального выбора. Существует множество версий самой модели рационального выбора: «общественный выбор» (public choice), «социальный выбор» (social choice), «коллективный выбор» (collective choice), «теория игр» (game theory), «рациональный актор» (rational actor) и т.д. Роль и влияние данного подхода на развитие социальных наук оказались весьма существенными, распространившись вначале на военную и политическую науки, а затем уже на социологию и юридические науки. В числе классиков этого теоретико-методологического подхода оказались несколько нобелевских лауреатов: Кеннет Эрроу, Джеймс Бьюкенен, Гэрри Беккер. Парадигма рационального выбора, включившая в себя различные школы и направления, пережила за последние полвека несколько «волн»: в 1950-е годы выходят работы К. Эрроу «Социальный выбор и общественные ценности» (1951) и Э. Даунса «Экономическая теория демократии» (1957), заложившие исходные основы для становления этого научного подхода; в 1960-е годы появляются известные работы Дж. Бьюкенена и Г. Таллока «Расчет согласия» (1962), У. Райкера «Теория политических коалиций» (1962) и М. Олсона «Логика коллективного действия: Общественные блага и теория групп» (1965), в которых изложены основные принципы концепций «общественного» и «коллективного» выбора, а в 1970-х годах публикуются основополагающие труды У. Нисканена «Бюрократия и представительное правление» (1971), Дж. Стиглера «Гражданин и государство» (1975) и, наконец, знаменитая книга Г. Беккера «Экономический подход к человеческому поведению» (1976), в которых развертывается радикально-экономический взгляд на политический процесс вообще и на принятие людьми «внутри него» тех или иных политических решений.

Анализ воздействия политических институтов на осуществление тех или иных решений можно назвать ключевой характеристикой теории рационального выбора. Изучение политических институтов проводится с помощью установочной модели, эффективность которой иллюстрируется возможностью построения адекватных реальности институциональных моделей. Поскольку теория рационального выбора разрабатывалась американскими политиками, для подтверждения ее результативности в области практической политики следует обратиться к примерам функционирования политических институтов США. Как считают сторонники теории рационального выбора, традиционные теоретические подходы рассматривают политические институты по отдельности, как независимые друг от друга единицы, что, естественно, не может являться правильным. Но, несмотря на это, позиция, основанная

¹ См.: Smith C, May D. The Artificial Debate between Rationalist and Incrementalist Models of Decision Making // Policy and Politics. 1980. №8. P. 151–152.

на рассмотрении политических институтов в изолированном состоянии, сохраняет приоритетные позиции в политической теории¹.

Теория рационального выбора отличается тем, что применяет установочную модель к изучению механизмов взаимодействия различных ветвей власти, рассматривая такие политические институты как президент, парламент и суд не в отрыве друг от друга, а, наоборот, во взаимосвязи. Такой подход получил особенное распространение в 1990-е гг., когда американские исследователи уделили значительное внимание созданию моделей, обеспечивающих взаимодействие Президента, Конгресса и судебных органов США². Поскольку в современной демократической системе высшей формой власти, решения которой обязательны к исполнению остальными властными институтами, является суд, теория рационального выбора делает основной упор на исследование взаимодействия судебных органов с органами исполнительной и законодательной власти, в особенности — на взаимодействие судов с избираемыми чиновниками, поскольку у последних есть возможность влияния на решения суда с помощью законодательных рычагов, в частности — законодательной отмены решений, принятых судебными органами³.

Б. Вейнгаст отмечает, что «применение методологии рационального выбора дает также возможность делать сравнительные прогнозы ситуации в статике: чем большие различия существуют между позициями президента и Конгресса, тем шире возможности, которыми могут воспользоваться судебные органы при интерпретации законов»⁴. Т.е. реальные полномочия и влияние судебных органов на принятие политических решений повышается в кризисные периоды, характеризующиеся противоречиями между президентом и законодательными органами власти. Тогда судебные органы превращаются в единственного арбитра, способного урегулировать отношения между президентом и парламентом.

Однако в те исторические периоды, которые отличаются относительным спокойствием во взаимоотношениях президента и парламента, когда обе ветви власти действуют взаимосвязано и между ними не возникает (или почти не возникает) серьезных противоречий, реальное влияние судебных органов снижается. Конечно, данная оценка имеет универсальную ценность и может быть применима не только к американской политической системе, но и к политическим системам других стран, в которых существует развитая судебная власть, обладающая реальными, а не номинальными, полномочиями.

Ряд исследователей успешно использовал установочную модель в изучении взаимодействия парламентских органов с бюрократическим аппаратом. В частности в вопросе о том, каково доминирование парламента над бюрократическими органами⁵. Через парламентские комитеты законодательная власть обладает возможностью влияния на деятельность учреждений, работающих в том или ином профиле деятельности, причем изменения в деятельности данных учреждений, как отмечают к примеру Б. Вейнгаст и М. Моран, во многом зависят от конкретных предпочтений парламентариев⁶.

Важным уровнем теоретических исследований разделения властей в рамках теории рационального выбора является изучение форм, принимаемых государственными институтами, и причин, повлекших за собой принятие тех или иных форм. Как правило, государственные институты рассматриваются как некие неизменные величины, тогда как и они склонны к различным изменениям, что побуждает исследователя к поиску причин, лежащих в основе этих тенденций к переменам формы. Для этого в рамках

¹ Вейнгаст Б. Политические институты с позиции концепции рационального выбора // Политическая наука: новые направления. М., 1999. С. 188.

² См.: Eskridge W.N. Reneging on history? Playing the Court / Congress/ President civil rights game // California Law Review. 1991. Vol. 79. P. 697–722; Kiewiet D.R., McCubbins M.D. The Logic of delegation. Chicago. Chicago University Press. 1991; McCarty N.M., Poole K.T. Veto power and legislation: An empirical analysis of executive and legislative bargaining from 1961 to 1986 // Journal of Law, Economics, and Organization. 1995 Vol. 11. P. 282–312.

³ Eskridge W.N. Reneging on history? Playing the Court / Congress/ President civil rights game // California Law Review. 1991. Vol. 79. P. 697–722.

⁴ Вейнгаст Б. Указ. соч. С. 188.

⁵ Мое Т. М. An assessment of the positive theory of congressional dominance // Legislative Studies Quarterly. 1987. Vol. 12. P. 475–520.

⁶ Weingast B. R., Moran M. Bureaucratic discretion or congressional control? // Journal of Political Economy. 1983. Vol. 91. P. 765–800.

теории рационального выбора используется модель институциональной стабильности, основанная на соответствии двум требованиям — возможности участников политического процесса способствовать изменению институтов и объяснения отсутствия стремлений политических акторов к этому изменению.

В отношении вопроса о том, почему государственные институты принимают какую-либо определенную форму, имеется точка зрения, которая рассматривает институты как средство достижения определенных задач. В данном случае на первое место выходит вопрос о делегировании полномочий. Взаимоотношения избираемых чиновников и чиновников исполнительной власти представляют собой существенную политическую проблему, особенно в отношении влияния парламентарных чиновников на бюрократический аппарат государства и проводимую им политику.

Каждые избираемые чиновники в своей политике в отношении формирования административного бюрократического аппарата руководствуются собственными интересами, стремясь к тому, чтобы административная бюрократия выполняла их предписания и ориентировалась на их линию, а не на курс тех политиков, которые будут избраны на следующих выборах. Т.е. после каждых выборов проявляется тенденция к изменению бюрократического аппарата (как в плане кадрового состава, так и в плане направлений деятельности, структур и т.д.), его приспособлению к нуждам победившей политической силы. М. Мак-Каббинс, Р. Нолл и Б. Вейнгаст говорят о том, что, приспосабливая административно-чиновничий аппарат к собственным нуждам, находящиеся у власти политики тем самым стремятся ослабить влияние своих преемников, которые должны прийти к власти на очередных выборах¹. Именно этим, по мнению исследователей, объясняется гипертрофированное развитие бюрократического аппарата, медлительность его действий, всевозможные препятствия, которые возникают у общественников, сталкивающихся с административно-чиновничьим аппаратом.

Подведем итоги. Во-первых, принятые в политико-управленческих науках и примененные к анализу теории и практики разделения властей концептуальные подходы, рассматривались по следующим параметрам: дисциплинарные истоки; отношение агентов и структур; содержание ориентиров и регулятивов; роль способов функционирования системы государственных органов.

Такие методологические подходы, как ограниченная рациональность, сетевые структуры, организационный институционализм тяготеют к доминированию целостных государственных структур над отдельными субъектами государственной власти, тогда как в отношении поведенческого (дескриптивного) подхода, инкрементализма, рационального выбора отмечается преобладающая роль субъектов, акторов или ветвей государственной власти.

Во-вторых, намечаются некие линии соединения и интеграции отдельных идей из различных методологических подходов.

В-третьих, на сегодняшний день отсутствует целостная теория разделения властей, отражающая разные грани этого комплексного феномена, в том числе объясняющая специфику трансформации механизма современного государства, становления нетрадиционных, постклассических ветвей власти.

В-четвертых, проведенный анализ данных методологий показывает эвристические возможности каждой из них для исследования теории и практики осуществления государственной власти и изучения особенностей реализации разделения властей, обусловленных современными политико-юридическими проблемами.

МОДЕРНИЗАЦИЯ ИНСТИТУТОВ ПОЛИТИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОГО ОБЩЕСТВА: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ

САРКИСОВА Наталья Алексеевна,

ст. преподаватель кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Партийная система в России прошла три основных этапа в своем развитии. Первый (1905–1917) характеризовался многопартийностью в условиях думского монархии. Для второго (1917–1990) была характерна однопартийность (правительственный блок «большевиков» и левых социалистов-революционеров просуществовал лишь до лета 1918 года — до «лево-эсеровского» за-

¹ McCubbins M. D., Noll R. G., Weingast B.R. Structure and process, politics and policy: Administrative arrangements and the political control of agencies // Virginia Law Review 1989. Vol. 75. P. 431–482.

говора). Третий (современный) этап, начавшийся с отмены монопольного господства в политической системе общества одной партии (КПСС), характеризуется бурным становлением и развитием многопартийности в Российской Федерации.

Процесс образования современных партий и общественно-политических движений в России фактически начался в 1989–1990 гг. в ходе подготовки и проведения выборов на демократической, альтернативной основе. С принятием новой редакции ст. 6 Конституции СССР (1990) и вступлением в силу с 1 января 1991 года Закона «Об общественных объединениях»¹ политические партии получили официальное право на свое существование и деятельность. Членскую базу новых партий и движений составили преимущественно активисты дискуссионных клубов, объединений избирателей, народных фронтов, возникших в годы перестройки, сторонники различных течений, сложившихся внутри КПСС, и вышедшие из ее состава известные политики.

В п. 3 ст. 13 Конституции Российской Федерации говорится: «В Российской Федерации признаются политическое многообразие, многопартийность». В п. 4 Конституции РФ отмечается, что «общественные объединения равны перед законом».

Выдержать конкуренцию смогут только те политические партии, которые найдут поддержку в широких социальных слоях российского общества, будут представлены во властных, а также в финансово-промышленных структурах, смогут выдвигать из своей среды и «поддерживать» сильных и ярких политических лидеров, пользующихся влиянием у всех основных слоев и групп населения России. Этому способствовал принятый 11 июня 2001 года Федеральный закон «О политических партиях»².

«Успех и результаты модернизации России зависят не столько от желаний и целей политической элиты, сколько от выбора того пути, который обеспечил бы ее опору в гражданском обществе. Узловым институтом, связывающим демократическое государство и общество, являются партии...»³.

Указанный закон устанавливал, что политическая партия — это общественное объединение, созданное в целях участия граждан Российской Федерации в политической жизни общества посредством формирования и выражения политической воли, участия в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и местного самоуправления.

В силу длительного отсутствия опыта свободного выбора между различными политическими партиями и долговременного партийного строительства в современной России значительное число граждан, более того — большинство не нашло своей политической партии. Действие этого фактора проявляется в неустойчивой симпатии избирателей, переходе сторонников одной партии в сторонники другой, быстрой смене общественных интересов. Эта же ситуация поиска выразителей «своего» интереса создает почву и для возникновения все новых и новых претендентов на голоса избирателей.

В свою очередь предпринятые государством законодательные усилия к ограничению появления новых партий, не пользующихся высокой популярностью у избирателей, привели к тому, что без поддержки со стороны государства или крупного бизнеса у появляющихся партий не было перспектив на популяризацию и само выражение.

ФЗ определял требования, предъявляемые к партиям:

— политическая партия должна иметь региональные отделения более, чем в половине субъектов РФ; — в политической партии должно состоять не менее 50 тыс. членов, при этом более чем в половине субъектов РФ политическая партия должна иметь региональные отделения численностью не менее 500 членов.

Отрицательным моментом данного закона стала консервация партийной системы России. Политические партии, преодолевшие 7% барьер, сформировали в Государственной Думе своеобразную «олигополию», ключевым элементом которой стала фракция «Единой России». Имела место консолидация ведущих субъектов политики, сопровождавшаяся заметным отходом от принципов демократии, что позволило перевести в практическую плоскость идеологию партийного строительства, разработанную экспертами президентской демократии.

Фракции всех парламентских партий также поддержали реформу избирательного законодательства 2005 года, закрепившую пропорциональную систему выборов в Государственную Думу Российской Федерации.

¹ Собрание законодательства РФ. 22.05.95. №21. Ст. 1930.

² См.: Российская газета. 22 июня 2001 г.

³ Шатров О. Ф. Политическая система: демократия и управление обществом // Государство и право. 1994. №5. С. 120.

В соответствии с потребностями модернизации политической системы в 2008–2011 гг. внесены поправки в ФЗ «О политических партиях», которые следуют за политической доктриной модернизации. Они предполагают активизацию деятельности политических партий «по вертикали» и «по горизонтали» за счет включения в органы законодательной власти «малых партий», изменения «проходного коридора» с 5 до 7%, поддержаны инициативы Президента от отмене избирательного залога на выборах всех уровней и поэтапного снижения минимальной численности членов политических партий с 50 до 45, а затем до 40 тыс. человек. Оказались изменены требования к уставу политической партии в части ротации кадров в его центральных и региональных руководящих органах и единого критерия установления численности депутатов органов законодательной власти субъектов Федерации. Партии получили право выдвигать кандидатов на должности руководителей субъектов Российской Федерации, а также получили гарантии равного освещения их деятельности в государственных средствах массовой информации.

Следует признать, что в первое десятилетие XXI века партийная система в России развивалась противоречиво и неоднозначно. Наряду с позитивными достижениями — появлением сплоченных партийных организаций федерального масштаба были созданы благоприятные условия для доминирования «партии власти», оказалась жестко ограничена межпартийная конкуренция и политический плюрализм.

Ведущие политические партии стали утрачивать популярность (это распространялось и на законодательную власть), что создало предпосылки для появления альтернативных каналов и форм выражения общественных интересов, которые в полной мере проявили себя в ходе избирательной кампании осени 2011 г., создав почву для всплеска так называемой «митинговой демократии».

Драматические события зимы 2011–2012 гг. показали, что меры по либерализации партийной системы оказались недостаточными. Усилия исполнительной власти, поддержанные большинством парламентариев, определенно запоздали, благодаря чему общественная активность, в первую очередь в двух городах федерального значения, аккумулировалась, зачастую, минуя партийное руководство.

Еще одним фактором, влияющим на итоги политической борьбы, стало заметное размежевание парламентских партий накануне выборов, что отразилось и на позиции их фракций в Государственной Думе. По объективным и субъективным условиям распалась коалиция двух «партий власти» — «Единой России» и «Справедливой России».

Тем не менее, в Государственной Думе 2011–2016 гг. сразу обозначились вопросы, по которым возможен консенсус между фракциями конкурирующих партийных организаций.

Во-первых, ни одна из парламентских партий не откликнулась на призыв несистемной оппозиции отозвать своих представителей из Государственной Думы.

Во-вторых, достаточно оперативно был решен вопрос с распределением руководящих постов и комитетов в Государственной Думе.

Однако продолжение процесса модернизации политической системы в 2012 году более радикально по сравнению с решениями предшествующих лет осложнило выработку консолидированной позиции партийных фракций.

Наибольшую критику вызвали законопроекты «О внесении изменений в ФЗ «О политических партиях», «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента»¹, и «О внесении изменений в ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»². Если представители «Единой России» высказались в их поддержку, то другие фракции встретили нововведение без особого энтузиазма.

Однако, несмотря на большие разногласия между партийными фракциями, законы были приняты.

В ФЗ «О политических партиях» были изменены требования, предъявляемые к политическим партиям:

— политическая партия должна иметь региональные отделения не менее чем в половине субъектов Российской Федерации, при этом в субъекте Российской Федерации может быть создано только одно региональное отделение данной политической партии.

¹ ФЗ РФ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части регулирования деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента» // Российская газета. 2012. 23 июля. №6847.

² ФЗ РФ «О внесении изменений в ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании» // Российская газета. 2012. 9 июня. №5804.

— в политической партии должно состоять не менее 500 членов. Уставом политической партии могут быть установлены требования к минимальной численности членов партии в ее региональных отделениях¹.

После принятия закона Президент РФ В. Путин на встрече с руководством думских фракций признался: «У меня определенные сомнения были по поводу того, стоит ли так мельчить по поводу возможностей создания партий, в том числе мелких, нам надо посмотреть, как это будет работать в действительности — во всяком случае нужно предпринять такую попытку и дать возможность всем, кто хочет выражать свое мнение легальным образом, это сделать. ... А не бегать по площадям, хотя и это тоже возможно, востребовано и можно делать...»².

Таким образом, содержательная эволюция нормативно-правового обеспечения институционализации политических партий развивается от принятия Конституции РФ 1993 года до принятия в 2001 г. ФЗ «О политических партиях». Новый этап институционализации 2008–2012 гг. отмечен инициативами, направленными на либерализацию уровня избирательного барьера, отмену порога явки избирателей, поэтапное снижение минимальной численности членов партий и расширение партийного спектра общественно-политических отношений.

«Успех и результаты модернизации России зависят не столько от желаний и целей политической элиты, сколько от выбора того пути, который обеспечил бы ее опору в гражданском обществе. Узловым институтом, связывающим демократическое государство и общество, являются партии...»³.

Особенностью российского «партийного законодательства» является то, что многие его тезисы сформулированы по инициативе высшего руководства страны, прежде всего, Президента РФ, а не по инициативе самих партий.

Тем не менее, политические партии все более укрепляют свои позиции как участники избирательного процесса и становятся единственными субъектами выдвижения кандидатов в представительные органы власти на федеральном и региональном уровнях, растет их влияние на правовую и политическую культуру личности как субъекта политической системы возрастает.

«Сейчас партии становятся реальной силой. Это непростой процесс. У нас есть разные примеры, тем не менее, растет их влияние на региональные администрации и органы местного самоуправления. И в целом развитие партий усиливает парламентскую, представительную составляющую всей системы государственной власти, а это хорошо.

Кроме того, сегодня уже большинство партий говорит о необходимости соблюдения основных конституционных начал, основных прав и свобод граждан...»⁴.

ЮРИДИЧЕСКОЕ СОДЕРЖАНИЕ РЕСПУБЛИКАНСКОЙ ФОРМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВЛЕНИЯ

СЕРЕГИН Андрей Викторович,

к. ю. н., доцент кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Современная юридическая наука рассматривает республику в качестве разновидности формы правления, при которой верховная власть в государстве периодически избирается, а потому является срочной, и лица, исполняющие возложенные на них полномочия по осуществлению государственной власти, ответственны за свои действия.

Вместе с тем, данный подход не учитывает, что на форму государства также влияют взгляды народа, его обычаи и унаследованные институты гражданского общества. Особое воздействие на спец-

¹ См.: Федеральный Закон «О политических партиях» (в редакции 02.04.2012 №28-ФЗ) // Российская газета. 2012. 4 апреля. №5746.

² Встреча Президента РФ В. Путина 19.02.2012 в Кремле с руководством всех фракций Государственной Думы. URL: <http://www.actualcomment.ru/theme/2387>.

³ Шatrov O. Ф. Политическая система: демократия и управление обществом // Государство и право. 1994. №5. С. 120.

⁴ Медведев Д. Предвыборные тезисы. URL: <http://www.medvedev-da.ru>.

ифику формирования верховной власти оказывают географическое положение страны, ее размеры, наличие естественных границ, геополитическая ситуация в мире и регионе, а также содержание правосознания граждан. По мнению И.А. Ильина, правосознание неотделимо от национальной психологии народа, оно воспитывается и укрепляется в людях с детства, требует времени, духовной культуры и педагогических навыков. «И нет ничего опаснее и нелепее, как навязать народу такую государственную форму, которая не соответствует его правосознанию (например, вводит монархию в Швейцарии, республику в России, референдум в Персии, аристократическую диктатуру в Соединенных Штатах и т.д.)¹. Нечто подобное отмечал Гегель: «Никакое государственное устройство... не создается лишь отдельными лицами. То, что Наполеон дал испанцам, было разумнее того, чем они обладали ранее и, однако, они отвергли этот дар, как нечто чуждое им, так как они еще не доразвились до него. Народ должен в отношении своего государственного устройства чувствовать, что это его собственное право и его состояние; в противном случае оно может, правда, в нем же быть налицо, но не обладать каким бы то ни было значением, не иметь никакой ценности. У отдельного человека мы можем, разумеется, часто встречать потребности в лучшем государственном устройстве и стремление к нему, но проникнутость всей массы такого рода представлением есть нечто совершенно другое и наступает лишь позже. Сократовский принцип морали внутреннего голоса возник с необходимостью в его эпоху, но потребовалось время для того, чтобы он стал всеобщим правосознанием»².

Важно учитывать, что в отличие от монархического правосознания признаками республиканского правосознания являются:

- 1) механистическое представление о верховной государственной власти как системе единоличных и коллегиальных органов управления;
- 2) господство эгалитаристских представлений в обществе, т.е. стремление к социальному равенству;
- 3) утилитарно-рассудочное восприятие власти, необходимой исключительно для решения материальных потребностей граждан;
- 4) недоверие главе государства, который представляется «выскокочкой», временщиком, нанятым лишь для управления страной на определенный срок;
- 5) отрицание всяких авторитетов.

В рамках республиканского правосознания формируются особые стереотипы правового мышления, благодаря которым абстрактные представления о праве материализуются в порядок формирования и функционирования высших органов государственной власти. Так, для республиканского правового мышления характерны: а) выборная легитимация республиканского правления, т.е. обоснование признания права на политическое господство в силу общественного мнения³; б) убежденность в возможности ограничения произвола в обществе при помощи правовых норм и реализации принципа разделения властей.

Обобщая сказанное, под республиканским правовым мышлением следует понимать разновидность правового мышления, представляющего собой процесс понимания окружающей человека политико-правовой действительности коллегиального правления с помощью выборов технологий и системы разделения или концентрации власти в руках представительных учреждений.

Специфика республиканского управления требует, чтобы властвующие субъекты как коллективные (парламенты, советы и т.д.), так и единоличные (президенты, председатели и т.д.), следовали утилитарно-практическим требованиям политико-правовых аксиом, которые в условиях выборного правления носят системно-механистический характер.

Так, главной проблемой республики является определение лучшего правителя (или коллегии верховных руководителей) из числа достойнейших претендентов. Для ее разрешения законодательством обычно устанавливаются специальные цензы, призванные обеспечить элитарный отбор соответствующих кандидатур. По мысли афинского реформатора Солона, получая право приказывать, избранный политик должен учиться повиноваться⁴. Его совету последовал Древний Рим. Так, в период расцвета

¹ Ильин И. А. Сущность правосознания. Собр. соч. Т. 4. М.: Русская книга, 1994. С. 129.

² Гегель Г. Философия права. М.: Мысль, 1990. С. 299.

³ Овчинников А. И. Правовое мышление: теоретико-методологический анализ. Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2003. С. 310.

⁴ Солон. Мысли // История политических и правовых учений. Часть 1: Зарубежная политико-правовая мысль: Хрестоматия / Сост. В.В. Ячевский. Воронеж: Изд-во Воронежского гос. ун-та, 2000. С. 93.

рабовладельческой республики «Вечного города» на основании закона Виллия 180 г. до н.э. была установлена строгая иерархия магистратских должностей: квестор, эдил, претор, консул; при этом занятие вышестоящей должности было невозможно без прохождения предыдущей. Наряду с этим, существенным нововведением потомков квиритов явилось установление минимального возраста для занятия низкой магистратуры: гражданин, претендующий на должность квестора, должен был предварительно отбыть воинскую повинность, продолжительность которой составляла 10 лет. Поскольку служба в армии начиналась с 17 лет, то квестором можно было стать лишь по достижении 27-летнего возраста. Закон Виллия также предписывал двухлетний промежуток между сложением с себя одной должности и избранием на другую. Поэтому консульскую власть можно было получить не ранее 36 лет. Примечательно, но ограничения при занятии должности президента в современных республиках, практически аналогичны античным. В России, США, Украине и т.д. возрастной порог для главы государства установлен в 35 лет.

Чтобы республика не эволюционировала в монархию, необходимо законодательно закрепить реально осуществимую процедуру юридической ответственности высших органов государственной власти. В древних Афинах автор законопроекта нес уголовную ответственность (вплоть до смертной казни) в тех случаях, когда его предложение признавалось противозаконным. Обвинение в антизаконности постановления Народного собрания мог выдвинуть любой гражданин в течение целого года после принятия этого документа. Сами афиняне считали это право одним из фундаментальных устоев полисной демократии, гарантировавшей устойчивость народного правления.

Важно понимать, что республиканское правление немислимо без политической активности граждан, которая стимулируется либо пропагандой политической конкуренции или материальными поощрениями. Например, за посещения Народного собрания в древних Афинах была установлена плата каждому из его участников — в начале в размере одного обола, затем трех (это равнялось средней заработной плате ремесленника за один день). Во времена Аристотеля эта плата выросла до 6 и даже 9 оболов (за эту последнюю цену можно было купить около 1,5 медимов зерна — примерно, 78 литров зерна).

Кроме того, республиканское правление, также как и монархическое, в целях своего укрепления, способно органически взаимодействовать с религиозными организациями. Особая связь церкви и государства конституируется Основным законом Греции 1975 года. Так, в эпитафье к Конституции греческой республики отмечается, что она принята «Во имя Святой, Единосущной и Нераздельной Троицы». Кроме того, в ч. 1 и 2 ст. 3 Конституции Греции 1975 года закреплена норма, в соответствии с которой «господствующей в Греции религией является религия восточно-православной Церкви Христовой. Православная Церковь Греции, признающая своим Главой Господа нашего Иисуса Христа, неразрывно связана в своих догматах с Великой Константинопольской Церковью и со всякой единоверной Церковью Христовой, неуклонно соблюдает, так же как и они, святые апостольские и соборные каноны и священные традиции. Она является автокефальной и управляется Священным Синодом архиепископов, находящихся на церковной службе, и избираемые ими Постоянным Священным Синодом, который издается в порядке, определяемом уставом Церкви, с соблюдением положений Патриаршего тома от 29 июня 1850 года и акта Синода от 4 сентября 1928 года. ... Текст Священного Писания сохраняется неизменным. Официальный перевод его на какой либо другой язык без разрешения автокефальной Церкви Греции и Великой Константинопольской Церкви Христовой запрещается».

Светский характер ФРГ не помешал установлению в ст. 7 Основного закона 1949 г. обязательности религиозного обучения в государственных школах, которое производится в соответствии с принципами религиозных конфессий. Более того, государство оказывает поддержку церковным корпорациям, взимая с верующих налоги в пользу соответствующего прихода¹. Основной закон Шри-Ланки содержит норму о том, что буддизм занимает в республике ведущее место, причем, государство обязано не только защищать учение Будды, но и содействовать его распространению.

Исходя из вышесказанного следует сделать вывод, что республика — это исторически сложившаяся форма правления, при которой верховная государственная власть осуществляется выборными, юридически ответственными, срочными органами в рамках и на основе республиканского правосознания и республиканского правового мышления народа.

¹ Соболевская Ю. В. Правовое регулирование государственно-конфессиональных отношений в странах Европы: международное и национальное влияние // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2010. №5(24). С. 55.

ПРОБЛЕМЫ КАЧЕСТВЕННОЙ ПОДГОТОВКИ, ПЕРЕПОДГОТОВКИ, ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ БАКАЛАВРОВ, СПЕЦИАЛИСТОВ, МАГИСТРОВ ЮРИСПРУДЕНЦИИ И ПОДГОТОВКИ НАУЧНЫХ КАДРОВ В СФЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И РОССИЙСКОГО МОРСКОГО ПРАВА

СКРЫННИК Анатолий Михайлович,

к.э.н., доцент кафедры теории и истории права и государства
Южно-Российского института — филиала РАНХиГС при Президенте РФ

В Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года подчеркивается, что возможность получения *качественного образования* продолжает оставаться одной из наиболее важных жизненных ценностей граждан, решающим фактором социальной справедливости и политической стабильности¹.

Непременным условием нормального функционирования транспортного комплекса России является *качественная подготовка кадров*, в том числе и для морского флота России. Существующая в настоящее время система морского образования, реализуемая государственными морскими университетами, в целом обеспечивает потребности экономики в подготовке, переподготовке и повышении квалификации специалистов морского транспорта по всему спектру деятельности. В последнее время появилась значительная часть публикаций, посвященных проблемам *качества юридического образования*, которая сводится к тому, что юристов обучают не в профильных вузах, в том числе транспортных. Попробуем разобраться, так ли это на самом деле.

В 1989 году Международная морская организация (далее — ИМО) на базе университета Мальты (Валетта) создала *Международный институт морского права*, в котором готовят юристов в области международного морского права. ИМО постоянно проводит в институте международного морского права курсы на получение степени Магистра (LL.M.) в области международного морского права. В институте международного морского права разработана интенсивная и специализированная программа послевузовского обучения для юристов. Курс включает в себя введение в судоходство, изучение морского права и разработку законодательства. Обучение рассчитано на специалистов с достаточными знаниями английского языка, работающих в сфере морского права в государственных и других организациях, в судоходных компаниях и портовых службах. Обучение — платное².

ИМО, начавшая функционировать в 1959 году, отвечает за повышение надежности и безопасности судоходства в области международной торговли и за предотвращение загрязнения моря судами. ИМО обеспечивает механизмы для сотрудничества между правительствами в формировании норм и правил, связанных с техническими вопросами, влияющими на международное судоходство, для содействия принятию максимально осуществимых стандартов безопасности и эффективности морского судоходства, а также для охраны морской среды через предотвращение и борьбу с ее загрязнением судами. Более 40 конвенций и соглашений, а также около тысячи кодексов и рекомендаций, разработанных ИМО в сфере судоходства, применяются мировым сообществом.

Хотелось бы также отметить, что помимо *Международного института морского права* ИМО, готовящего юристов в сфере международного морского права, некоторые университеты предлагают свои программы подготовки специалистов в этой сфере.

В 2009 году *юридический факультет университета* в г. Тромсе (Норвегия) объявил о запуске новой магистерской программы «*Морское право*». Язык преподавания — английский. Длительность обучения — 3 года. По завершении программы студент получает степень магистра в области права.

Программа содержит следующие курсы:

- Общее морское право;
- Управление морскими ресурсами;
- Морское право и биоразнообразие;

¹ Распоряжение Правительства РФ от 17.11.2008 № 1662-р «Концепция долгосрочного социально-экономического развития РФ на период до 2020 года» // КонсультантПлюс.

² IMO International Maritime Institute, PO Box 31, Msida MSD 01 Malta.

- Морское право и Арктика;
- Диссертация.

Для зачисления в программу студент должен иметь степень бакалавра права или политологии. Также студент должен представить документ, подтверждающий знания основы международного права и международной политики. Так как курсы ведутся на английском языке, кандидаты должны владеть достаточными навыками устной и письменной речи на английском языке¹.

Российское морское право представляет собой систему общеобязательных, формально определенных юридических норм, устанавливаемых и обеспечиваемых государством, и направленных на урегулирование общественных отношений в сфере торгового и военного мореплавания. По своей природе российское морское право является комплексной отраслью права, включая в себя как публично-правовые нормы (конституционное, административное, финансовое), так и частно-правовые нормы (гражданское, трудовое, международное частное и др.).

Несмотря на обилие в России юридических вузов, подготовка юристов (бакалавров, специалистов и магистров юриспруденции) в области международного и российского морского права (юристов-маринистов) до последнего времени не осуществлялась (за исключением подготовки научных кадров).

Первой ласточкой в этом смысле стало созданное в 1997 году при Государственной морской академии им. адмирала С.О. Макарова (г. Санкт-Петербург) негосударственное образовательное учреждение высшего профессионального образования «Институт морского права», которое имеет в своем составе дневное и заочное отделения и факультет повышения и переподготовки кадров.

В 2005 году приказом начальника Морской государственной академии им. адмирала Ф.Ф. Ушакова (г. Новороссийск) был создан институт (факультет) международного и морского права, который начал осуществлять (в 2010 году был сделан первый выпуск) подготовку юристов-маринистов на выпускающей кафедре международного и морского права.

С 2010 года в Государственной морской академии им. адмирала С.О. Макарова (с 2012 года — Государственный университет морского и речного флота им. адмирала С.О. Макарова), параллельно с НОУ ВПО «Институт морского права», создан и функционирует юридический факультет, который готовит юристов, в том числе со специализацией «Морское право и транспортное право».

В Морском государственном университете им. адмирала Г.И. Невельского (г. Владивосток), несмотря на открытие в 2009 году юридического факультета, на кафедре морского права, входящей в состав судоводительского факультета, также началась подготовка юристов со специализацией «Международное и морское право» и «Транспортное право».

С 2005 года на кафедре международного, морского и речного права юридического факультета Московской государственной академии водного транспорта стала осуществляться подготовка специалистов в сфере транспортного права, в том числе открыта аспирантура по международному и морскому праву.

Следует также отметить, что постановлением Правительства РФ от 30.12.2009 года №1136 введено новое направление подготовки специалистов по юриспруденции — 030901 — «*Правовое обеспечение национальной безопасности*». По данному направлению будет осуществляться подготовка юридических кадров для силовых структур правоохранительных органов системы: МВД, ФСБ, в том числе морского профиля.

Повышение квалификации юристов-маринистов, переподготовку юристов по новому направлению деятельности — «Международное морское право» — в настоящее время осуществляет негосударственная некоммерческая организация «Центр морского права» (г. Москва).

Подготовку, переподготовку и повышение квалификации юристов в сфере международного и российского морского права в настоящее время также осуществляет целый ряд учебных, научных и других (государственных и негосударственных) организаций:

1. Учебные и научные учреждения Министерства транспорта РФ.

А) учебные заведения:

- НОУ ВПО Институт морского права (г. Санкт-Петербург);
- кафедра международного и морского права юридического факультета Государственного морского университета имени адмирала Ф.Ф. Ушакова (г. Новороссийск);
- кафедра морского права судоводительского факультета Морского государственного университета имени адмирала Г.И. Невельского (г. Владивосток);
- кафедра морского права юридического факультета Государственного университета морского и речного флота имени адмирала С.О. Макарова (г. Санкт-Петербург);

¹ Новая магистерская программа — морское право. URL: <http://www.uarctic.org>.

- кафедра международного, морского и речного права юридического факультета Московской государственной академии водного транспорта.
- Б) научные учреждения Министерства транспорта РФ:
 - отдел международного публичного морского права и отдел международного частного морского права ОАО «СОЮЗМОРНИИПРОЕКТ» (г. Москва);
 - отдел морского права ЗАО «ЦНИИМФ» (г. Санкт-Петербург).

2. Учебные и научные учреждения Федерального агентства по рыболовству Минсельхоза РФ.

- А) учебные заведения:
 - кафедра международного права юридического факультета Мурманского государственного технического университета;
 - кафедра международного права юридического факультета Астраханского государственного технического университета.

3. Учебные и научные учреждения военно-морского флота Министерства обороны РФ.

- А) учебные заведения:
 - кафедра международного морского права ВНУЦ ВМФ «Военно-морская академия им. адмирала Н.Г. Кузнецова» (г. Санкт-Петербург);
- Б) научные учреждения:
 - военно-морской научно-исследовательский отдел по международному морскому праву ВНУЦ ВМФ «Военно-морская академия им. адмирала Н.Г. Кузнецова» (г. Санкт-Петербург).

4. Учебные и научные учреждения береговой охраны пограничной службы ФСБ РФ.

- А) учебные учреждения:
 - кафедра правоохранительной деятельности Института береговой охраны ФСБ РФ (г. Анапа).

5. Учебные и научные учреждения Министерства образования и науки РФ.

- А) учебные учреждения:
 - кафедра международного морского права Санкт-Петербургского государственного морского технического университета.

6. Негосударственный «Центр морского права» (г. Москва).

Подготовку научных кадров в сфере международного морского права (аспирантура и докторантура по паспорту научной специальности: 12.00.10 «Международное право») в основном осуществляют следующие научные и учебные учреждения и организации, в которых работают известные ученые юристы-маринисты:

1. Международно-правовой сектор Института государства и права Российской академии наук (д.ю.н., профессор В.Н. Гуцуляк);
2. Кафедра международного права ФГБОУ ВПО «Московская государственная юридическая академия» (д.ю.н., профессор К.А. Бекяшев и к.ю.н., доцент М.Е. Волосов);
3. Кафедра международного права Санкт-Петербургского государственного университета (д.ю.н., профессор В.Ф. Сидорченко);
4. Кафедра международного права ФГБОУ ВПО «Дипломатическая академия МИД России» (д.ю.н., профессор А.А. Ковалев);
5. Кафедра международного права ФГБОУ ВПО «Российский университет дружбы народов» (д.ю.н., профессор А.Н. Вылегжанин);
6. Кафедра международного публичного права ФГБОУ ВПО «Государственный университет — Высшая школа экономики» (д.ю.н., профессор Ю. С. Ромашев);
7. Кафедра международного публичного права ФГБОУ ВПО «Всероссийская академия внешней торговли» (д.ю.н., профессор А.А. Ковалев и д.ю.н., профессор И.В. Зенкин);
8. Кафедра международного права ФГБОУ ВПО «Московский государственный институт международных отношений (университет)» (д.ю.н., профессор А.Н. Вылегжанин);
9. Кафедра международного права Северо-Западного института-филиала ФГБОУ ВПО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте России» (д.ю.н., д.э.н. профессор Ю.В. Мишалыченко);

10. Кафедра международного и морского права юридического факультета ФГБОУ ВПО «Государственный университет морского и речного флота им. адмирала С.О. Макарова» (г. Санкт-Петербург). (д.ю.н., профессор А.С. Скариндов);
11. Кафедра международного морского права ФГБОУ ВПО «Санкт-Петербургский государственный морской технический университет» (к.ю.н., профессор В.С. Солодченко и к.ю.н., профессор Б.А. Смыслов);
12. Кафедра международного и морского права юридического факультета ФГБОУ ВПО «Государственный морской университет им. адмирала Ф.Ф. Ушакова» (г. Новороссийск). (к.ю.н., профессор г.г. Тормосина, к.ю.н.);
13. Кафедра конституционного и муниципального права ФГБОУ ВПО «Российский государственный торгово-экономический университет (г. Москва) (д.ю.н., профессор Г.М. Мелков);
14. Кафедра международного и морского права ВНУЦ ВМФ «Военно-морская академия им. адмирала Н.Г. Кузнецова» (г. Санкт-Петербург).



Как видно из приведенной выше информации, все учебно-научные центры морского права сосредоточены, как правило, в Москве и Санкт-Петербурге.

А как обстоит дело на Юге России? В столице Южного федерального округа г. Ростове-на-Дону имеются крупные государственные учреждения и коммерческие структуры воднотранспортной и рыболовной отрасли, заинтересованные в юридических кадрах, обладающих познаниями в сфере международного и российского морского права и желающих углублять их:

— Южное государственное управление морского и речного надзора Федеральной службы по надзору в сфере транспорта Минтранса РФ (зона ответственности — акватория Азовского и Черного морей (включая Средиземноморский бассейн), реки Дон и Кубань);

— Южное Управление государственного авиационного надзора и *надзора за обеспечением транспортной безопасности* (включая морскую безопасность) по ЮФО Федеральной службы по надзору в сфере транспорта Минтранса РФ (зона ответственности — акватория Азовского и Черного морей, реки Дон и Кубань);

— Азово-Донское бассейновое управление внутренних водных путей и судоходства;

— Черноморско-Азовское территориальное управление Федерального агентства по рыболовству, охват: Азовское и Черное море, реки Дон и Кубань, Цимлянское водохранилище и все внутренние водоемы Северного Кавказа и Юга России;

— в Ростове-на-Дону расположено большое количество офисов крупных судоходных компаний (ЗАО «Палмали», ЗАО Азово-Донское пароходство, ЗАО «Донречфлот», ЗАО «Навигатор» и другие), организаций, занимающихся обслуживанием флота (ЗАО «РИФ», ЗАО «Прибой» и др.);

— на левом берегу р. Дон строится Ростовский универсальный порт и крупный транспортно-логистический узел для обработки грузов в двадцатифутовых морских контейнерах;

— в пределах акватории морского порта «Ростов-на-Дону» расположено более 40 причалов и причальных стенок для обработки различных грузов.

В настоящее время распоряжением Правительства открыты расположенные на внутренних водных путях России порты для захода судов под флагами иностранных государств¹, в том числе по внутренним судоходным путям — Азово-Донскому и Волго-Донскому — для перехода морских судов из Каспийского моря в Азовское и далее — в Черное и Средиземное, и обратно.

Т.е. открытие внутренних водных путей России для международного судоходства в 2012 году повлекло изменение значения г. Ростова-на-Дону, оказавшегося отныне в центре оси международного судоходного коридора. А это в свое время продуцирует проблему подготовки кадров юристов-маринистов для обеспечения всего спектра воднотранспортной деятельности.

На прошедшем 17 сентября 2008 года в Ростове-на-Дону совместном заседании Морской коллегии при Правительстве РФ и комиссии Совета Федерации Федерального Собрания России по национальной морской политике было принято решение о дальнейшем реформировании системы управления устьевыми речными портами «Ростов-на-Дону» и «Азов», с приданием им правового статуса морских портов. С 19 января 2009 года распоряжением Правительства России они стали *морскими портами*, а с 8 сентября 2009 года приказом Министра транспорта РФ морские порты «Ростов-на-Дону» и «Азов» были открыты для захода морских судов. Соответственно были образованы *администрации морских портов Ростов-на-Дону и Азов* (филиалы морского порта «Таганрог»).

¹ Распоряжение Правительства России от 5.05.2012 года №734-р «Об открытии портов для захода судов под флагами иностранных государств».

В связи с приданием статуса **«морских»** портам Ростова-на-Дону и Азова возникла проблема реформирования системы управления водным транспортом и внутренними водными путями на нижнем Дону, в том числе — кадровая неукomплектованность.

Несмотря на реформирование в 2011 году расположенных в Ростове-на-Дону — Ростовского морского колледжа им. Г.Я. Седова — филиала ГМУ им. адмирала Ф.Ф. Ушакова и Ростовского филиала Московской государственной академии водного транспорта (бывшее Ростовское речное училище) путем их слияния и создания **Института водного транспорта имени Г.Я. Седова — филиала ГМУ им. адмирала Ф.Ф. Ушакова**, проблема формирования научной школы по подготовке юристов-маринистов и юристов-воднотранспортников до настоящего времени не решается.

Также многие специалисты, заинтересованные в развитии воднотранспортной отрасли Нижнего Дона и всего воднотранспортного комплекса России, указывают на то обстоятельство, что, к сожалению, развитию всей системы воднотранспортного образования в Ростове-на-Дону (в основном, высшего) мешает скудость квалифицированных *научно-педагогических кадров для ведения преподавательской деятельности по всем направлениям подготовки*. Хотя, чтобы исправить положение дел с преподавательским составом высшей квалификации в системе воднотранспортного образования, нужно только одно — *желание соответствующих уполномоченных государственных органов* (так как это дело — государственное), а это вполне осуществимо.

Подготовкой научно-педагогических кадров высшей квалификации в Ростове-на-Дону по специальности 08.00.05 «Экономика и управление предприятиями, отраслями, комплексами (*транспорт, в том числе водный*)» занимается аспирантура (имеется ученый совет по защите кандидатских и докторских диссертаций) Ростовского государственного экономического университета (РИНХ). Подготовкой научно-педагогических кадров высшей квалификации в Ростове-на-Дону по специальностям юридического профиля (по всему спектру воднотранспортного направления) занимается аспирантура Южно-Российского института — филиала Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте России. Хотелось бы так же отметить, что руководство Южно-Российского института — филиала РАНХиГС весьма озабочено проблемой, поднятой нами в данной статье: с 2009 г. на юридическом факультете читаются дисциплины «Международное морское право» и «Транспортное право» для всех категорий обучаемых. Единственная проблема — защита диссертационных работ по юридическим наукам в Ростове-на-Дону. В настоящее время диссертационные советы ЮФУ и РЮИ МВД России принимают к защите работы не по всему спектру исследований.

Длительное время витает в воздухе идея открытия на Юге России Морского кадетского корпуса. Но это пока лишь желаемое, а конкретных шагов в данном направлении пока не предпринимается, за исключением открытия морских лицейских классов в средней общеобразовательной школе №66 Железнодорожного района Ростова-на-Дону силами энтузиастов — Ростовского морского собрания и педколлектива школы.

С учетом вышеизложенного, считаем, что в настоящее время решение проблемы по созданию научной школы юристов-воднотранспортников и системы подготовки, доподготовки и переподготовки государственных служащих и работников для Минтранса России (Росморречфлота и Ространснадзора), Росприроднадзора, Федерального агентства по рыболовству РФ: управленцев, госслужащих и иных работников можно осуществить в три этапа.

На первом этапе организовать переподготовку (доподготовку) госслужащих и работников воднотранспортной отрасли и рыбной промышленности Юга России на ФПК и ДПО ЮРИФ РАНХ и ГС с привлечением к чтению лекций и проведению практических занятий специалистов — юристов-транспортников и экономистов-транспортников путем разработки программ и участия в государственном конкурсе на подготовку (переподготовку).

На втором (подготовительном) этапе создать ядро ППС из числа юристов-выпускников и юристов-практиков, желающих пройти доподготовку в НОУ ВПО «Институт морского права» (г. Санкт-Петербург) или Центре морского права (г. Москва) и получить дополнительно диплом юриста со специализацией в области морского права или диплом магистра в Международном институте морского права.

На третьем этапе можно создать межфакультетскую кафедру государственного управления на транспорте и воднотранспортного права (международного морского права) в ЮРИФ РАНХиГС.

Исходя из вышеизложенного считаем, что дальнейшее затягивание решения проблемных *вопросов качественной подготовки кадров высшего звена* по правовой и экономической составляющей для воднотранспортной отрасли на юге России в целом, и на Нижнем Дону в частности — недопустимо.

Хочется также надеяться, что вопросами совершенствования подготовки кадров высшего звена для воднотранспортной деятельности юга России с учетом сегодняшних реалий экономики юга России уделять самое пристальное внимание в Совете по морской деятельности при полномочном пред-

ставителе Президента в Южном федеральном округе; в Морском совете при Правительстве Ростовской области; в Федеральном агентстве морского и речного транспорта; в Федеральной службе по надзору в сфере транспорта, и в Минтрансе РФ в целом.

К ВОПРОСУ ОБ УНИВЕРСАЛИЗАЦИИ СЕСУАЛЬНЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

СТЕТУХА Марина Петровна,

к.ю.н., ст. преподаватель кафедры теории и истории государства и права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Одной из морально-политических идей, получивших всеобщее признание, является идея прав человека. Это подтверждается в частности тем, что Всеобщая Декларация прав человека 1948 года была одобрена практически всеми государствами. Именно этот документ рассматривается как система выработанных и согласованных на высшем уровне правил и ориентиров человеческого общегия¹.

Тема, которую хотелось бы осветить, в последнее время широко обсуждается в странах Западной Европы, США, других странах, в том числе и в России, правда, на разных уровнях и с разными акцентами. Речь идет о сексуальных правах человека, которые нашли свое закрепление в специальных международных документах. Речь идет о Хартии Международной федерации планирования семьи о сексуальных и репродуктивных правах (1995); Декларации сексуальных прав (1999), Монреальской декларации «Сексуальное здоровье для Тысячелетия» (2005); «Сексуальные права: Декларация Международной федерации планирования семьи» (2008).

Согласно указанным документам, к сексуальным правам относятся: право на сексуальную свободу, включая право на сексуальную автономию, право на эмоциональное самовыражение, право на свободу сексуальных союзов и право на свободный репродуктивный выбор; право на сексуальную неприкосновенность; право на неприкосновенность сексуальной жизни; право на сексуальное здоровье и его охрану; право на свободу мысли, выражения мнения в отношении сексуальности, сексуальной ориентации, гендерной идентичности и сексуальных прав; право на участие в политике, направленной на сексуальное и репродуктивное здоровье, право искать и пользоваться убежищем от преследования, обусловленного половой принадлежностью, сексуальной ориентацией, сексуальным поведением, статуса ВИЧ; право на информацию о сексуальности человека и право на сексуальное образование и некоторые другие.

В Декларации международной федерации планирования семьи закреплено положение, согласно которому эти права носят универсальный характер (Принцип 1). Думается, такой вывод был сделан исходя из того, что сексуальные права человека являются производными от личных, политических, социальных и культурных прав человека. В связи с этим сексуальные права такие же универсальные, каковыми считаются основные права человека.

Стоит отметить, что, не говоря уже о сексуальных правах, вопрос о том, являются ли закрепленные в известных международных документах права человека универсальными, носит дискуссионный характер².

Идея универсальности прав человека только до недавнего времени казалась незыблемой. Было принято считать, что цель международного сотрудничества в защиту прав человека «может быть достигнута лишь при условии, что основные права и свободы будут соблюдаться всеми без исключения государствами»³. Но время показало, что это сотрудничество — сложный и очень противоречивый процесс.

По мнению ряда авторов, идея универсальности прав человека, которые закреплены в международных документах о правах человека, не может быть воплощена, поскольку в них отражены не

¹ См.: Матузов Н.И. Теория и практика прав человека в России // Правоведение. 1998. №4.

² См.: Исакова Г. К. Социокультурный контекст прав человека: диалог культур «Восток-Запад» // Путешествие и туризм в кросскультурном контексте, 2008. №4. С. 37; Мингазов Л. Х. Универсализм прав человека и культурное многообразие мира // Ученые записки Казанского государственного университета. Т. 150. Кн. 5. 2008. С. 61–70; Честнов И. Л. Универсальны ли права человека? (Полемические размышления о Всеобщей Декларации прав человека) // Правоведение. 1999. №1.

³ Бахин С.В. О классификации прав человека, провозглашенных в международных соглашениях // Правоведение. 1991. №2. С. 41–51.

общечеловеческие, а западноевропейские ценности. В этой концепции не учитываются национальные, религиозные, исторические и другие особенности каждого государства¹.

Е.А. Лукашева считает, что «утверждение о неприменимости европейских стандартов прав человека к странам иных культурно-исторических типов нельзя признать бесспорным»². Другое дело, что не должно быть навязывания стандартов западной культуры народам иных традиций и верований. Путь к универсализации прав человека возможен только через постепенное освоение «ценностей и стандартов иной культуры общественным сознанием народа, его моралью, их непротиворечивости религии и нравам населения»³.

Н.В. Витрук полагает, что в постепенном сближении в понимании и реализации универсальных основных прав личности в условиях любой культурной цивилизации состоит общественный прогресс. Именно поэтому необходимо продвижение вперед, а не назад «под лозунгом отставания традиционных ценностей, якобы расходящихся с тем или иным пониманием добра и зла»⁴.

Более того, как отмечает Н.В. Витрук, каталог прав и свобод человека, закрепленный в международных документах о правах человека, основан не только на европейских ценностях. В противном случае, непонятным представлялось бы то, что «региональные акты воспроизводят основные положения Всеобщей декларации прав человека и международных пактов о правах человека». «Естественно, — пишет ученый, — они учитывают и особенности своих культур, что не исключает иную интерпретацию тех или иных международно-правовых норм о правах человека»⁵. Иными словами, ценности, нашедшие отражение в правах человека, в основном универсальны, а вот их понимание зависит от цивилизационных различий. «Достаточно сказать, — отмечает Е.А. Лукашева, — что исходное для европейских стандартов прав человека понятие свободы различно в исламском мире, китайской, индийской, африканской цивилизациях»⁶. Различное понимание свободы влечет различную интерпретацию прав человека. Аналогичным образом решается вопрос и в понимании такой ценности как равенство. Согласно исламской правовой доктрине все люди равны перед богом, однако это «не означает равенства в правах, как это понимает западный человек»⁷.

И все-таки, основные права человека в идейно-политическом смысле могут быть признаны универсальными, поскольку не только в международных, но и в региональных документах закреплены те права человека, которые отражают такие универсальные ценности, как свобода, равенство, справедливость и т.д. Если в связи с этим согласиться с разработчиками Декларации Международной федерации планирования семьи в том, что сексуальные права человека носят универсальный характер, то возникает вопрос: почему процесс их универсализации встречает сопротивление со стороны достаточного количества стран мира?

Следует признать, что права человека на сексуальность не встречают одобрения у некоторых государств, с их стороны наблюдается недвусмысленное отторжение идеи прав человека в сексуальной сфере жизни. Часто провозглашенные права на свободу и равенство не подразумевают свободу и равенство в сексуальной сфере жизни, свобода ограничивается рамками господствующего в обществе порядка (уклада) половых отношений. Например, иногда государство в конституционном законе закрепляет право на свободу, но декриминализации тех или иных видов сексуального поведения на добровольных началах не происходит. В таких государствах свобода лица в решении вопросов о том, когда, с кем, как и т.д. реализовать свою сексуальность, официально ограничена (например, в странах исламского мира).

Есть и такие государства, где в Основном законе провозглашаются свобода и равенство, и одновременно из числа уголовно-наказуемых деяний исключается ряд преступлений против «половой

¹ См., например: Иванов А.М. Русская православная церковь в контексте основных прав человека и гражданина в современной России // Правоведение. 2008. №4. С. 26.

² Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009. С. 56–57.

³ Там же. С. 57.

⁴ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 72.

⁵ Там же.

⁶ Лукашева Е. А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. М., 2009. С. 38.

⁷ Иванов Ф. Л. Перспективы развития универсальной и исламской концепций прав человека в изменяющемся мире // Вестник Челябинского государственного университета. 2009. №15. Право. Вып. 19. С. 53.

нравственности». Но в результате легализации сексуальной свободы и равенства не всегда следует их общественное признание. В таких нравственных в половом вопросе общества действовавшие ранее запреты вполне могут соблюдаться достаточно долгий период времени. Например, если сильные религиозные чувства и традиции. Сексуальное поведение находится под индивидуальным и общественным контролем, в основе которого лежит религиозная сексуальная мораль. Сексуальная же мораль в мировых религиях в большей или меньшей степени отражает принципы регуляции, основанные на ограничениях сексуального поведения. К числу таких принципов можно отнести: принцип гетеросексуальности, принцип патриархальности, принцип «секс ради продолжения рода» или, во всяком случае, не вопреки последнему и т.п.

Как известно, права человека — категория динамичная. С развитием общественных отношений права человека, уже признанные в обществе, могут конкретизироваться и детализироваться. Иными словами, для такой конкретизации и детализации прав человека необходимо, чтобы в конкретном обществе реально существовали те общественные отношения, по поводу которых возникает потребность в тех или иных правах человека.

В нашем случае основой для расширения категории «права человека» явилась так называемая сексуальная революция, которой, в свою очередь, предшествовали другие взаимообусловленные социальные процессы. Речь идет о развитии либеральных идей; о глобальной индустриальной революции, которая трансформировала семейно-брачные отношения; о процессах секуляризации, которые отодвинули на задний план догмы религиозной нравственности в регулировании половых отношений и т.д.¹

Если исходить из того, что возникновение сексуальных прав человека объективно обусловлено, следует вывод, что при отсутствии соответствующих предпосылок снимается вопрос о таковых. Поскольку в настоящее время сексуальная революция как явление не повсеместна, вполне понятным представляется негодование стран исламского мира и других государств по поводу признания этой группы прав. Получается, что именно производность сексуальных прав от основных прав человека препятствует их универсализации.

Применительно к современным условиям целесообразнее говорить не об универсальности сексуальных прав человека, а об их актуальности для конкретного общества, для общества, в рамках которого произошла сексуальная революция.

Повсеместная актуализация сексуальных прав человека и соответственно их универсализация возможна лишь в случае, если свершится мировая сексуальная революция. Будет ли так? Вопрос остается открытым.

С другой стороны, говорить о том, что права человека в этой сфере вообще отрицаются некоторыми государствами, преждевременно.

Сексуальные права человека определяются в декларациях как меняющийся набор разрешительных норм сексуального поведения. Иными словами, в тех государствах, где, например, сексуальная свобода как свобода распоряжения своей сексуальностью не признается, человек имеет право на половую неприкосновенность, т.е. защиту от сексуального насилия. То же можно сказать и о праве на сексуальное здоровье, которое признается практически всеми странами, однако с некоторыми уточнениями. Таким образом, хотя бы минимальный набор сексуальных прав признается повсеместно.

Однако если рассматривать сексуальные права человека в том объеме и уж тем более в контексте специальных деклараций, они могут быть признаны только в условиях свершившейся сексуальной революции. Правда, и здесь не обойтись без оговорки.

Первый момент. Сексуальные права человека в том или ином обществе могут быть признаны в усеченном виде, т.е. каждому из перечисленных прав придается особый смысл. Например, в связи с тем, что сексуальная революция повлекла за собой добрачную половую активность, право на сексуальное образование ограничивается предоставлением молодежи информации о предохранении от инфекции, передающихся половым путем, о средствах контрацепции и пр. Информация о позитивных аспектах сексуальности, сексуальной ориентации и пр. не предоставляется в образовательных учреждениях.

Или, например, несмотря на легализацию сексуальной свободы и провозглашения равенства, отсутствует норма, которая прямо запрещает дискриминацию по признаку сексуальной ориентации.

К странам с таким усеченным признанием сексуальных прав можно отнести, например, Россию.

Второй момент. В некоторых странах сексуальные права признаются в полном или близком к тому объеме и в контексте специальных деклараций. Эти права появляются не только как необходимость разрешения проблем со знаком «минус» — распространения венерических заболеваний, ВИЧ-СПИД, ранних

¹ См. подробнее: Анурин В. Ф. Сексуальная революция: двойной стандарт // Социологические исследования. 2000. №9. С. 89–90.

беременностей и прочих проблем. Эти права в большей степени — есть приложение позитивному взгляду на сексуальность человека и свободу в этой сфере, которые воспринимаются и как индивидуальная, и как общественная ценность. К таким странам можно отнести, например, Францию, Германию и другие.

На основе изложенного следует вывод, что препятствием на пути к универсализации сексуальных прав человека лежит именно тот фактор, что они производны от основных прав человека. Их признание должно быть обусловлено реально сложившимися общественными отношениями и сформированными в соответствии с ними ценностями. Не имеет смысла отрицать сексуальные права человека, но стоит согласиться с тем, что общество должно быть готово и объективно и субъективно к их признанию в том объеме и в том контексте, который предложен в специальных декларациях.

К ВОПРОСУ ОБ ИНТЕРНАЦИОНАЛИЗАЦИИ СИСТЕМЫ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ

ФИЛИМОНОВА Елена Александровна,

к.ю.н., доцент, заместитель директора РЮИ РПА Минюста России

Присоединение России к Болонскому процессу определило стратегию усовершенствования образовательной парадигмы в XXI веке, способствовало актуализации таких концептов, как «система высшего образования», «образовательные технологии», «интернационализация», «профессиональная компетентность», «мобильность», «инновации» и др.

В 2003 году Россия начала процесс сближения и гармонизации российского образования с системой образования стран Европы¹. Сегодня можно говорить о некоторых результатах, которые не всегда однозначно оцениваются в России. Причина — отсутствие четкого представления о содержании Болонского процесса, а отсюда и непонимание того, куда мы движемся, зачем нам это нужно. Возникла ситуация, когда юридически, подписывая Болонскую декларацию, мы взяли на себя определенные обязательства по реформированию системы высшего образования, однако фактически предугадать результаты данного процесса достаточно сложно.

Сегодня все понимают, что престиж вуза зависит не от количества студентов, не от количества затраченных средств на его рекламу, а от качества профессиональной подготовки (профессиональной компетентности, мобильности) будущих специалистов, от их востребованности на рынке труда, от наличия и эффективности научных школ, результатами деятельности которых должны быть актуальные фундаментальные и прикладные научные исследования.

Поскольку качество образования во многом зависит от содержательной части образовательного процесса, очень важны уровень профессионализма профессорско-преподавательского состава, качество учебно-методических разработок и использование современных технологий.

Одна из задач, которую надо решать в рамках реформы образования, — это обеспечение тесной взаимосвязи теории и практики путем подготовки и реализации специальных программ с использованием активных форм и методов обучения: деловых игр, проблемных занятий, дискуссий и т.д., нацеленных на приобретение навыков, обеспечивающих конкурентоспособность на рынке труда.

Следует заметить, что процесс реформирования не происходит гладко по той еще причине, что на законодательном уровне имеются противоречия относительно статусов специалистов, имеющих различные квалификации (степени): «бакалавр», «магистр», «специалист». До сих пор не осуществлен переход от системы получения степеней «кандидат наук», «доктор наук» к стандартной за рубежом степени «доктор» (Ph. D.).

Кроме того, отсутствует компетентный подход при подготовке специалистов. В вузах создаются Центры развития карьеры, но уровень эффективности, результативности их деятельности очень низок. Отсюда и нарушения трудовых прав со стороны работодателей, и незаинтересованность в ра-

¹ Зона Европейского высшего образования. Совместное заявление европейских министров образования («Болонская декларация») (Болонья, 19 июня 1999 г.) // Доступ из справочно-правовой системы «Гарант»; Совместная декларация о гармонизации архитектуры европейской системы высшего образования четырех министров, представляющих Великобританию, Германию, Францию и Италию (Париж (Сорбонна), 25 мая 1998 г.) // Доступ из справочно-правовой системы «Гарант».

ботниках представленного уровня. Разрешить эту проблему необходимо, с одной стороны, в рамках правового поля, соблюдая международные договоренности, и с другой стороны, — не ущемляя конституционные права российских граждан.

Представляется также, что международное образовательное и научное сотрудничество не осуществляется в полной мере, поскольку и студенты, и профессорско-преподавательский состав не соответствуют определенным требованиям. Во-первых, не на достаточно высоком уровне владеют иностранными языками, особенно в вузах, расположенных в некрупных городах России. Лишь единицы готовы учиться и повышать свою квалификацию в зарубежных университетах. Во-вторых, отсутствует четкая мотивация совершенствования профессиональных качеств, поскольку, например, размер заработной платы «рядового» преподавателя и преподавателя, использующего инновационные технологии в образовательном процессе, практически одинаков. Некоторые специалисты, получив диплом о высшем образовании, перестают совершенствоваться, считают, что этого достаточно. С такими кадрами сложно добиться реализации национальной стратегии обучения в течение всей жизни. В-третьих, не ориентированность на развитие таких личностных качеств, как мобильность и коммуникабельность. В-четвертых, нежелание использовать передовые технические средства при обучении. В-пятых, обучение с применением дистанционных образовательных технологий ошибочно представляется неэффективным, впрочем, как все новое. Отсюда следует, что привлечение зарубежных специалистов к процессу обучения в России является достаточно проблематичным, в том числе и в финансовом отношении. В-шестых, не решена проблема взаимного доверия к дипломам о высшем образовании. И, наконец, в рамках Болонского процесса должен быть выработан общий стандарт качества образования, предусматривающий обязательное прохождение российскими вузами процедуры аккредитации силами независимого агентства.

Таким образом, в настоящее время Россия не сформировала четкую позицию относительно высшего образования и науки: дорожить национальными традициями или полностью следовать установленным в Европе правилам. Представляется, что гармонизация и модернизация должны сочетаться с сохранением разнообразия и уважением культурных традиций, в том числе традиций фундаментальности подготовки в вузе. В любом случае процесс интернационализации системы высшего образования и науки неизбежен. Необходимо также спокойно относиться к процессу свободного перемещения идей, информации, работ, услуг в сфере образования и науки через государственную границу, как мы сейчас спокойно и естественно относимся к перемещению товаров.

Интернационализация высшего образования должна проявляться:

— в форме возрастающих потоков студентов в зарубежные вузы, а также взаимных обменов преподавателями и исследователями;

— в использовании зарубежных программ, учебников и иной литературы, а также телекоммуникационных источников;

— в применении разнообразных видов межвузовского сотрудничества.

Основная мотивация Болонского процесса — это, с одной стороны, желание и потребность в международном сотрудничестве в сфере высшего образования, и с другой стороны, — установление глобальной конкуренции. Чтобы конкурировать с вузами других стран, следует предоставить учреждения высшего образования России большую свободу в сфере управления, обеспечить менее жесткое регулирование и достаточное финансирование¹.

Надо сделать все возможное, чтобы российское высшее образование не воспринималось как инертное, консервативное, да еще и коррумпированное. Каждое высшее учебное заведение должно стремиться к улучшению своего имиджа и позиционированию себя как одного из лучших в России и за рубежом. Следует внимательно изучить образовательные системы, представленные в мире, выявить положительный опыт и постараться безболезненно адаптировать к российской системе высшего образования все самое лучшее.



¹ Болонский процесс и его значение для России. Интеграция высшего образования в Европе. М.: РЕЦЭП, 2005.

СЕКЦИЯ МУНИЦИПАЛЬНОГО ПРАВА

ВОЗМОЖНО ЛИ ЭФФЕКТИВНОЕ УПРАВЛЕНИЕ ПРИ ДЕМОКРАТИИ?

БАРЦИЦ Игорь Нязбеевич,

д.ю.н., профессор, декан Международного института государственной службы и управления
Российской академии народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации (РАНХиГС при Президенте РФ)

Государство, демократия, эффективность. При незатейливой игре этими терминами выводится главный вопрос современной российской политики: Возможно ли эффективное управление при демократии? Есть ли надежды на успех российской модернизации? Как оказалось, вопросы эти далеко не риторические.

Весьма убедительно звучат доводы, что если авторитарные режимы в истории и достигали неких экономических успехов, то на более высоком уровне развития трудно найти доказательств, что авторитарный режим может руководить экономическим ростом. Идея модернизации стала одной из ведущих в российском общественном сознании. Но прежде всего поделюсь двумя опасениями. Так, я не уверен, что смычка демократии и модернизации является доминирующей позицией в российском общественном сознании. Напротив, все чаще раздаются голоса, что эффективное управление в России, возрождение ее роли на мировой арене возможно лишь при тоталитарном, в лучшем случае при авторитарном режиме, что развитое гражданское общество не только не в российских традициях, но и чуть ли не препятствие поступательного развития. Это очень опасное, но слишком хорошо известное мнение.

Другое опасение не столь привычно. Мне искренне представлялось, что лозунги демократической модернизации сродни вопросу героини Фаины Раневской в фильме «Подкидыш» (1939 г.): «Девочка, Наташенька, скажи, что ты больше хочешь: чтобы тебе оторвали голову или ехать на дачу?», что на вопрос о неизбежности модернизации в России любой смывленный ребенок должен отвечать вполне однозначно. Отнюдь...

Приведу два примера социологических исследований, которые пусть и с разной степенью презентативности не вселяют оптимизма. Сначала меня удивили итоги телефонного опроса в ходе выступления в передаче «Русской службы новостей», когда в поддержку модернизационных начинаний проголосовало чуть более четверти респондентов. Затем, даже не сами социологические результаты, сколько масштаб праведного гнева, обрушившегося на Игоря Юргенса (председателя правления Института современного развития), посягнувшего на святое — на элиту, отметив незаинтересованность ее большинства в инновациях, и на народ, к ним безразличный. Утверждая, что российская общинность и архаика могут быть преодолены не раньше 2025 года, глава ИнСоРа оказался куда более оптимистичным, нежели его предшественник в оценках населения среднерусской возвышенности Н. Бердяев. Согласно последнему, «русский народ не может создать срединного гуманистического царства, он не хочет правового государства в европейском смысле слова. Это — апокалиптический народ, по строению своего духа он устремлен к концу истории, к осуществлению Царства Божьего». Одно жаль: даже в самой оптимистичной версии у страны нет 15 лет на прозябание в архаике. Это чревато осуществлением не Царства Божьего, а империи сырых и убогих, находящихся под внешним антикризисным управлением.

Неужели в лозунге «демократической модернизации» эти два понятия не следуют друг из друга?! Действительно, исторический опыт предлагает примеры эффективных авторитарных режимов (советская индустриализация, китайская модель социализма, пиночетовский режим). Однако, все эти примеры демонстрируют эффективность на начальных этапах индустриализации, когда речь шла

о принудительном переходе от аграрного производства к промышленному, когда железная рука была призвана вырвать человека из традиционного (сельского) уклада и нередко насильственно вмонтировать его в новую промышленную (городскую) среду. Реализовав свой замысел, авторитарные режимы утрачивали возможность дальнейшего развития и нуждались в иных более демократических лозунгах. Сегодня у подобного перепутья находится Китай, исчерпавший модернизационный запал первого этапа.

Модель авторитарной модернизации не может быть результативной, когда речь идет об информационном обществе. Принудительная индустриализация возможна, принудительная модернизация информационного общества — нет. Можно было заставить лучшие умы страны работать в сталинских шарашках, но не хочется представлять вариант использования подобного инструмента модернизации советской промышленности и науки в современной России. Тем более, что общепризнанна неэффективность любого несвободного труда — будь-то древние рабовладельческие государства, коммунистический субботник или привлечение российских экспертов к научным проектам TACIS.

Вспомнив про субботник как рудимент прошедшей эпохи, не могу не воспользоваться еще одним советским опытом. Более 90 лет назад в декабре 1920 года в докладе на 8-м Всероссийском съезде Советов В.И. Ленин, назвав план ГОЭЛРО второй программой партии, выдвинул формулу «Коммунизм — это есть Советская власть плюс электрификация всей страны». По аналогии, «емократия — это есть Свободные выборы плюс интернетизация всей страны». В таком случае Государственная программа «Информационное общество 2011–2020 гг.», утвержденная распоряжением Правительства РФ от 20 октября 2010 г., также вправе претендовать на соответствующий статус современной руководящей и направляющей.

Позвольте напомнить, что символом демократических преобразований в конце 1980-х были газеты и журнал «Огонек». Это была газетная демократия. С началом 1990-х демократия стала телевизионной. Ее плавно по мере профанации отечественного телевидения сменила эра интернет-демократии, цифровой, электронной демократии. К этому оказались не готовы не только система власти, политический режим, но и само общество. В подтверждение значимости изменений сравним общественные последствия одной и той же ситуации. Что бы сделал обиженный нерадивым сотрудником ГАИ на московской кольцевой автодороге гражданин страны лет 15 назад. По возвращении домой произошедшее стало бы предметом обсуждения на кухне и не вышло бы за рамки вечернего семейного чаепития. Сегодня этот же гражданин, вооруженный мобильным телефоном с видеокамерой, выкладывает свою запись во всемирную паутину, и произошедшее становится частью общественной дискуссии не только и не столько о профессиональных качествах конкретного блюстителя безопасности дорожного движения, сколько о власти в целом, ее эффективности и позиции. Еще десятилетие назад автомобиль «жигули» с голубым ведерком на крыше вызвал бы улыбку и сомнение в здравомыслии автовладельца. Символический смысл этого же действия сегодня в пояснении не нуждается.

Электронная демократия не только предъявляет обществу совершенно особые требования, но и дает исключительные возможности, в том числе и весьма удобные для граждан. Речь идет об оказании гражданину публичных услуг. Разработка и принятие федерального закона, который призван установить общие принципы организации предоставления государственных и муниципальных услуг, были предусмотрены решением Правительственной комиссии по проведению административной реформы от 8 апреля 2009 г., в рамках реализации Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах. Таким законом выступил Федеральный закон Российской Федерации от 27 июля 2010 г. №210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг».

Не вдаваясь в детали правового просвещения, отмечу лишь что закон наивно предполагал, что до 1 января 2014 г. все граждане Российской Федерации должны стать обладателями универсальных электронных карт, предназначение которых видилось в удостоверении прав пользователя на получение государственных и муниципальных услуг. Причем закон особо оговаривает возможность гражданином России, равно как и иностранцами, совершения юридически значимых действий в электронной форме. Значение небольшого куска пластика выходит далеко за пределы удобства и экономии времени, а с точки зрения последствий для системы государственного управления не ограничивается минимизацией общения граждан с госслужащими с последующей минимизацией коррупционных рисков.

Нет технологических оснований, чтобы не дополнить возможность получения государственных и муниципальных услуг рядом политических опций. Именно в этом либеральном тренде находится решение по упрощению временной и даже постоянной регистрации по месту жительства. Значение правового тезиса «Россия переходит на уведомительный порядок постановки на регистрационный учет по месту жительства или пребывания» вызывает душевный восторг. Всего какой-нибудь 151 год тому назад было отменено крепостное право. И вот сделан очередной шаг!

Но вернемся к выборам... Одним из основных возражений сторонников консервативного понимания избирательной системы предстает, что в таком случае нарушается один из четырех основных принципов избирательного права, которое должно быть всеобщим, равным, прямым и тайным. Что делать в таком случае с таинством выбора гражданина?

Полагаю подобные сетования надуманными. Ведь речь не идет о принудительной регистрации гражданина и его принуждении к голосованию посредством интернет-технологий. Полагаю, что большинство добропорядочных граждан готовы зарегистрироваться в сети, многие уже это и сделали. Так на сайте gosuslugi.ru более 3 млн пользователей зарегистрировали личные кабинеты на этом портале. И этим гражданам совершенно нет необходимости скрываться под анонимными никами и аватарами. Да и признаемся, в современном обществе все труднее, а порой и невозможно контролировать информацию о себе. В России, как и в других развитых обществах, действуют законы о защите персональных данных, вместо фамилий имен и отчеств нашими идентификаторами становятся номера цифр, коды ИНН, электронные цифровые подписи. И мы сами представляем их работодателям при поступлении на работу, по сути разбрасываем их по первому требованию при получении самого смехотворного гонорара, дабы избежать неприятностей с налоговой службой. Слава богу, мы живем не в Швейцарии, и обеспечение банковской тайны никогда не было предметом наших переживаний. Посредством кредитных карточек банк может не только выяснить, что я подарил своим близким на Новый год, но и что будет на моем столе за ужином.

Более того, предложение о возможности использования электронных технологий не означает отрицание консервативных традиционных методов. Речь не идет о дизъюнкции «или-или». Напротив, речь идет о свободе выбора для гражданина. Хочет и может ли он ехать в день выборов в другой конец города (или даже в другой город) для реализации своего избирательного права или готов воспользоваться электронной регистрацией для голосования, не особо озадачиваясь таинством сего действия и не стесняясь своего выбора. Я не случайно среди элементов демократизации упомянул либерализацию системы регистрации граждан, наряду с повышением мобильности населения эта мера может привести к дальнейшему снижению избирательной активности, особенно среди активных слоев населения. Причем именно молодежь и средний класс, самые мобильные слои населения, оказываются вне пределов избирательных участков на региональных выборах, привлечь их к федеральным выборам удастся все с большим и большим трудом. В такой ситуации под угрозой оказывается другой принцип — принцип всеобщности. В такой ситуации государство обязано рассмотреть возможности удовлетворения потребности этих слоев в участии в выборах с применением информационных технологий.

Будущее неумолимо. Эволюция Дарвина продолжается. Обратите внимание на пальцы своих детей и сравните их со своими. Дело не только в размере, изменились пропорции, расстояние между большим и указательным пальцами приспособливается с той целью, чтобы было легче и быстрее отправлять смс-сообщения. Кто знает, может пару десятилетий спустя в родильных домах вместо вопроса, делать или нет прививку БЦЖ, будут интересоваться, чип какого оператора связи предпочитают родители для живления младенцу. Ну не мучаться же ребенка в яслях с очередным гаджетом в руках.

Вернемся к вопросу о современной российской демократии, ее развитие невозможно без устранения цифрового неравенства. Равно как невозможно эффективное государственное управление. В мире накоплен обширный опыт по измерению качества и эффективности государственного управления. Согласно международным исследованиям, эффективность государственного управления оценивают по следующим показателям: индекс человеческого развития (ИЧР); индекс глобальной конкурентоспособности; показатели, полученные в результате Всемирного обследования предприятий и в результате обследования предприятий в странах с переходной экономикой; индекс восприятия коррупции организации «Transparency International»; индекс экономической свободы организации «Heritage Foundation»; индекс непрозрачности, разработанный компанией «PricewaterhouseCoopers».

Приведу показатели программы развития ООН по Российской Федерации. В 1980 году и в 1985 году СССР занимал 24-е место по индексу человеческого развития. Сразу после разрушения Союза ССР Россия по данному индексу продолжала входить в группу высокоразвитых стран. Последующее десятилетие характеризуется значительным снижением совокупного индекса человеческого развития в России. В ходе миграции и старения происходит утрата целых групп населения — носителей инновационного потенциала. С 1995 года по 2005 год Россия по индексу человеческого развития опустилась с 37 на 62 место среди 175 стран мира. В дальнейшем ситуация ухудшилась, — с 2006 года с переменным успехом пребывает на 66 строчке (2011 г., ИРЧП 0,755).

По индексу конкурентоспособности в 2005 г. Россия заняла 75-е место из 117. Затем методика составления рейтинга была изменена. Количество учитываемых факторов выросло с 35 до 90: доба-

вились оценки эффективности рынка труда, развитости инфраструктуры и бизнеса, здравоохранения и др. После пересчета рейтинга по новой методике Россия в 2005 году вышла на 53-е место. Помимо учитывавшихся и раньше высоких макроэкономических показателей (низкий уровень госдолга, бюджетный профицит и др.), в России весьма эффективный рынок труда: гибкость в найме и увольнении сотрудников, определении размеров зарплата. У нее также развитая железнодорожная система, растет уровень проникновения технологий (мобильная телефонная связь, компьютеры, Интернет). В 2008 г. Россия заняла 51-ю позицию, пропустив вперед Индию, Италию, Иорданию, Барбадос, Словакию. И вот снова 63-е место в 2010 году, и 66-е — в 2011 г.

В то же время нельзя не отметить, что и в мире, и в России складывается неоднозначное отношение к проводимым международными организациями исследованиям. Показательна реакция на публикацию Института Всемирного банка за 2007 г., оценивавшую эффективность государственного правления в разных странах, которая привела к дипломатическому конфликту. После опубликования доклада представители девяти стран во Всемирном банке, в том числе от России, направили письмо главе банка Р. Зеллику с критикой исследования, считая его необъективным. Эту же позицию поддержали Министрство иностранных дел России и Министерство финансов КНР. В официальном сообщении российского МИДа говорится, что «объективность и политическая беспристрастность авторов исследования вызывает сомнения».

Подводя итоги десятилетия 1996–2006 гг., эксперты Всемирного банка утверждали, что качество государственного управления в России за этот период не изменилось. Россия в рейтинге соседствует с африканскими странами и такими неоднозначно воспринимаемыми международным сообществом политическими режимами, как Венесуэла и Иран. Экспертам Института Всемирного банка не удалось увидеть сколь-нибудь заметного прогресса в России ни по одному из показателей. Показатель России по параметру «учет мнения населения и подотчетности государственных органов» ниже, чем у некоторых абсолютных монархий. Даже индекс политической стабильности в 2004–2006 гг. оказался значительно ниже, чем в странах, переживавших в эти годы острые политические кризисы.

Голоса России и Китая стремились игнорировать. Но в условиях кризиса 2008–2009 г. свою лепту в критику международных рейтингов внесли и европейские страны. Объективность многих рейтингов действительно вызывает вопросы, а ведь рейтинги в значительной степени формируют восприятие страны международной аудиторией. Позиции государств в наиболее известных индексах и списках постоянно цитируются журналистами.

Претензии к данному исследованию Всемирного Банка должны лежать в области методологии, а не политической ангажированности. Оценки Всемирного Банка делаются на основе 33 различных баз данных, а также с помощью опросов десятков тысяч респондентов в различных странах и тысяч экспертов из различных, в том числе и государственных, организаций. На экспертных оценках основаны и индекс восприятия коррупции Transparency International, и рейтинги Freedom House, и индекс конкурентоспособности WEF, в котором Россия в 2006 г. заняла 62-е место из 117. Индекс Transparency International озаглавлен корректнее других, поскольку его название включает слово «восприятие».

Что делать с этим неприятным для России восприятием? Можно составить альтернативный индекс. Эксперты предлагают пять индексов — «государственность», «внешние и внутренние угрозы», «международное влияние», «качество жизни» и «основы демократии». Оценки по каждому направлению строятся только на статистических данных и их анализе. В результате по индексу государственности, отражающему способность к независимому существованию и самостоятельному развитию, Россия заняла 27-е место из 192 (с 7,5 балла из 10). По потенциалу международного влияния, который рассчитывался, в частности, исходя из доли экономики в мировом ВВП, наличия ядерного оружия, расходов на оборону, объема населения и количества Нобелевских премий, Россия заняла 7-е место в мире. Попытка создать более объективный рейтинг, в котором Россия если не лидирует, то хотя бы не плетется в хвосте, заслуживает внимания, — это лучший способ самоутверждения, чем простое отрицание справедливости чужих оценок.

Задача укрепить позиции российского экспертного сообщества важна не только и не столько для самоутверждения его честолюбия, сколько для отстаивания российских интересов в ходе разработки глобальных (универсальных) стандартов демократии и качества осуществления государственного управления. Вопрос согласования реформ с очевидностью приводит к проблематике правовой интеграции и формирования глобального правового пространства. Применительно к вопросам стандартов государственного управления речь идет о глобальном административном пространстве. «Глобальное управление и глобальное административное право в международном правовом порядке» — такое откровенное название получил доклад Нью-Йоркского университета и школы права

Института международного права и юстиции и Мертонского колледжа Нью-Йоркско-Оксфордского университета. Неоднократно озвученный американскими экспертами переход от международного права (International Law) к всемирному праву (World Law) ставит под угрозу всю систему международных отношений.

Основное содержание этого научного исследования раскрывает со ссылкой на Н. Криша и Б. Кингсбири Ю.А. Тихомиров в своем исследовании «Управление на основе права»: «Зарождается глобальное административное пространство, в котором строгая дихотомия (разделение) между внутригосударственным и международным, в большей степени, разрушена, в котором административные функции осуществляются часто в сложном взаимодействии между должностными лицами и институтами».

Содержание этого подхода нуждается в детальном раскрытии, ведь обоснованием разрушения «строгой дихотомии» можно, с одной стороны, красиво оправдать вполне открытое вмешательство в сферу внутригосударственного управления, а с другой — подвести теоретическую базу под кардинальное изменение самого содержания международного права. Глобальные административисты утверждают появление «норм-конгломератов», сложным образом объединяющих положения международного права и установления национального права, прежде всего в сфере администрирования.

Разработка универсальных международных стандартов в сфере государственного управления возможна, а Россия обладает всем необходимым правовым инструментарием для имплементации этих стандартов как в правовую систему страны, так и в управленческую практику. Однако единственно допустимый и приемлемый для России механизм формирования глобального административного пространства — выработка универсальных международно-правовых положений в ходе международных конференций или в рамках деятельности международно-специализированных организаций. Эти механизмы апробированы в деятельности таких международных организаций, как ЮНЕСКО, Всемирная организация здравоохранения, Международная организация труда, различные структуры ООН (Экономический и Социальный Совет ООН и др.). Присоединение России к Всемирной торговой организации (ВТО) также обусловлено принятием ряда дополнительных обязательств, в том числе по заключенному в рамках этой организации Генеральному соглашению по торговле услугами (ГАТС). Соглашение предполагает либерализацию и открытую конкуренцию поставщиков услуг в здравоохранении, образовании, юридической помощи населению, банковской деятельности и т.п. Правда, не могу удержаться от легкого сарказма: в ходе переговоров в рамках присоединения России к ВТО практически перед каждым членом российской делегации лежал айпад, которые завозята в нашу страну контрафактно.

Проблема универсализации подходов в сфере государственного управления обуславливает необходимость продвижения позиции, что универсальные нормы могут вырабатываться только и исключительно в рамках процедур международного права, а не посредством представления позиций и взглядов, которые будут в прямом смысле продавливаться странами, обладающими, на их взгляд, большими основаниями объявить свои национальные модели демократии, политического режима и государственного устройства эталонными. В противном случае нам останется только продолжать радоваться проставленным в последнем докладе Всемирного Банка «четверкам» (по семибальной шкале) за «эффективность работы правительства» и «качество нормативно-правового регулирования», при том, что по всем остальным показателям (право голоса и подотчетность, политическая стабильность и отсутствие насилия, верховенство закона, контроль коррупции) России рисуют уничижительные шестерки. Интерес представляет используемый Всемирным Банком классификатор показателей, в который вошли: 1) Макроэкономические показатели. Во всех странах имеется опыт составления отчетов, включающих прогнозы динамики ключевых макроэкономических показателей 2) Социальные показатели — группа показателей, которые отражают ключевые цели или ценности страны или общества. В настоящее время имеется опыт публикации отчетов о прогрессе в достижении социальных показателей федеральным правительством Канады и правительством Новой Зеландии; 3) Показатели эффективности, разработанные в поддержку долгосрочной национальной стратегии или плана развития; 4) Показатели эффективности управления политикой; 5) Показатели качества услуг, с помощью которых оценивают качество государственных услуг или взаимодействия с обществом. Данный показатель основан на результатах опросов населения и пользователей государственных услуг. Он позволяет выявить степень осведомленности о возможности получения государственных услуг, качестве их предоставления, доступе к государственным услугам (включая такие данные, как сведения о неформальных платежах, взимаемых за предоставление услуг), своевременности предоставления услуг и прозрачности процесса предоставления услуг. Подобные опросы проводятся

на регулярной основе в ряде стран ОЭСР, и их результаты используются при оценке деятельности министерств и агентств.

Уже традиционным для России стал доклад Минрегионразвития РФ об оценке эффективности деятельности региональных органов исполнительной власти. Согласно докладу за 2009 г. «пустых расходов» по стране набралось на 415 млрд руб., 142 млрд руб. из которых протекли в системе образования. В качестве причин сомнительного лидерства системы образования в рейтинге неэффективности управления, как правило, приводят излишки обслуживающего персонала на одного учителя (бухгалтеры, администраторы; по нормативам персонала должно быть почти вдвое меньше, чем учителей, по факту — почти столько же), несоответствующее нормативам число учеников в классах, резкое увеличение доли выпускников, не получивших аттестат. Так, без среднего образования в 2009 году остались почти 15 тыс. учеников — в 19 раз больше, чем в 2008 г.

Хочется верить, что существует некая мистическая причинно-следственную связь между приведенными в докладе цифрами неэффективности управления в Калмыкии, где доля неэффективных расходов в образовании достигает 40%, зафиксирована высокая младенческая смертность, а доля потраченных впустую денег в сфере ЖКХ за год выросла в 11 раз, и заявлениями о грядущей отставке главы региона К. Илюмжинова.

Сложность оценки эффективности государственной власти проиллюстрирую двумя примерами. Самый болезненный из них — пример с деятельностью органов внутренних дел. Мы все хорошо знаем, к чему привели ранее применявшиеся показатели эффективности деятельности МВД в целом и конкретного представителя этого вида правоохранительной службы. Про издержки палочной системы учета правонарушений не говорит сегодня только ленивый. То есть, чем больше правонарушений зарегистрировано, тем лучше работает система. А не нашла милицейская группа правонарушителя — значит плохо искала. Со всеми вытекающими отсюда выводами для членов этой группы и последствиями для подвернувшихся ей под руку граждан. В последнее время в качестве критериев эффективности, напротив, мы слышим реляции о неуклонном снижении числа преступлений. Стоило бы улыбаться и радоваться, но опять экспертам не угодишь: говорим о латентной преступности и сокрытии правонарушений при их регистрации.

Другой пример связан с предложениями по развитию отечественного здравоохранения. Нельзя не поддержать программы Минздрава по развитию профилактики онкологических заболеваний, внедрению новых программ помощи при сердечно-сосудистых заболеваниях и оказанию оперативной помощи пострадавшим при ДТП. Но очевидно, что в случае их реализации мы получим резкий всплеск количества зарегистрированных онкозаболеваний. Однако вряд ли в этом случае можно говорить об ухудшении работы врачей. Напротив. Недопустимо связывание эффективности деятельности конкретного государственного служащего за те глобальные показатели, которые характеризуют состояние дел в отрасли приложения его профессиональных сил, но непосредственно от него не зависящие. Так, вряд ли мы найдем конкретного государственного служащего, которому можно поручить снижение такого значимого показателя, свидетельствующего, если угодно, о цивилизованности страны, как детская смертность.

Также весьма опасны потуги связать эффективность труда государственного служащего с количеством выполненных поручений начальника, объемом обработанной корреспонденции или количеством дел, снятых с контроля. Хотя именно этот аспект представляется наиболее наглядным и легко поддающимся учету. Арифметический подход может сыграть злую шутку, ведь дела и поручения могут быть разной степени сложности и важности, социальной значимости.

Приходится признать, что в практической деятельности аппарата управления до сих пор не сложился двеспособный механизм оценки эффективности управления, а в повседневной деятельности подразделений государственных органов преобладает неразбериха в понимании подходов и способов оценки результативности и эффективности их деятельности. В то же время в круг обязанностей государственного аппарата входит не только решение общих задач упорядочения, совершенствования и развития общества, но и выполнение функции оказания конкретных услуг физическим и юридическим лицам, необходимых для полноценной реализации их прав и обязанностей. Эффективность государственного управления — это не только хорошо работающие социальные институты, это результат не изолированной от общества деятельности некоего сонма «высокособых чиновников», а совместный труд общества. В этом случае речь идет об общей социальной эффективности, которую не всегда можно измерить с помощью количественных показателей. В этом смысле можно говорить о таких показателях, как повышение уровня производительности труда, темпов прироста национального богатства, благосостояния жизни людей, надежности и безопасности общественных отношений.

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ РЕАЛИЗАЦИИ РЕФОРМЫ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В РФ

ГЕОРГИЕВА Тая Петкова,

к.ю.н., доцент кафедры муниципального права и природоохранного законодательства юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Наступающий 2013 год — год десятилетия Федерального закона от 06.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» предполагает как оценку результатов реформы местного самоуправления, проведенную после принятия вышеуказанного федерального закона, так и анализ современного состояния местного самоуправления (МСУ) в России.

Представляется необходимым не ограничиваться публичными замечаниями (соответствующими структуре закона), а обратить внимание на некоторые вопросы более общего, концептуального характера.

Так, после принятия закона были определены три главные цели реформирования МСУ в России, а именно: формирование стабильной законодательной базы (правовой основы) местного самоуправления и четкое разграничение полномочий между уровнями публичной власти; соответствие финансовой обеспеченности местного самоуправления объему его полномочий; близость муниципальной власти населению (а также участие населения в реализации вопросов местного значения).

Оценивая все изменения и дополнения в Федеральный закон от 06.10.2003 №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» можно сказать, что системной работы по его совершенствованию проведено не было.

Изменения и дополнения вносились хаотично, в основном, по «политическим» мотивам, и не были связаны ни с анализом ситуации, ни с научно обоснованной целевой концепцией развития местного самоуправления в России. Так часто (около 400 изменений) и так бессистемно не менялся ни один другой федеральный закон. В частности, был значительно увеличен перечень вопросов местного значения (в полтора раза) для всех типов муниципальных образований. Поскольку существенные и плохо увязанные между собой изменения, затрагивающие полномочия местного самоуправления, вносились и в Градостроительный, Земельный, Жилищный, Бюджетный, Налоговый кодексы, то были расширены сферы пересечения полномочий органов государственной власти и органов местного самоуправления. Сегодня по ряду сфер практически невозможно определить кто, за что и в какой мере отвечает.

Налицо «огосударствление» местного самоуправления, централизация средств и снижение его бюджетной самостоятельности.

К числу важнейших предложений по совершенствованию законодательства о местном самоуправлении на сегодняшнем этапе его реформирования можно отнести необходимость четкого определения в законе перечня вопросов местного значения и увязанного с ним перечня полномочий органов местного самоуправления (от состава которых зависит потребность муниципального образования в финансовых и иных ресурсах), поскольку именно отсутствие реального разграничения полномочий между уровнями публичной власти — государственной и муниципальной, все большее «запутывание» компетенции местного самоуправления (одной из причин которой является именно нестабильность действующего федерального законодательства, регулирующего эти вопросы), а также отсутствие системного подхода к реформированию местного самоуправления являются причинами неэффективной реализации муниципальной властью своих обязательств перед населением.

Эти вопросы необходимо решать, закрепив в федеральном законодательстве механизм консультирования и участия муниципального сообщества (органов местного самоуправления, их представителей) в принятии решений, касающихся местного самоуправления — как реализацию требования Европейской Хартии местного самоуправления о недопустимости принятия законодательных актов, влияющих на местное самоуправление, без учета его мнения.

Вполне очевидно, что при этом необходимо будет урегулировать предельно широкую сферу весьма неоднородных общественных отношений, связанных как с неоднозначным пониманием пределов в установлении вопросов местного значения (и увязкой их с муниципалитетами различных типов), так и со значительным диссонансом либо «нахлестом» вопросов местного значения с вопросами бюджетной, налоговой, градостроительной, земельной политики и, как следствие, обширного отраслевого законодательства.

Сделать это сегодня (укрупнив все предложения экспертов до двух вариантов) можно двумя способами:

Во-первых, проведя ревизию (а в последующем составив реестр) действующих и закрепленных на сегодня предметов ведения (вопросов местного значения) в специальном и отраслевом законодательстве с систематизацией полномочий и исключением из их перечня очевидно несвойственных местному самоуправлению, которые оно могло бы выполнять только в порядке передачи их на местный уровень как отдельные государственные полномочия (со всеми необходимыми для этого условиями, прежде всего, финансовыми). При этом необходимо иметь в виду, что одной из основных проблем при исполнении местным самоуправлением своих функций (помимо неразберихи с перечнем полномочий) является правовая неопределенность как ряда базовых понятий, так и процедур реализации своих полномочий.

Во-вторых, изменив действующую сегодня в российском законодательстве модель распределения полномочий по уровням реализации публичной власти (государственной и муниципальной) на закрепление полномочий местного самоуправления по «остаточному принципу» — за пределами государственных полномочий; с разделением их на установленные законом и «добровольные» или на обязательные и факультативные.

Да, действительно, положения ст.ст. 14.1, 15.1 и 16.1 закона изложены так, что в них дан перечень лишь отдельных «иных вопросов» и дана общая отсылка к другим возможным полномочиям, которые органы местного самоуправления могут, но не обязаны решать. Таким образом, можно считать, что здесь уже заложен общепринятый принцип факультативности, но если только по этому принципу группировать полномочия на блоки, то как быть с тем, что (совершенно очевидно) все эти полномочия (содержащиеся в указанных статьях закона) государственные по своей природе (но не переданные местному самоуправлению в установленном порядке).

Именно природа этих полномочий вызывает сомнение в правомерности самой такой конструкции, а тем более, в целесообразности узаконить их как полномочия местного самоуправления, пусть даже и факультативные.

Да, теоретически органы местного самоуправления смогут и не осуществлять такие полномочия (особенно при отсутствии необходимых ресурсов для их реализации), как и любые иные факультативные, однако на практике, как население, так и органы государственной власти субъекта РФ и — особенно — прокуратура смогут настаивать на их осуществлении. Именно такой подход — практика буквального прочтения и толкования норм федерального законодательства (и, главным образом, не в пользу местного самоуправления) — и сложился сегодня при реализации этих норм.

Таким образом, вместо ревизии нелогичных нововведений в тексте закона, их исключения из ведения местного самоуправления или перераспределения по уровням публичной власти, ряд экспертов предлагает согласиться с логикой отнесения таких полномочий (типично государственных) к полномочиям МСУ и закрепления их в качестве вопросов местного значения с приданием им статуса «необязательных».

Отсылка на практику такого нормирования вопросов местного значения — как обязательные и факультативные — в законодательстве зарубежных стран не кажется убедительной. Да, в законодательстве европейских стран господствует доктрина универсальной компетенции МСУ и в структуре коммунальных задач действительно существуют два самостоятельных блока полномочий:

1) обязательные предметы ведения, исполнение которых возлагается на местное самоуправление законом, и в данном случае свобода местного самоуправления состоит в праве выбора формы и способа осуществления такого обязательного полномочия (функции);

2) добровольные задачи, в отношении которых местное самоуправление вправе самостоятельно принять решение — исполнять такую задачу (полномочие) или нет, и если «да», то каким образом.

Но при этом надо отметить, что там существует особая отрасль законодательства — коммунальное право, которое формируется в соответствии со сложившейся доктриной публичного характера задач местного самоуправления, его историческими, правовыми, финансовыми и организационными особенностями в различных странах, что говорит о целостной государственной концепции закрепления именно такой системы местного самоуправления в законодательстве европейских стран. В российском же муниципальном законодательстве на сегодня практически не существует нормирование муниципально-правовых отношений на уровне субъекта Российской Федерации, и сложившаяся практика тяготеет к централизации подобных отношений.

Более того, в законодательстве Германии, например, понятие «дела местного сообщества» носит оценочный характер, то есть является одним из так называемых неопределенных правовых понятий, и нет четкой границы между обязательными вопросами и факультативными вопросами; не существует раз и навсегда данной сферы коммунальных задач, тем более что в связи с изменением экономи-

ческих и социальных условий постоянно возникает необходимость перераспределения полномочий между различными уровнями власти.

Более того, «дела местного сообщества» — постоянный предмет толкования в Федеральном конституционном и Федеральном административном судах. Общим выводом из судебных решений считаются следующие (выделенные судами!) признаки «дел местного сообщества». Это вопросы, которые либо затрагивают интересы определенной территории муниципального образования; либо являются результатом исторического развития территории; либо являются определяющими для данного типа территориальной корпорации (в варианте России — определяющими для определенного вида муниципальных образований — поселения, городские округа...).

Все это позволяет говорить о существовании целостной государственной концепции определения вопросов местного значения в зарубежном законодательстве именно таким способом — с выделением оценочных категорий — чего нет в законодательстве РФ.

Справедливости ради следует заметить, что есть минусы и в ревизии и перераспределении полномочий между уровнями публичной власти, главный из которых — противоречие между желанием представителей местного самоуправления завершить распределение полномочий и установить закрытый их перечень и постоянно меняющейся социально-экономической и политической ситуацией, которая порождает все новые и новые полномочия местного самоуправления (на которые в большей степени и быстрее всего реагирует отраслевое, а не муниципально-правовое законодательство, а значит есть необходимость в постоянной ревизии вопросов местного значения и разрешении правовых коллизий).

ПРАВОВЫЕ ГАРАНТИИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ НАСЕЛЕНИЯ В СФЕРЕ МУНИЦИПАЛЬНОГО ГРАДОСТРОИТЕЛЬСТВА

ГУРНАК Екатерина Вячеславовна,

преподаватель кафедры муниципального права и природоохранного законодательства
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Само по себе понятие гарантий местного самоуправления носит конституционный характер, причем не, только в том плане, что в Конституции РФ закрепляются — прямо или косвенно — конкретные виды (способы) гарантирования местного самоуправления. На высшем правовом (конституционном) уровне закрепляется, в том числе, и понятие гарантирования местного самоуправления, которое с учетом особенностей его конституционного закрепления приобретает не просто терминологическое, а категориальное значение¹. Статьей 12 Конституции РФ исчерпывающе установлено, что в Российской Федерации признается и гарантируется местное самоуправление. Данный постулат последовательно развивается на уровне федерального законодательства, нормотворческой деятельности уровней субъектов Российской Федерации и местного самоуправления.

Базовым для регламентации отношений в области местного самоуправления законом — Федеральным законом №131-ФЗ от 06.10.2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» — уже в преамбуле закреплена направленность его регулирования: этот закон среди прочего определяет государственные гарантии осуществления местного самоуправления. Указание «государственные» применительно к гарантиям по тексту указанного нормативно-правового акта используется не единожды, что приводит к мнению о придаваемом законодателем особом значении соответствующей характеристики. Вместе с тем, указанный федеральный закон определения «государственным гарантиям» не приводит, хотя наличие его представляется целесообразным — именно в контексте используемой законодателем характеристики (которая сама по себе дает все основания для суждения о дифференциации гарантий осуществления местного самоуправления на, в частности, государственные и негосударственные).

Использование в законодательной юридической технике слова «гарантии» имеет традиционное понимание: гарантии воспринимаются, прежде всего, как правовые, установленные и реализуемые системой норм права. В контексте нормотворчества допущение каких-либо иных, неправовых, гаран-

¹ Бондарь Н. С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М.: Норма, 2009. С. 215.

тий несотноительно, в то время как дифференциация подвергающихся правовой регламентации объектов и отношений на государственные и негосударственные используется и распространена, как на уровне нормотворчества, так и тем более в юридической науке. В связи с этим определение значения задействованного законодателем словосочетания «государственные гарантии осуществления местного самоуправления» представляет интерес — тем более в контексте наложения смысла указанной характеристики на отношения в сфере местного самоуправления, которое в известном смысле противопоставлено управлению государственному.

Поскольку в силу положений статьи 16 Конституции РФ ни положения законодательства, ни даже установления самого Основного закона РФ не могут противоречить требованию статьи 12 Конституции РФ о гарантированности местного самоуправления, в отсутствие специального разъяснения со стороны законодателя о значении категории «государственные гарантии», используемой в Федеральном законе РФ №131-ФЗ от 06.10.2003 г., представляется целесообразным под соответствующей характеристикой применительно к местному самоуправлению понимать именно отмеченный признак рассматриваемых гарантий — незыблемость, установленность в качестве неотъемлемой составляющей конституционного строя Российской Федерации и возможность обеспечения посредством механизма государственного принуждения.

Конституция РФ является тем системообразующим источником, который базово позволяет определить виды гарантирования местного самоуправления — на основе положений статьи 133. В статьях 12 и 133 Конституции РФ речь идет не о самих по себе неких гарантиях местного самоуправления как статическом понятии, а о повелительно-лингвистическом способе конституционного нормирования как форме императивного предписания, адресованного Российской Федерации — демократическому правовому государству (ст. 1), — всей своей деятельностью гарантировать местное самоуправление. В этом смысле конституционное понятие «гарантирование местного самоуправления» представляет собой категорию, которая отражает в динамике сам по себе процесс государственно-властной деятельности, связанной с функционированием сложной системы государственно-правовых средств и институтов, призванных обеспечивать реальные возможности реализации гражданами их прав на местное самоуправление¹. И, согласно ст.133 Конституции РФ, местное самоуправление в Российской Федерации гарантируется правом на судебную защиту, на компенсацию дополнительных расходов, возникших в результате решений, принятых органами государственной власти, запретом на ограничение прав местного самоуправления, установленных Конституцией Российской Федерации и федеральными законами.

Гарантированию местного самоуправления, системе определяемых законодательством гарантий присущ известный дуализм, заключающийся в том, что само по себе установление гарантирующего механизма, обеспечиваемого силой государственного принуждения, носит государственный же характер. Конституция РФ задала систему координат для последовательного развертывания нормативно-правового регулирования в области местного самоуправления, важное место — с позиции определения акцента направленности воздействия — среди которого заняли положения Указа Президента №1370 от 15.10.1999 г. «Об утверждении основных положений государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации»².

Названным указом обеспечена дальнейшего развития местного самоуправления и повышения эффективности его деятельности как необходимых условий становления экономически и социально развитого демократического государства определено в качестве цели государственной политики в области развития местного самоуправления, которая для достижения соответствующей цели должна быть направлена, в частности, на обеспечение государственных гарантий местного самоуправления, а также на обеспечение соблюдения органами государственной власти и органами местного самоуправления законодательства Российской Федерации о местном самоуправлении и исполнения нормативных правовых актов органов местного самоуправления. Последнее предполагает:

— защиту прав местного самоуправления, установленных Конституцией Российской Федерации и федеральными законами;

— защиту муниципальной собственности;

¹ Бондарь Н. С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М.: Норма, 2009. С. 216.

² Указ Президента №1370 от 15.10.1999 г. «Об утверждении основных положений государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1999. №42. С. 5011.

— обеспечение минимальных местных бюджетов путем закрепления доходных источников для покрытия минимально необходимых расходов местных бюджетов, устанавливаемых на основе нормативов минимальной бюджетной обеспеченности, с учетом специфики муниципальных образований;

— обеспечение стабильной нормативной правовой базы экономической деятельности муниципальных образований;

— обеспечение самостоятельной деятельности органов местного самоуправления в пределах их компетенции;

— обеспечение конституционного права местного самоуправления на судебную защиту;

— обеспечение конституционного права местного самоуправления на компенсацию дополнительных расходов, возникших в результате решений, принятых органами государственной власти;

— обеспечение передачи органам местного самоуправления материальных и финансовых средств, необходимых для осуществления этими органами отдельных государственных полномочий, которыми они наделяются;

— формирование муниципального права как комплексной отрасли права, выработка стратегии законодательной деятельности в области местного самоуправления;

— проведение фундаментальных научных исследований в области местного самоуправления;

— разработку современных муниципальных управленческих технологий.

Государственное гарантирование местного самоуправления имеет развернутую систему направлений, что важно само по себе, поскольку характеризует государственную политику по реализации соответствующих положений Конституции РФ. Градостроительная деятельность, являясь сферой муниципально-правового регулирования, подпадает под систему государственного гарантирования местного самоуправления, но далеко не полностью, поскольку представляет собой сложные, неоднородные отношения, в том числе разнородного публичного характера: государственного федерального, государственного субъектов Российской Федерации, местного самоуправления.

Во всей совокупности отношений в градостроительстве следует, однако, четко отграничить ту их область, которая представляет собой отношения по реализации, гарантированию и защите населением его прав в муниципальном градостроительстве, от всего остального массива отношений данной сферы, поскольку именно отмеченная область отношений по своему содержанию относится к сфере местного самоуправления. Права населения в области муниципального градостроительства как составная часть местного самоуправления, подпадая под систему отмеченных выше гарантий, обеспечиваются такими гарантиями, помимо названных в ст. 133 Конституции РФ, как признание и гарантирование государством юридической силы актов местного самоуправления в сфере муниципального градостроительства; прокурорский надзор за исполнением нормативно-правовых актов и соблюдением прав и свобод человека и гражданина. Отмеченные гарантии, хотя и не называются в Основном законе, но следуют из его положений и сложившейся системы разнородных правовых норм и практики их применения.

Понимание того, что установленные Конституцией РФ и развиваемые на законодательном уровне гарантии местного самоуправления не просто охватывают, но должны обеспечиваться фактически в сфере муниципального градостроительства является чрезвычайно важным. Как отмечается в Определении Конституционного Суда РФ №542-О от 07.12.2006 г., конституционные гарантии местного самоуправления, закрепленные в ст.ст. 130–133 Конституции РФ, являются основой реализации народом своей власти через органы местного самоуправления¹. В контексте рассматриваемого вопроса сформулированный Конституционным Судом РФ тезис справедлив и применительно к реализации прав местного населения в вопросах муниципального градостроительства.

¹ Определение Конституционного Суда РФ №542-О от 07.12.2006 г. «По запросу Законодательного собрания Республики Карелия о проверке конституционности ряда положений части 11 статьи 154 Федерального закона от 22 августа 2004 года №122-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием Федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»; а также жалобе Главы города Екатеринбурга на нарушение теми же законоположениями конституционного права на местное самоуправление» // Собрание законодательства РФ. 2007. №10. Ст. 1260.

Вместе с тем, права населения в области муниципального градостроительства в качестве составной части местного самоуправления характеризуются и спецификой, заключающейся в том, что данные права, как реализуемые на местном уровне, нуждаются еще и в средствах непосредственно муниципального гарантирования. Последнее целесообразно рассматривать как меры по обеспечению соответствующих прав, принимаемые на местном уровне.

Для определения необходимых средств выражения муниципального гарантирования можно считать как достаточным, так и правильным, использование по аналогии механизма, посредством которого выражаются меры государственного гарантирования местного самоуправления. Результатом нормотворческой деятельности органов местного самоуправления могут становиться закрепляемые на уровне уставов муниципальных образований положения, сопоставимые по характеру их направленности с гарантирующими нормами федерального уровня. Данное средство потенциально может быть тем более эффективным, поскольку способно наиболее точно и полно воздействовать на подвещающиеся регламентации отношения, исходя как из региональных, так и из сугубо местных особенностей.

В контексте последнего замечания и в свете опосредуемого содержанием Конституции РФ и наблюдаемого на федеральном (и в том числе — законодательном) уровне непосредственного закрепления государственных гарантий возникает целесообразность постановки вопроса о выделении в отдельный подвид гарантий муниципальных гарантий в сфере местного градостроительства. Данный вопрос основывается на разработанной в юридической науке теории муниципальных гарантий прав и свобод граждан¹, следуя которой необходимо развивать соответствующие разработки, в том числе в целях практического их применения на уровне муниципального нормотворчества.

При планировании конкретной методологии использования муниципального гарантирования необходимо принимать во внимание один из базовых постулатов общей теории права о наличии двух функций права: регулятивной и охранительной. Специфика отношений местного самоуправления требует от муниципальных нормативных актов большей детализации и предметно-практической направленности по сравнению с положениями нормативных актов регионального и тем более федерального уровней. В этой связи представляется, что в актах муниципального нормотворчества должна преобладать именно регулятивная функция, в то время как действенность охранительной вполне будет достигаться путем задействования соответствующих предписаний актов государственного нормотворчества.

Гарантии прав местного самоуправления в сфере муниципального градостроительства, гарантии реализации прав населения в соответствующей сфере входят в качестве составной части в систему вытекающих из Конституции РФ гарантий прав местного самоуправления и обеспечиваются, в том числе посредством норм международного права. В этом свете, учитывая фактическое положение дела в вопросах реализации населением своих прав в муниципальном градостроительстве, особо значимыми нам представляются следующие предписания Европейской хартии местного самоуправления от 15.10.1985 г.²:

— органы местного самоуправления в пределах, установленных законом, обладают полной свободой действий для реализации собственной инициативы по любому вопросу, который не исключен из сферы их компетенции и не находится в ведении какого-либо другого органа власти (п. 2 ст. 4);

— предоставляемые органам местного самоуправления полномочия, как правило, должны быть полными и исключительными. Они могут быть поставлены под сомнение или ограничены каким-либо другим центральным или региональным органом власти только в пределах, установленных законом (п. 4 ст. 4);

— необходимо консультироваться с органами местного самоуправления, насколько это возможно, своевременно и надлежащим образом в процессе планирования и принятия любых решений, непосредственно их касающихся (п. 6 ст. 4).

Реализация приведенных установлений имеет крайне важное значение, прежде всего, для самоидентификации населения муниципального образования в качестве непосредственного и обязательного субъекта градостроительной деятельности.

¹ Бондарь Н. С. Права человека и местное самоуправление в Российской Федерации. Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 1998. С. 270.

² Европейская хартия местного самоуправления от 15.10.1985 г. // Собрание законодательства РФ. 1998. №36. Ст. 4466.

СОЦИАЛЬНАЯ ГОСУДАРСТВЕННОСТЬ В УСЛОВИЯХ СОВРЕМЕННОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА: ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ

ДЖАГАРЯН Армен Арменович,

советник судьи Конституционного Суда РФ, кандидат юридических наук

Современный этап в развитии конституционализма характеризуется активными качественными изменениями, связанными со стремлением преодолеть инструментально-технологическое по своей сути понимание конституционного права и переосмыслить его в новом, социогуманистическом измерении. Речь идет об усиливающемся проникновении конституционного права в сферы социально-экономических, духовно-культурных, иных общественных отношений (наряду с политическими)¹, о конституционном определении общественно-государственного строя в целом — для гармонизации лежащих в его основе зачастую несовпадающих, конкурирующих ценностей и интересов, обеспечения в конечном итоге оптимально приемлемых условий достойной жизни и свободного развития человека.

В.А. Ржевский, наиболее всесторонне и полно с конституционно-правовых научных позиций работавший категорию общественного строя, полагал, что ограничить рассмотрение государственно-правовых институтов только закреплением отношений политического господства — значит, в известной мере, формализовать весь процесс конституционного регулирования; общественный строй не может быть ограничен лишь политическими отношениями, и именно единство социально-экономической и политической сторон государственной и общественной организации всесторонне характеризует общественный строй². В этой связи конституция, отмечал И.Е. Фарбер, есть модель общественного строя, она призвана вносить организующее начало не только в политическую область, но и в область экономическую, хозяйственную³.

Процесс «социализации» конституционно-правового регулирования связан в своей основе с движением и развитием фактических конституционных отношений, с качественными сдвигами в самом характере общественного строя, имея в виду, что он выступает не только итогом конституционного воздействия, но и порождает его, формирует для такого воздействия предпосылки и условия. Конституционализация социальной государственности, понимаемая здесь как возведение соответствующих принципов на уровень основных, конституционных императивов, есть внешнеформальный акт, характеризующий достигнутую обществом меру согласования свободы и социальной ответственности, но, главным образом, в ней проявляется укоренение ценностей достоинства человеческой личности, равноправия и социальной справедливости как отправных, исходных начал всей общественной жизни. Конституционное становление социальной государственности по своему глубинному, философско-правовому смыслу означает отступление от чисто формального представления о государстве как публично-политической организации, поддерживающей всеобщее формальное равенство (формально равную меру свободы), переход к его пониманию в качестве института, правовыми средствами добивающегося устранения несправедливого неравенства, стремящегося создавать условия и действительные возможности для свободной самореализации каждого, особым образом поддерживать и защищать социально слабых.

Этот процесс не замыкается и не предопределяется лишь только изменениями в экономических основах народовластия, а его рассмотрение нельзя свести к вопросу о роли государства в экономике

¹ См. об этом подробнее: Бондарь Н. С. Конституционализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда РФ). М.: Викор-Медиа, 2006.

² См.: Ржевский В. А. О понятии и конституционном закреплении общественно-политического строя СССР // Правоведение. 1969. №1. С. 46; его же. Общественно-политический строй СССР как воплощение суверенитета советского народа. Ростов н/Д: Изд-во Ростовск. ун-та, 1974. С. 284; его же. Общественный строй развитого социализма: конституционное содержание, структура, регулирование. М.: Юридическая литература, 1983. С. 41.

³ См.: Фарбер И.Е. Общественно-политический строй — категория государственного права // Правоведение. 1975. №4. С. 8.

и социальной сфере. Концентрированная сущность становления социальной государственности проявляется в динамике отношений свободы, власти и собственности в их ценностном отображении и опосредовании в общественно-правовой идеологии, т.е. этот вопрос имеет во многом социокультурное измерение. Вместо безусловного примата личности по отношению к обществу и государству и соответственно первенства свободы в соотношении с властью, отмечает Н.А. Бондарь, современные демократические конституции исходят из возможности и необходимости активного участия государства в обеспечении прав граждан на основе реализации конституционных принципов демократического правового государства с рыночной социально ориентированной экономикой¹.

Существует точка зрения, что появление в процессе развития государства его социальных функций связано с изменением характера экономических отношений, и что социальные функции имеют экономическую природу, вторичны по отношению к экономическим функциям². Отсюда выводят, что социальная государственность зиждется на состоянии экономики, зависит от экономического благополучия³.

Налицо ригоризм, абсолютизация значения экономического фактора. То, что социальные функции связаны с определенным типом производственных отношений, экономическими функциями, материальными возможностями государства еще не означает, что они детерминированы экономикой, производны от нее. Идея социальности формируется в общественном сознании, культуре и практике как объективная необходимость, связанная с поступательным правовым развитием личности, общества, государства; приобретает значение самостоятельной правовой ценности, влияющей на определение характера, меры и порядка реализации экономической (как и политической) свободы; она оформляется в конечном итоге в императивно-обязательных требованиях, предъявляемых к государству и обществу, отдельным лицам, что в принципиальном плане не зависит от экономической конъюнктуры, но может проявляться в различных формах с учетом конкретных условий. Социальная поддержка нуждающимся служит укреплению и расширению свободы и ответственности личности, подьему ее культурного уровня и самоорганизации. Она предоставляется не потому, что это экономически выгодно, целесообразно, а, главным образом, ввиду достигнутого уровня социального неравнодушия и активного, деятельного сострадания, неприемлемости для общества с характерными для него нравственно-юридическими принципами иного положения вещей.

Идейное и практическое становление социальной государственности решающим образом связано с цивилизационным, культурно-правовым прогрессом, тогда как материально-экономические обстоятельства служат к тому желательными предпосылками и условиями. Прав А.С. Запесоцкий, полагая, что социальное государство можно представить результатом и перспективой мирового культурного развития, а его формирование обусловлено историей человечества, формированием все более многообразной и разветвленной, сложно сбалансированной системы социальных институтов, находящихся свое обоснование и оформление в праве⁴. Ведь и сама культура, по мысли Ю.А. Жданова, не есть в отдельности материальное производство, или наука, или искусство и т.д., а их синтез, способ соединения⁵.

В современном конституционном праве социальность государства признается практически повсеместно и является, по существу, общепризнанным императивом. Это выражается в конституционных текстах либо напрямую (например, Армения, Белоруссия, Болгария, Германия, Испания, Словения, Франция, Хорватия), либо опосредовано — во взаимосвязанной системе конституционных целей, задач, принципов, норм, институтов. На уровне наднационального регулирования соответствующие отношения преломляются посредством закрепления социально-экономических прав человека и создания специализированных контрольных механизмов. Вместе с тем правовое оформление процессов евроинтеграции обусловило универсализацию принципов европейского конституционного правопорядка и в основание строя Европейского Союза положены равенство, справедливость, солидарность, социально ориентированная рыночная экономика (Лиссабонский договор).

¹ См.: Бондарь Н. С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М.: Норма; Инфра-М, 2011. С. 39–40.

² См.: Калашников С. В. Функциональная теория социального государства. М., 2002. С. 42.

³ См.: Оксамытный В. В. Теория государства и права. М., 2004. С. 288.

⁴ См.: Запесоцкий А. С. Исторический спор между капитализмом и социализмом как диалог культур // Диалог культур в условиях глобализации: XI Международные Лихачевские научные чтения, 12–13 мая 2011 г. Т. 1: Доклады. СПб: СПбГУП, 2011. С. 69.

⁵ См.: Жданов Ю. А., Давидович В.Е. Сущность культуры. 2-е изд., перераб. / Отв. ред. Ю.Г. Волков. Ростов н/Д: Наука-пресс, 2005. С. 30.

Конституционное укоренение социальной государственности пока, однако, не сопутствуемо выработкой ее общепризнанного понимания (определения) ни в конституционном законодательстве, ни в юридической доктрине. Выявление существа этой конституционной категории как системообразующей, оказывающей непосредственное воздействие на всю систему конституционно-правовых институтов, остается одной из важнейших актуально значимых задач, имеет большой концептуально-методологический вес.

В поиске подходов к пониманию сути социальной государственности правомерно исходить из того, что ее идея должна консолидировать весь накопленный опыт социальной деятельности, включать в себя, в частности, и обязанности государства по социальной защите, и обязанности гражданина активно и продуктивно трудиться¹. Нужно также учесть выработанные в конституционной теории и практике специфические правовые признаки, индикаторы социального государства (социальная функция частной собственности, социальное партнерство, социальная справедливость, социальная ответственность и др.)².

В рамках научно-теоретического освоения проблематики социальной государственности и разработки соответствующей правовой категории, как представляется, нужно учитывать, по крайней мере, следующие принципиально значимые обстоятельства.

1) Социальное государство по своей сути не является отрицанием правового государства, а дополняет и в известном смысле корректирует его, позволяя обеспечивать реальную всеобщность участников отношений правовой свободы, развивать в обществе начала взаимоуважения и солидарности, гарантировать сохранность и устойчивость основ конституционного строя. Между правовым и социальными началами государственности нет драматического разрыва, ибо социальная государственность реализуется через правовые принципы и для обеспечения достоинства человека, его свободы. В сущности современное социальное государство выступает в качестве социального правового государства — как воплощение исторически нового, более развитого, типа правовой государственности, интегрирующего в себе социальное и правовое начала. Находясь в диалектической связи, эти коллизионные свойства стремятся к единству и равновесию. Их сбалансирование, гармонизация обеспечивается на юридической основе через отыскание в определенных демократических правовых процедурах формально равной меры свободы и справедливости для всех и каждого — общей правовой нормы, соответствующей уровню развития человеческого достоинства и выражающей баланс различных социальных интересов народа-суверена.

2) Социальное государство не является только характеристикой определенной системы целеполагания и организации публичной власти, а выражает собой некое исторически приобретенное правовое качество государственно организованного общества. Поэтому его следует раскрывать через государственно-властные, общественные, а также субъективно-личностные моменты — не только социально-экономические права, но и социальные обязанности и обременения человека, групп, коллективов.

3) Социальное государство не сводится к социальной функции, присущей государству как таковому, поскольку государство всегда так или иначе связано решением общих дел, поддерживает определенный уровень свободы и формирует условия для достижения материального благополучия, по крайней мере, для некоторой части населения. Социальная государственность — качественно более сложный, комплексный феномен, который характеризует определенный тип (качество) государственно организованного общества в его целостности. С одной стороны, в нем находит свое проявление признание высшей меры значимости и всеобщности социальной функции, приобретающей характер господствующей социальной ценности и реализуемой (так или иначе) в отношении всех и каждого членов общества. С другой — социальная природа государства предопределяет социальную предрасположенность всех его функциональных проявлений (внутренних и внешних функций), и шире — всех институтов государственности. Каждый из них становится ориентированным на высокий уровень социальной защищенности и свободного развития творческого, созидательного потенциала человека, приобретает глубоко личностное содержание и измерение.

4) Политика социального государства есть социально детерминированная государственно-политическая деятельность во всей ее объемной, структурной, содержательной и субъектной полноте. Это означает, в частности, что понятие «политика социального государства» более широкое в соотношении с понятиями «социальная» и «экономическая политика» и включает их в свой состав³. В этом

¹ См.: Родионова О. В. Социальная функция современного государства. Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени докт. юрид. наук. М., 2007. С. 8.

² См.: Чиркин В. Е. Конституция и социальное государство: юридические и фактические индикаторы // Журнал российского права. 2008. №12.

³ См.: Любашин В. Я. Эволюция государства как политического института общества. Ростов н/Д: Изд-во Северо-Кавказского научного центра высшей школы, 2004. С. 163–164.

проявляется, между прочим, тесная связь социального и экономического направлений политики социального государства, которые должны не противополагаться, а, напротив, согласовываться между собой: быть взаимодополняющими, взаимообеспечивающими и взаимоподдерживающими.

5) Социальная государственность как некая конституционно-правовая тотальность может и должна рассматриваться наряду с институционно-функциональными аспектами и в конституционно-мировоззренческом плане, она отражает новое содержание (тип) общественно-правового сознания. Анализ генетической основы формирования и развития конституционного правосознания предполагает необходимость осмысления в том числе реальных общественных отношений, предопределяющих материальное содержание конституционных ценностей современного общества¹. Взаимосвязь правосознания с уровнем материальных условий жизни общества подробно исследована в работах И.Ф. Рябко². В свою очередь Н.С. Бондарь в рамках концептуально-теоретического анализа конституционной аксиологии вскрыл механику процесса конституционализации социальных ценностей, показал, что отображаемые в Конституции социальные ценности представляют собой качественные характеристики государственно-правовых явлений высшего порядка, которые посредством конституционного закрепления трансформируются в конституционные идеи-принципы и обретают формально-юридическую нормативность; в результате же их восприятия отдельными индивидами, социальными группами, обществом в целом они становятся элементом их конституционного правосознания, демократической культуры³. Социальная государственность, определяемая идейно-культурными правовыми факторами, оказывает в своем становлении воздействие на изменение в содержательных формах проявления правосознания и обеспечивает формирование социально-ориентированных правовых установок, моделей поведения, выработку чувств коллективностей, общественной солидарности. Будучи одной из системообразующих конституционных ценностей, социальная государственность, безусловно, относится к ядровым характеристикам конституционного правосознания, самым непосредственным образом определяет конституционное мировоззрение личности.

6) Социальность, будучи необходимым атрибутом современного государства, выступает для него наряду с требованиями господства права и верховенства демократии высшей ценностью и принципиальным регулятором деятельности, определяет его целевую ориентацию в качестве нормативного идеала. Речь идет о сложной природе этого феномена, одновременно выступающего как: а) правовая ценность; б) правовой принцип; в) правовой идеал; г) правовая цель. Нормативно-регулятивный и идеальный аспекты социального государства являются взаимодополняющими. Социальность как принцип обязывает государство на постоянной основе в рамках текущего управления осуществлять эффективные меры по сглаживанию социальных противоречий и диспропорций и обеспечению достойного уровня жизни людей, которые в свою очередь вправе при возникновении жизненных затруднений притязать на получение поддержки. Социальность как идеал и государственно-правовая цель определяет стратегическую линию развития государства и ставит перед ним задачи неуклонного повышения уровня материального благополучия населения, правовой безопасности и комфорта социально изменяющимся условиям жизни общества.

7) Относясь к числу основных ценностей современного конституционализма, социальное государство заключает в себе как универсально-всеобщие, так и национально-специфические начала, подлежащие гармонизации. Согласование общего, особенного и единичного в организации социально-экономической сферы — внутреннее дело каждого государства, решаемое им на основе достаточно широкой свободы усмотрения. Эта задача не может быть реализована эффективно при некритичном восприятии той или иной «импортной» модели, сколь бы привлекательной она не была, вследствие чего необходима открытость социального государства к освоению международного опыта должна осуществляться не в формах трансплантации социальных моделей, а через их «национализацию», путем научно-обоснованного творческого освоения и развития. При наполнении понятия «социальное государство» конкретным нормативно-правовым содержанием нельзя игнорировать историческую, социокультурную, геополитическую и другую специфику конкретно-национального бытия.

Таким образом, можно исходить из того, что категория «социальное государство» характеризует определенный исторический этап правового развития и качественное состояние государственно ор-

¹ См.: Баринов Э. Э. Конституционное правосознание в Российской Федерации. Автореф. дисс. ... канд. юр.д. наук. Ростов н/Д, 2001. С. 7.

² См., например: Рябко И.Ф. Правосознание и правовое воспитание масс. Ростов н/Д, 1969.

³ См.: Бондарь Н. С. Конституционные ценности — категория действующего права (в контексте практики Конституционного Суда России) // Журнал конституционного правосудия. 2009. №6.

ганизованного общества, при котором на основе признания взаимных прав и обязанностей личности, общества и государства каждому человеку в конкретном специфически-национальном и социально-историческом контексте с учетом общепризнанных гуманистических принципов обеспечиваются стабильные справедливые и равные условия для свободной самореализации и гарантии достойной жизни, а между образующими данное общество социальными группами поддерживается устойчивое эффективное равновесие интересов и сотрудничество ради общего блага.

МУНИЦИПАЛЬНАЯ ПРЕДСТАВИТЕЛЬНАЯ ДЕМОКРАТИЯ В РОССИИ: К ОБОСНОВАНИЮ КОНСТИТУЦИОННОЙ ДОКТРИНЫ

ДЖАГАРЯН Наталья Владимировна,

к.ю.н., доцент кафедры муниципального права и природоохранного законодательства
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Проблематика местного самоуправления всегда была в центре внимания ростовской научной школы конституционного и муниципального права. «Отцом-основателем» оригинальной, самобытной концепции муниципализма Н.С. Бондарем¹ и под его научным руководством Т.П. Георгиевой, А.Е. Гавришевым, Е.Ф. Берковичем, Т.В. Мокиной, О.А. Фризен, как и автором этого доклада, разрабатываются вопросы демократической сущности муниципальной власти, раскрываются личностные, социально-экономические, пространственно-территориальные и иные аспекты первичных форм (институтов) народовластия.

В рамках научной конференции, посвященной 65-летию юридического факультета ЮФУ, представляется вполне уместным — в контексте достижений нашей научной школы — обратиться к такому важному, но пока слабоизученному срезу местного самоуправления, как муниципальная представительная демократия, и изложить, хотя бы в сжатом, обобщенно-тезисном виде, свои подходы к обоснованию ее конституционной доктрины.

Создание эффективной системы муниципальной представительной демократии, надо признать, одно из важных направлений модернизации российской государственности, призванной повысить уровень и качество народного представительства во власти, обеспечить большую включенность граждан в политическую жизнь.

По своей природе местное самоуправление выступает необходимым проявлением общегосударственного политико-правового режима демократии и в то же время определяет глубину проникновения демократических начал в систему общественного устройства, является фактором целостности, полноты и устойчивости демократического правления. Как это провозглашено во Всеобщей декларации по вопросам демократии, «демократия основана на праве каждого принимать участие в управлении публичными делами; поэтому она требует наличия представительных институтов на всех уровнях» (п. 11)². На местном уровне, где власть наиболее приближена к населению, связана его целями, потребностями и влиянием, формирование представительных институтов служит, прежде всего, естественным (закономерным) порождением фактических отношений самоупорядочения населения, его объективно складывающегося публично-территориального взаимодействия. Понятия и институты представительной системы и местного самоуправления неразрывно связаны между собой.

Россия, как демократическое правовое государство, основано на сквозном принципе распространения институтов представительной демократии и должна стремиться развивать их на всех территориальных уровнях — на местном, в первую очередь. При этом должно учитываться, что, несмотря

¹ См., например: Бондарь Н. С., Чернышев М. А. Муниципальное право и практика его реализации в городском самоуправлении (на примере г. Ростова-на-Дону). Ростов н/Д, 1996; Бондарь Н. С. Права человека и местное самоуправление в Российской Федерации. Саратов, 1997; его же. Гражданин и публичная власть: конституционное обеспечение прав и свобод в местном самоуправлении. М.: Городец-издат, 2004; его же. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М.: Норма, 2009.

² См.: Universal Declaration on Democracy, adopted by the Inter-Parliamentary Council at its 161st session (Cairo, 7–16 September 1997). URL: <http://www.unesco.org/cpp/uk/declarations/democracy.pdf>.

на соотносимости представительной демократии как с государственными, так и с муниципальными формами ее реализации, это не исключает того, что такие формы имеют свои особенности, причем порой весьма существенные. По этой причине научно-обоснованный анализ, как и основанный на нем дальнейший выбор тех или иных моделей правового регулирования в соответствующей области, предполагает использование специальных концептуально-методологических подходов (наряду с общими) — а именно — прежде всего должна учитываться специфика природы государственной власти, с одной стороны, и местного самоуправления, с другой, как различных проявлений народовластия. Недооценка значения их существенных особенностей, уподобление одних институтов другим (муниципальных — государственным), порождает юридически и социально необоснованные решения, отдалает институты самоуправления от человека.

В этой связи необходимо охарактеризовать специфику конституционно-правовой природы местного самоуправления и в соответствии с этим обозначить ряд основных, принципиальных моментов, характерных для муниципальной представительной демократии.

1. Местное самоуправление, являясь решающим социально-правовым фактором возникновения и функционирования муниципальных институтов представительной демократии, воплощает в себе тройственное единство институтов гражданского общества, правового положения личности и публичной власти. Этим обуславливаются специфические характеристики муниципальной власти как особой формы публичной власти народа, ее наибольшая приближенность к населению и, соответственно, особый характер соотношения непосредственных и представительных начал. Местное самоуправление в силу своих сущностных характеристик призвано базироваться, прежде всего, на институтах прямой демократии, широкой активности населения.

Вместе с тем отношения публично-властной самоорганизации, складывающиеся на местном уровне, определяют необходимость создания институциональных форм организационно-властного воздействия, обеспечивающих консолидацию населения и его волеобразование, формирование, структурирование, выражение, реализацию и защиту его интересов, осуществление от имени и под постоянным контролем со стороны местных жителей стратегического планирования и текущего руководства жизнеобеспечением. Выполняющие такие ролевые функции органы местного самоуправления, будучи носителями публично-властных полномочий, являются одновременно формой реализации права граждан на осуществление местного самоуправления через своих представителей. Соответственно, поскольку местное самоуправление как таковое является властью самого местного сообщества, все его органы в принципиальном плане должны рассматриваться как состоящие в общей (формально-функциональной, абстрактно-нормативной) представительной-правовой связи с населением. В своей совокупности они образуют публично-властное представительство местного сообщества. Из этого позитивного требования (императива) следует исходить при урегулировании их целей, задач, функций, полномочий, форм и порядка деятельности, механизмов контроля и ответственности и т.п.

2. Сама по себе характеристика органов муниципальной власти, как имеющих в основе своего правового статуса представительные начала, не может, однако, рассматриваться как тождественная определению их в качестве институтов (органов) представительной демократии. Конституция РФ различает, с одной стороны, осуществление народом своей власти через органы местного самоуправления (ч. 2 ст. 3) как одну из форм народовластия, а с другой стороны — участие граждан в управлении делами местного самоуправления через своих представителей как субъективное конституционное право (ч. 1 ст. 32). Поэтому общая (формально-функциональная, абстрактно-нормативная) представительная-правовая связь органов местного самоуправления с населением предпослана самой Конституцией РФ, существует в виде конституционного принципа, связывающего и законодателя, и правоприменение, она не зависит от конкретного порядка формирования того или иного муниципального органа. Таким образом, все части структуры органов местного самоуправления укладываются в форму опосредованного (через представительство) осуществления народом своей власти.

Возникновение же органа муниципальной представительной демократии связано с совпадением публично-властного (ч. 2 ст. 3 Конституции РФ) и субъективно-правового (ч. 1 ст. 32 Конституции РФ) элементов представительства: оно происходит, когда конкретный орган приобретает выборный статус, и в связи с этим вступает наряду с общей в специальную, организационно-институциональную представительную связь с местным сообществом. При этом следует различать понятия «система муниципальных органов представительной демократии» и «муниципальные органы народного представительства»: первое шире второго и охватывает собой в том числе избираемые единоличные органы муниципальной власти, а не только коллегиальные.

3. Система муниципальной представительной демократии имеет сложноустроенный характер. Она складывается как из публично-властных, так и из общественных органов¹, и, в том числе, здесь следует выделить органы территориального общественного самоуправления.

Муниципально-властные органы представительной демократии осуществляют местное самоуправление, они выражают полновластие местного сообщества и занимают руководящее и организующее место в системе муниципальной представительной демократии. В свою очередь, общественные органы муниципальной представительной демократии вовлечены в процесс влияния на осуществление местного самоуправления, обеспечивая участие в нем представителей общественности. Они способствуют более полному и широкому отображению интересов местного сообщества, как и отдельных категорий, групп, коллективов. Это выполняющие в своей основе обеспечительно-гарантирующие функции органы общественного представительства, в числе которых общественные палаты, советы, комитеты, комиссии и им подобные правовые образования, создаваемые из представителей общественности и обеспечивающие вспомогательные (субсидиарные) каналы формирования и выражения интересов населения. В современных условиях качественное разнообразие и роль подобных структур должны возрастать, в особенности это касается муниципальных образований окружного и районного типа.

4. Под представительностью в сфере муниципально-правовых отношений следует понимать целостную (комплексную) характеристику правового качества организационного субъекта местного самоуправления, которая свидетельствует о том, что по своему правовому статусу и процессуальному режиму деятельности он способен действовать от имени, в интересах и под контролем местного сообщества, формировать и выражать его волю и интересы. Из этого следует, кроме всего прочего, что решающим критерием эффективности осуществления представительной-правовой связи населения с соответствующим органом служат результаты его нормотворческой, правоприменительной практики в соотношении с объективными (закрепленными в нормах права) и/или субъективными (программно-политическими, электоральными) целями деятельности по решению вопросов местного значения.

5. Характеристики и уровень развития системы муниципальной представительной демократии (отдельных подобных институтов) напрямую связаны с существующей системой местного самоуправления, ее пространственными, функционально-компетенционными и иными факторами. Муниципально-правовые отношения представительства должны быть реализованы тем более широко, разнообразно и интенсивно, чем ближе конкретный территориальный уровень муниципальной власти подходит к населению, чем более непосредственно вопросы, решаемые органами местного самоуправления, связаны с повседневными нуждами, потребностями, интересами местных жителей.

Представительные органы местного самоуправления, призванные обеспечивать формирование и выражение воли населения при решении вопросов местного значения и осуществлять основную функцию муниципального правотворчества, отмечается в Постановлении Конституционного Суда РФ от 18 мая 2011 г. №9-П², должны получать свою легитимацию напрямую от населения путем муниципальных выборов, прежде всего, в наиболее приближенных к населению муниципальных образованиях, каковыми являются городские и сельские поселения. В муниципальных образованиях верхнего уровня, созданных по территориальному (районному) принципу, приемлемы с учетом особенностей их природы и иные формы легитимации.

Подобная дифференциация может использоваться и в отношении порядка наделения полномочиями глав различных по типу муниципальных образований. Для поселений наиболее адекватным способом замещения соответствующей должности являются прямые выборы населением. В муниципальных районах и городских округах целесообразно предусмотреть (сохранить) самостоятельность в определении наиболее оптимального варианта организационного устройства — с учетом конкретной специфики и необходимости достижения баланса местных и государственных интересов, соответственно их право вводить выборы глав либо непосредственно населением, либо представительным органом из своего состава. В этом видятся возможности для корректировки действующего муниципального законодательства.

¹ См. об этом подробнее: Джагарян А. А., Джагарян Н. В. Общественные органы представительной демократии и их место в современной системе российского местного самоуправления // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. №3.

² См.: абзац второй пункта 3.2 мотивир. части Постановления Конституционного Суда РФ от 18 мая 2011 г. №9-П по делу о проверке конституционности положений пункта 1 части 4 и части 5 статьи 35 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Н.М. Савостьянова // Собрание законодательства РФ. 2011. №22. Ст. 3239.

Проектируемое же правовое регулирование, предполагающее установление безальтернативной модели муниципальных выборов глав во всех без исключения муниципальных образованиях¹, как видится, не учитывает различия подходов к решению этого вопроса, уже сложившееся на практике²; избыточно ограничивает самостоятельность населения в определении организационного механизма муниципальной власти; стесняет действие принципа многообразия организационных форм муниципальной демократии.

6. Применительно к современному состоянию нашей системы муниципальной представительной демократии крайне важно обеспечить, с одной стороны, ее высокую стабильность и устойчивость, а с другой — достаточную гибкость, адаптивность к изменяющимся условиям среды. Это предполагает проявление разумной сдержанности, здравого консерватизма в муниципальном законодательстве, которое должно развиваться последовательно и поступательно, по мере накопления социально-практического опыта, без революционных потрясений, причем любые законодательные новеллы должны быть всесторонне научно и социально обоснованными. Но вместе с тем это ни в коей мере не исключает точечной нормативно-правовой настройки, «рихтовки» этой системы в целях повышения ее эффективности.

В современных условиях активизации гражданского общества и существующей необходимости качественно усилить взаимосвязи муниципальных органов с населением следует поставить вопрос о приближении представительной системы местного самоуправления к местным жителям и о создании более широких возможностей для граждан влиять на положение дел в пределах места жительства через своих представителей. Предлагается, во-первых, предусмотреть возможность создания внутригородских муниципальных образований с самостоятельными представительными органами на всех урбанизированных территориях окружного типа, по крайней мере, в крупнейших по численности населения. Во-вторых, урегулировать на уровне федерального закона вопрос создания в населенных пунктах, не являющихся муниципальными образованияами, института избираемых населением старост, обеспечивающих представительство интересов жителей во взаимоотношениях с органами муниципальной и государственной власти³. Подобная

¹ См.: проект №133727–6 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с расширением перечня выборов муниципальных должностей» (внесен Правительством РФ 31 августа 2012 г.) // Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: <http://www.asozd2.duma.gov.ru>.

² По данным на 1 июля 2012 г. в 12200 сельских поселениях (65% от их общего количества) реализована модель совмещения главой муниципального образования должностей главы местной администрации и председателя представительного органа, при этом в 48% случаев глава избирается на муниципальных выборах, а в 52% — представительным органом из своего состава. Среди муниципальных образований, использующих иной вариант организации управления, в 4294 из них глава избирается представительным органом, а в 6161 — на муниципальных выборах и в подавляющем большинстве (95%) случаев он вступает как глава местной администрации. См.: Итоги ежегодного мониторинга развития местного самоуправления в Российской Федерации за 2011 г., проводимого Министерством регионального развития РФ. URL: http://minregion.ru/upload/documents/2012/08/270812/270812_itogi_1.pdf.

³ Попытки воссоздания этого института в той или иной форме предпринимаются в отдельных регионах. Так, законодательством Алтайского края предусмотрено введение института старост и определение его правового статуса представительными органами поселений (Закон Алтайского края от 7 июня 2012 г. №45-ЗС «О старосте сельского населенного пункта Алтайского края» // Алтайская правда. 2012. 16 июня). В Ульяновской области сельские старосты, назначаемые Губернатором на основании предложений жителей сельских населенных пунктов, осуществляют содействие Губернатору в реализации его полномочий в сфере организации местного самоуправления (Закон Ульяновской области от 6 октября 2011 г. №168-ЗО, в ред. от 28 июня 2012 г. «О сельских старостах» // Ульяновская правда. 2011. 12 октября). В Ленинградской области необходимость введения избираемых населением старост на части территории муниципального образования, в небольших по численности, удаленных от административного центра поселения населенных пунктах связывают с целями осуществления оперативного управления на данной территории и представительства интересов жителей (проект областного закона «О содействии развитию на части территорий муниципальных образований Ленинградской области иных форм местного самоуправления, осуществляемых населением непосредственно», внесен 15 мая 2012 г. URL: http://www.lenoblzaks.ru/content/data/store/images/f_3480_24371_1.pdf).

практика может получить свое внедрение на основе проведения муниципально-правового эксперимента.

7. В условиях местного самоуправления, в особенности в муниципальных образованиях низового уровня, крайне важным является обеспечение максимально тесных (прямых) взаимоотношений населения с органами местного самоуправления. В принципиальном плане из этого исходит и Конституционный Суд РФ (например, Определение от 7 февраля 2012 г. №252-О-О¹). Соответственно, представительные связи между муниципальными органами власти и населением должны иметь, по возможности, наиболее непосредственный характер, не осложненный наличием в них иного, например, партийно-представительного элемента.

Между тем, анализ показывает усиление тенденции к партизации муниципального уровня избирательной системы, что выражается в стремлении федерального законодателя придать политическим партиям статус главенствующих участников выборов. Хотя такое регулирование призвано обеспечить развитие национальной партийной системы, политическую консолидацию общества, повышение уровня профессионализма и ответственности в публичном управлении, нельзя не видеть издержки подобного подхода. Это проявляется, прежде всего, в совершенно неуместной, реализуемой через партийную вертикаль, централизации местного самоуправления, и одновременно с этим происходит его политизация, когда решение конкретно-практических вопросов местной жизни ставится в зависимость от партийных интересов. Вместе с тем, надо отметить, что процессу партизации муниципальных выборов неизбежно сопутствует другой, во многом обратный ему, процесс «муниципализации» партий, которые отвлекаются от стратегических вопросов государственного развития. С учетом специфики природы местного самоуправления и складывающихся в этой сфере отношений представительной демократии муниципальная электорально-правовая политика требует пересмотра. В городских и сельских поселениях должна применяться только мажоритарная избирательная система, а в городских округах и муниципальных районах использование смешанной (или пропорциональной) избирательной системы должно быть строго обусловлено наличием права выдвижения списков кандидатов напрямую общественными объединениями, действующими на данной территории наряду с политическими партиями. Это согласуется с идеологией Постановления Конституционного Суда РФ от 7 июля 2011 г. №15-П (так называемый «хомутинский прецедент»)².

8. Общественные отношения в сфере муниципальной представительной демократии принципиально едины, но они проявляются в широком разнообразии институтов и форм, и поэтому составляют многоуровневый предмет правового регулирования, подлежат совместной регламентации всеми уровнями публичной власти. В условиях начатого процесса децентрализации проблема обеспечения принципа федерализма в правовом регулировании местного самоуправления, включая представительную систему, приобретает особую остроту³. Нужно, в частности, решить вопрос о возможностях субъектов Российской Федерации уточнять и развивать отдельные федеральные принципы, касающиеся институционального устройства муниципальной власти, чтобы они могли оказывать определенное воздействие на систему организации местного самоуправления для ее оптимального согласования с особенностями тех или иных регионов.

¹ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 7 февраля 2012 г. №252-О-О по жалобе гражданки Семеневой Ларисы Александровны на нарушение ее конституционных прав положениями пункта 6 статьи 37 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» // Архив КС РФ. 2012.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 7 июля 2011 г. №15-П по делу о проверке конституционности положений части 3 статьи 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и частей 2 и 3 статьи 9 Закона Челябинской области «О муниципальных выборах в Челябинской области» в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и граждан И.И. Болтушенко и Ю.А. Гурмана // Собрание законодательства РФ. 2011. №29. Ст. 4557.

³ См. об этом подробнее: Джагарян А. А., Джагарян Н. В. Разграничение регулятивных полномочий между уровнями власти в сфере организации местного самоуправления (на основе практики Конституционного Суда Российской Федерации) // Журнал конституционного правосудия. 2012. №2.

ЗНАЧЕНИЕ ИНСТИТУТА МУНИЦИПАЛЬНЫХ УСЛУГ В НОРМАТИВНО-ПРАВОВОМ МЕХАНИЗМЕ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ГРАЖДАН ПО МЕСТУ ЖИТЕЛЬСТВА

ДМИТРИЕВА Елена Алексеевна,
преподаватель кафедры муниципального права
и природоохранного законодательства
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Объявив себя социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, Российская Федерация взяла на себя обязательство осуществлять необходимые меры по обеспечению предоставления государственных и муниципальных услуг (ст. 7 Конституции РФ).

Несмотря на включение практически всей социально-экономической сферы в предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, нельзя недооценивать роль местного самоуправления, имеющего своим предназначением решение социально значимых вопросов, связанных с обеспечением жизнедеятельности местного населения¹.

Институциональная интеграция местного самоуправления в систему социальной государственности проявляется, в частности, через указание на отдельные сферы социальных отношений, за состояние которых органы местного самоуправления являются ответственными наряду с органами государственной власти, а также путем определения конкретных институтов (учреждений) предоставления муниципальных услуг населению².

Муниципальные услуги предоставляются в месте проживания человека или вблизи от него. В условиях административной и муниципальной реформы имеет место расширение муниципальных услуг по объему и содержанию, увеличение их многообразия и массового характера, а также социально-правовой ценности, что предполагает необходимость создания эффективной основы правового регулирования муниципальных услуг. При этом объективное усложнение реального содержания данного явления закономерно предполагает и соответствующее усложнение и развитие правовых форм его закрепления и регламентации. Это подтверждается активно развивающимся на всех уровнях власти нормативно-правовым регулированием отношений по предоставлению муниципальных услуг.

Развитие правовой основы предоставления муниципальных услуг началось с принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. №210-ФЗ (в ред. от 28 июля 2012 г.) «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»³ (далее — Закон №210-ФЗ), который стал первым нормативным актом, осуществившим комплексное правовое регулирование муниципальных услуг. В последующем данная сфера получила развитие в актах регионального⁴ и муниципального норма-

¹ См.: Бондарь Н. С. Местное самоуправление и конституционное правосудие: конституционализация муниципальной демократии в России. М.: Норма, 2009. С. 396.

² См.: Джагарян А. А. Российское местное самоуправление в системе социальной государственности: постановка проблемы // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. 2011. №1. С. 7–16.

³ См.: СЗ РФ. 2010. №31. Ст. 4179.

⁴ См., например: областной закон Ростовской области №644-ЗС от 08.08.2011 «О государственной поддержке создания и деятельности в Ростовской области многофункциональных центров предоставления государственных и муниципальных услуг» // Наше время. 10 августа 2011 г. №304-308; Областной закон Ростовской области №549-ЗС от 28.12.2010 «О полномочиях органов государственной власти Ростовской области по организации предоставления государственных (муниципальных) услуг» // Наше время. 29 декабря 2010 г. №484 и др.

творчества¹. В соответствии со ст. 2 Закона №210-ФЗ, муниципальная услуга — это деятельность по реализации функций органа местного самоуправления, которая осуществляется по запросу заявителей в пределах полномочий органа, предоставляющего муниципальные услуги, по решению вопросов местного значения, установленных в соответствии с Федеральным законом от 6 октября 2003 года №131-ФЗ (в ред. от 16 октября 2012 г.) «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»² (далее — Федеральным законом о местном самоуправлении 2003 г.) и уставами муниципальных образований.

Несмотря на обширную правовую базу, в российской науке отсутствует единая точка зрения на понимание сущности муниципальных услуг. Однако представление муниципальной услуги как совокупности процесса и результата целевой деятельности органов местного самоуправления и хозяйствующих субъектов на территории муниципального образования по удовлетворению конкретной социальной потребности жителей муниципального образования, а также сопутствующие товары, работы, услуги³, позволяет обозначить характерные особенности муниципальной услуги в механизме реализации прав граждан по месту жительства, а именно:

- необходимость бесперебойного оказания услуг;
- необходимость рассредоточения оказания услуг по территории муниципального образования с целью максимального приближения к месту проживания человека (для крупных городов это весьма сложная задача);
- увеличение числа потребителей услуг не влечет за собой уменьшения их полезности для каждого, а удовлетворение потребности в одной услуге не снижает потребности в другой (свойство «отсутствия соперничества»);
- практическая невозможность ограничения доступа неограниченного круга потребителей к некоторым муниципальным услугам;
- местный монополизм исполнителей некоторых муниципальных услуг. Такие услуги должны быть предметом особой заботы органов местного самоуправления⁴.

Многие права граждан Российской Федерации в сфере здравоохранения, образования, социальной защиты, жилищно-коммунального обслуживания, закрепленные в Конституции РФ, реализуются через предоставление населению муниципальных услуг. Перечни услуг, предоставляемых в тех или иных муниципальных образованиях, обусловлены местными условиями, типом муниципального образования, количеством проживающего населения, его социальной структурой. Тем не менее, ряд услуг носит обязательный характер для всех типов муниципальных образований, и основную номенклатуру этих услуг раскрывает перечень вопросов местного значения муниципального образования, определенный Федеральным законом о местном самоуправлении 2003 г.

Укрупненный перечень муниципальных услуг, оказание которых обязана обеспечить местная власть, перечислен в Федеральном законе о местном самоуправлении 2003 г. в качестве

¹ См., например: Решение Ростовской-на-Дону городской Думы от 23 августа 2011 г. №163 «Об утверждении перечня услуг, которые являются необходимыми и обязательными для предоставления муниципальных услуг Администрацией города Ростова-на-Дону» // Ростов-официальный. 31 августа 2011 г. №36(875); Постановление Мэра г. Ростова-на-Дону от 21 августа 2009 г. №615 «Об утверждении долгосрочной городской целевой программы «Развитие системы предоставления государственных и муниципальных услуг в городе Ростове-на-Дону на базе многофункциональных центров предоставления услуг, Интернет-портала услуг и единого центра телефонных обращений в 2009–2013 годах» // Ростов-официальный. 23 июня 2010 г. №26(813); Распоряжение Администрации г. Ростова-на-Дону от 18 ноября 2011 г. №724 «О мероприятиях города Ростова-на-Дону по переходу на межведомственное и межуровневое взаимодействие при предоставлении государственных и муниципальных услуг» // Ростов-официальный. 30 ноября 2011 г. №49(888) и др.

² См.: СЗ РФ. 2003. №40. Ст. 3822.

³ См.: Кирсанов С. А., Ошурков А. Т., Сергиенко А. М. Муниципальные услуги: некоторые аспекты правового регулирования и способы предоставления // Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт): сборник / Под общ. ред. Е. В. Гриценко, Н. А. Шевелевой. М.: Волтерс Клувер. 2007.

⁴ См.: Система муниципального управления / Под ред. В. Б. Зотова. СПб: Питер, 2007. С. 43.

вопросов местного значения. Перечень, объемы и качество муниципальных услуг, предоставляемых населению на территории конкретного муниципального образования, могут изменяться в широких пределах в зависимости от природно-климатических условий, финансовых возможностей и других факторов.

С учетом этих факторов органы местного самоуправления в соответствии с требованиями части 2 статьи 53 Федерального закона о местном самоуправлении 2003 г. должны самостоятельно устанавливать по вопросам местного значения муниципальные минимальные социальные стандарты, определяющие объемы, качество и периодичность предоставления отдельных муниципальных услуг, а также нормативы расходов местных бюджетов на эти цели¹.

Несомненное значение в повышении качества предоставляемых населению муниципальных услуг органами местного самоуправления и их должностными лицами имеет внедрение в практику института административных регламентов. Для достижения указанной цели в Законе №210-ФЗ предусмотрено установление единых требований к исполнению функций органов местного самоуправления, реализовывать которые указанные органы будут только на основе и в строгом соответствии с административными регламентами².

Введение административных регламентов обеспечивает установление персональной ответственности лиц, принимающих решения, устранение анонимности процессов оказания услуг. Административные регламенты призваны ограничить поле административного усмотрения должностного лица, принимающего решение, и исполнителей путем «прописывания» разрешенных вариантов решения типовых вопросов, а также процедур согласования и апелляции.

Крайне важно, что административные регламенты задают «шкалу» качества предоставления услуг, а также создают постоянно действующий механизм совершенствования исполнения органами публичной власти процессов предоставления услуг³.

Неотъемлемой частью административного регламента муниципальной услуги является стандарт. Стандарты — это единые нормативно закрепленные требования к муниципальной услуге и процессу ее предоставления, определяющие критерии качества и доступности муниципальных услуг. Установление стандартов позволит, с одной стороны, определить, насколько быстро, доступно, качественно и без избыточных обременений оказана муниципальная услуга, а с другой стороны, — создаст для граждан возможность обжаловать избыточные административные требования и обременения при оказании муниципальной услуги, а также некачественное оказание муниципальной услуги⁴. Для обеспечения работающего механизма мониторинга и оценки качества и доступности услуг первоочередным шагом является обеспечение единства стандартов на всей территории государства.

Стандарт предоставления муниципальной услуги должен обеспечивать:

- минимизацию расходов времени и иных ресурсов получателя услуг;
- минимизацию действий, количества документов требуемых от получателя;
- закреплять измеряемые требования к качеству и доступности муниципальной услуги;
- учитывать мнение и интересы получателей.

Таким образом, роль муниципальных услуг заключается в удовлетворении потребностей части общества, проживающего на территории определенного муниципального образования, прежде всего, в социальной сфере — образовании, культуре, здравоохранении, социальной помощи, физической культуре, спорте, отдыхе и т.д.

¹ См.: Бабун Р. В. Муниципальные услуги в системе муниципального управления // Местное право. 2010. №6. С. 6.

² См.: Маланина Е. Н. Понятие и значение административных регламентов // Вестник Челябинского государственного университета. 2011. №4(219). Право. Вып. 27. С. 51.

³ См.: Вопросы оптимизации предоставления муниципальных услуг с использованием информационно-коммуникационных технологий: Учебные материалы. М.: Министерство экономического развития РФ. Академия народного хозяйства при Правительстве РФ. 2010. С. 68.

⁴ См.: Публичные услуги и право: Науч.-практ. пособие / Под ред. Ю. А. Тихомирова. М., 2007. С. 15.

СОВРЕМЕННЫЕ ТЕХНОЛОГИИ УПРАВЛЕНИЯ КАК ПЛАТФОРМА ДЛЯ ВЗАИМОПРОНИКНОВЕНИЯ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ И ЮРИДИЧЕСКОЙ МЫСЛЕЙ

ДОНЧЕВСКИЙ Григорий Никифорович,

д.э.н., профессор, заведующий кафедрой управления,
директор Центра технологизации региональной и муниципальной деятельности
Института экономики и внешнеэкономических связей ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

«Держите своих юристов на расстоянии. Если они начнут вмешиваться, контракт будет составлен идеально, но на практике могут возникнуть проблемы»... Я начал эту мою статью с шестого из «восьми золотых правил» Тони Мерфи (Dr. Tone Murphy), президента TOC Group, автора широко известной концепции Business Value of IT (BV IT). Вряд ли, формулируя это жесткое правило, Мерфи руководствовался какой-то личной неприязнью к юридическому сообществу. Им двигали те очень важные перемены, которые возникли в современном бизнесе и по причине которых юристы из традиционных (многовековых!) регуляторов деловых рисков вдруг превратились в особый и самостоятельный источник угроз для успешного ведения дел.

Дам собственную интерпретацию этих случившихся перемен. Их, по большому счету, две: первая — явно выраженная «эмерджентность», неопределенность, непредсказуемость, внезапность возникновения новых свойств, ставшая фронтальным качеством деловой (да и не только деловой) среды. Вторая перемена — в генерализации того, что я называю свойством поссибилитарности: в нарастании роли и значения того типа отношений, которые строятся не на принципе «мое — чужое» или «наше — не наше», а на принципе «мое — для тебя (для вас), твое (ваше) — для меня»¹.

Эмерджентность, став фронтальной, в плоскости юридической ведет к торжеству лозунга: «договор — ничто, переговоры — все». Она требует изначальной «заточенности» на то, что сам ход исполнения договора обязательно и пренеменно должен повлечь возникновение целой грозды непредвиденных обстоятельств, более того — на острую желательность этих непредвиденностей, на их безусловную продуктивность для всех и каждой без исключения из сторон договора. Юрист должен перестать быть тем зорким псом, который только и ждет нарушения договора противной стороной, чтобы, ухватив ее за штанину, потащить в суд и потребовать возмещения ущерба (за что получить бонус от своего хозяина). Заметив отклонение, юрист должен суметь осознать порожденные этим новые шансы (ведь не даром в почвоведении эмерджентным свойством почвы является плодородие!) и, бросившись навстречу другой стороне, обновить договор, установив в нем новые формы, способы и пропорции распределения выигрыша (и за это получить бонус от своего клиента). Однако для того, чтобы обнаружить не только отклонение от выполнения договора, но еще и осознать порожденные отклонением *шансы*, юрист должен быть чуть (а, возможно, и не чуть!) больше только юриста.

Само собой разумеется, что желанность и неизбежность неожиданных нарушений договора должна повлечь за собой коренное преобразование самой конструкции этого правового института. И, скорее всего, эта конструкция (в своей тенденции) должна будет устремляться от «заточенности» на урегулирование материально-вещественных обстоятельств к урегулированию информационно-аналитических, организационных и процессуальных компонентов предстоящих переговоров. Более того, переход к принципу «договор — ничто, переговоры — все» движет все дело к смене повседневного и повсеместного главенства норм, вырабатываемых государством,

¹ Само понятие поссибилитарности гораздо шире и глубже только что названного принципа (об этом любознательный читатель может прочесть в монографии: Дончевский Г. Н. Поссibilитика, или искусство овладения невозможным (очерки технологии эры индиги). М.: Вузовская книга, 2011). Выделенным только что принципом я ограничиваюсь лишь потому, что не желаю уходить в даль от главного предназначения данной статьи, выраженного в ее наименовании.

верховенством правил и образцов, вырабатываемым как деловым сообществом в целом, так и его многочисленными действующими лицами. И происходит указанный сдвиг в силу самого того факта, что при обнаружении отклонений от условий заключенного договора гораздо выгоднее становится бежать не к принудительно-взыскательной силе государства, а к заинтересованно-предуготовленной воле стороны договора (ведь только сообща со стороны по договору единственно и удастся схватить за хвост птицу счастья, которая вдруг замелькала сквозь кроны отклонившихся условий).

Теперь о генерализовавшейся POSSIBILITY-итарности. В юридической плоскости эта генерализация означает замену юридического обслуживания процесса присвоения-отчуждения юридическим сервисом процессов *отсвоения*. Ибо в условиях главенства POSSIBILITY-итарных отношений важнейшее и наиболее продуктивное значение имеет не просто то, что является моим, а именно то, что, **оставаясь моим**, приобретает еще и ценность того, что существует **для** заранее неопределенного круга других (их я предпочитаю именовать благоприобретателями).

Доведенная до филигранности техника присвоения-отчуждения в качестве своего высшего результата позволила создавать глобальные титаники, которые затем, начиная тонуть под действием собственной же тяжести, увлекают за собой тьмы и тьмы судеб и жизней. Нынешний финансово-экономический кризис — это гибель уже не одного, а целой эскадры глобальных титаников. Кризис, разгорающийся в расчете на то, если один титаник ничему нас так не научил, то, быть может, гибель эскадры вразумит?

Сегодня истинными образцами для подражания являются не сделки, основанные на присвоении-отчуждении. В 1992 г. Линус Торвальдс (Финляндия) написал Linux — ядро новой операционной системы GNU/Linux и выложил коды в открытую сеть для доработки совместно с международным сообществом хакеров и программистов, основав тем самым технологию Open Source. Сложная сеть из сотен тысяч добровольцев-программистов превратилась в самый крупный коллективный проект за всю историю человечества. В основе этого проекта лежит крайне простая идея (так называемый «принцип открытых исходников»): информация — в данном случае исходный код, или базовые команды операционной системы — должна свободно и бесплатно предоставляться всем желающим ее усовершенствовать. И полученные усовершенствования тоже должны быть доступны всем свободно¹. Легко понять, насколько *чужд* этот подход юридически охраняемым техникам присвоения-отчуждения.

Ныне этот чуть ли не первый образец нового типа деятельности дополнен такими образцами, как Crowdfunding, Crowdsourcing, Coach surfing... — образцами, смысловым центром которых является не борьба за присвоение-отчуждение (распределение-перераспределение) отчетливо ограниченных ресурсов, а устремленность к порождению и усвоению безграничных по своей сути возможностей.

Если же посмотреть на существо дела более широко, то окажется, что процесс отсвоения сопровождается любое инициативное действие. Что без этого процесса невозможно и то, что сегодня мы называем креативной деятельностью.

Однако, несмотря на свое достаточно наглядное и широкое распространение, а также глубокую укорененность в «структурах повседневности» (Ф. Бродель), отсвоение до сих пор остается не только безо всяких юридических памперсов, но даже без каких-либо плохеньких юридических пеленок.

Завершаю. Из сказанного выше должно быть понятно, что новейшая деловая действительность с ее двумя важнейшими свойствами — эмерджентности и POSSIBILITY-итарности — требует и новейших управленческих инструментов, создание которых возможно только объединенными усилиями тех, кто сегодня именуется экономистами, и тех, кто величается юристами. Представляясь адвокатом этой новейшей действительности, я мог бы не меньше упреков в ее игнорировании бросить и своим коллегам-экономистам. Но особенность читательской аудитории данного сборника заставляют меня ограничиться сетованиями только в адрес юристов.

Вполне возможно и скорее всего, что для решения сформулированной в данной статье задаче и экономистам, и юристам придется пройти через жесткий кризис сложившегося типа профессионального мышления. По крайней мере, через развенчание современной «царицы цариц» этого мышления — логики в пользу топического строя мышления. Ну что ж, кризис (действительности) кризисом (мышления) вышибают!

¹ См.: Торвальдс Л., Даймонд Д. Ради удовольствия. М., "ЭКСМО-Пресс", 2002. С. 5.

РАЗВИТИЕ РОССИЙСКОГО БЮДЖЕТНОГО ФЕДЕРАЛИЗМА НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ: ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА

КОЛЕСНИКОВ Юрий Алексеевич,

д.ю.н., доцент кафедры государственного (конституционного) права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Для решения стратегической задачи нормального функционирования бюджетной системы РФ Правительством Российской Федерации с начала 2000-х годов были последовательно утверждены и реализованы среднесрочные программы бюджетных реформ (Программа развития органов федерального казначейства на 2000–2004 годы, Программа развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года, Концепция реформирования бюджетного процесса в Российской Федерации в 2004–2006 годах, Концепция повышения эффективности межбюджетных отношений и качества управления государственными и муниципальными финансами в Российской Федерации в 2006–2008 годах, а также мероприятия по обеспечению реструктуризации бюджетного сектора на 2003–2004 годы).

В 2000 году вступил в силу Бюджетный кодекс Российской Федерации, который определил основные подходы к организации бюджетного процесса для всех уровней бюджетной системы Российской Федерации. В нем постепенно находили отражение различные инструменты, обеспечивающие реализацию программ бюджетных реформ.

Сложившаяся в России в начале тысячелетия система межбюджетных отношений не отвечала основополагающим принципам бюджетного федерализма и не соответствовала стратегии развития страны. Сохранялась крайне высокая централизация налогово-бюджетных полномочий на уровне федеральной власти. Региональные и местные бюджеты имели избыточные финансовые обязательства, возложенные на них федеральным законодательством, но не обеспеченные источниками финансирования. Такие обязательства называются «нефинансируемыми федеральными мандатами». Основная часть расходов региональных и местных бюджетов была регламентирована централизованно установленными нормами. От 30 до 70% налоговых доходов территориальных бюджетов формировалось за счет отчислений от федеральных налогов. Значительная часть финансовой помощи регионам распределялась без четких критериев. Была недостаточно разработана методология выравнивания уровней бюджетной обеспеченности конкретных регионов.

В качестве цели бюджетных реформ было верно обозначено формирование системы бюджетного устройства, которая должна обеспечивать:

- создание для региональных и местных органов власти стимулов к эффективному сбору налоговых платежей;
- бюджетную ответственность — управление финансами в интересах граждан;
- выравнивание доступа граждан, вне зависимости от места их проживания, к основным социальным гарантиям;
- обеспечение единства налогово-бюджетной системы.

Основные подходы к проведению бюджетных реформ на период 2000–2012 гг. были изложены в одобренной Правительством РФ (постановлением от 15 августа 2001 г. №584) Программе развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 г. Программа не предполагала существенных сдвигов в сложившихся к настоящему времени межбюджетных пропорциях. В результате реализации Программы доля консолидированных бюджетов субъектов Российской Федерации в бюджетных доходах (до распределения финансовой помощи) составляет 40–43%, в бюджетных расходах (включая финансирование федеральных мандатов) — 50–53%, объем финансовой помощи из федерального бюджета — 2,2–2,5% ВВП, или 15–18% доходов территориальных бюджетов. В дальнейшем децентрализация бюджетных ресурсов может и должна постепенно усиливаться, однако этот процесс не должен опережать институциональную децентрализацию налогово-бюджетных полномочий. Программа предусматривала мероприятия по пяти направлениям.

Первое направление — упорядочение бюджетного устройства субъектов Российской Федерации. В законодательстве в явном виде отражена реальность существования двух типов (уровней) муниципальных образований — территориальных (непосредственно входящих в состав субъекта Федерации)

и поселенческих (входящих в состав иных муниципальных образований), а также уточнен перечень вопросов, отнесенных к ведению органов местного самоуправления.

Второе, наиболее важное направление реформы — разграничение расходных полномочий, то есть прав и обязанностей органов власти разных уровней по нормативно-правовому регулированию, обеспечению финансовыми средствами и собственно финансированию (организации предоставления) бюджетных услуг. Установлен прямой запрет на вмешательство вышестоящих органов власти в реализацию полномочий нижестоящих органов, включая установление каких-либо нормативов или требований к объему или структуре соответствующих расходов, а также на принятие отсылочных норм об «учете» такого рода расходов при формировании межбюджетных отношений и/или бюджетном выравнивании. Такой подход позволил заменить многочисленные сетевые, натуральные и финансовые нормы (включая единую тарифную сетку по заработной плате) ориентированными на конечные результаты индикаторами доступности и качества предоставляемых бюджетных услуг и увязанными с ними подушевыми (в расчете на одного потребителя) нормативами, поддерживаемыми софинансированием из вышестоящих бюджетов. В такой ситуации образуется «финансируемый мандат», средства на выполнение которого в полном объеме должны передаваться нижестоящим бюджетам в форме целевых субвенций. При недостатке средств для обеспечения «финансируемых мандатов» действие правовых актов, принятых федеральными или региональными органами власти, необходимо приостанавливать согласно приложению к ежегодному закону соответственно о федеральном бюджете или о бюджете субъекта Российской Федерации.

Третье направление реформы — разграничение на долгосрочной основе налоговых полномочий и доходных источников. Конечным результатом реформы должна стать реализация принципа «один налог — один бюджет», при котором поступления по федеральным налогам полностью будут направляться в федеральный бюджет, по региональным — только в региональные бюджеты, по местным налогам — в местные бюджеты. Однако, в настоящее время обеспечить вертикальную сбалансированность бюджетной системы без расщепления поступлений хотя бы по ряду федеральных и региональных налогов между бюджетами разных уровней не удалось. В этой связи по-прежнему актуальной остается задача поэтапного преобразования «регулирующих» доходов с ежегодно устанавливаемыми нормативами в «закрепленные» на долгосрочной основе (Налоговым и Бюджетным кодексами) доходные источники соответствующих бюджетов. Кроме того, необходимо обеспечить субнациональным органам власти оптимальный на данном этапе уровень налоговой автономии. Региональные и местные органы власти должны иметь возможность устанавливать ставку как минимум по одному крупному налогу. Для субъектов Российской Федерации таким налогом может быть налог на прибыль (в перспективе представляется целесообразным в явном виде выделить региональный налог на прибыль, вводимый в виде «надбавки» к федеральному налогу при ограничении общей максимальной ставки); для муниципальных образований — местный налог на недвижимость (либо до его введения — местные «надбавки» к ставке регионального налога на имущество предприятий).

Четвертым направлением реализации Программы было создание объективного и «прозрачного» механизма предоставления финансовой помощи бюджетам других уровней. Основным (как по объему, так и по методологии) каналом предоставления финансовой помощи из федерального бюджета остается Фонд финансовой поддержки субъектов Российской Федерации — регионов. При этом общий объем ФФПР может быть сокращен с передачей высвобождаемых средств в Фонд софинансирования социальных расходов, через который должны предоставляться (на долевой основе) целевые субсидии, обусловленные соблюдением в субъектах Федерации определенных параметров финансирования расходов, связанных с реализацией функций по предметам совместного ведения. Таким образом, в рамках текущего бюджетного выравнивания создана система из трех фондов, соответствующих как трем основным формам финансовой помощи (дотации, субсидии и субвенции), так и целям предоставления финансовой помощи (общее выравнивание бюджетной обеспеченности, долевая обусловленная поддержка соблюдения общенациональных стандартов и приоритетов, финансирование «федеральных мандатов»). Дополнительными элементами механизма финансовой помощи субъектам Федерации стали Фонд регионального развития (софинансирование инвестиционных программ и проектов) и Фонд реформирования региональных финансов (поддержка на конкурсной основе бюджетных реформ в регионах. В перспективе субъекты Российской Федерации должны иметь возможность самостоятельно рассчитывать основной объем полагающейся им финансовой помощи из федерального бюджета, как на очередной бюджетный год, так и на среднесрочную перспективу (за исключением средств, распределяемых на конкурсной основе).

Оказание финансовой помощи бюджетам других уровней должно быть социально и экономически обоснованным. Конечная цель такой помощи — выравнивание бюджетной обеспеченности регионов. Необходимо, чтобы она соответствовала следующим критериям:

- разделение финансовой помощи на текущую и инвестиционную, а также выравнивающую и стимулирующую;
- выделение в составе текущей помощи дотаций, субвенций и субсидий как основных форм финансовой поддержки;
- распределение финансовой помощи по единой методике на основе объективных критериев бюджетной обеспеченности регионов;
- утверждение методики распределения финансовой помощи федеральными законами;
- максимально возможная стабильность объемов распределения финансовой помощи, позволяющая субъектам Федерации самостоятельно прогнозировать размеры финансовой поддержки на среднесрочную перспективу;
- установление на федеральном уровне общих принципов выравнивания бюджетной обеспеченности муниципальных образований.

Пятое направление — регулирование управления региональными и местными финансами. Федеральное законодательство должно четко устанавливать единые минимальные требования к субнациональным бюджетам и бюджетному процессу (базовая бюджетная классификация, бухгалтерская отчетность, учет и отчетность, процедуры исполнения, в том числе казначейские технологии), а также в ряде случаев — к бюджетной политике субнациональных властей. В дополнение к минимальным федеральным требованиям Правительство РФ разработало более высокие стандарты качества управления региональными финансами и бюджетной политики (Кодекс лучшей практики) и поддерживает их использование субнациональными властями. Одновременно существенно повышена ответственность региональных и местных властей за неэффективное управление территориальными бюджетами. В будущем при невыполнении финансовых обязательств перед населением, бюджетополучателями и кредиторами, а также содержащихся в федеральном законодательстве минимальных требований к управлению бюджетами в отношении региональных (местных) бюджетов в установленных случаях целесообразно вводить режим внешнего финансового управления. Субъекты Федерации, в значительной степени зависящие от финансовой помощи из федерального бюджета, должны иметь особый статус высокодотационных регионов, предусматривающий более жесткий контроль за формированием и исполнением территориальных бюджетов, а субъекты Федерации, испытывающие временные финансовые трудности, — располагать возможностью воспользоваться (по своей инициативе) статусом «региона, находящегося в финансовом кризисе», для реализации (в том числе при поддержке федерального бюджета) программ санации региональных финансов.

Таким образом, в результате реализации Программы развития бюджетного федерализма в Российской Федерации на период до 2005 года была в определенной степени воплощена в жизнь концепция перехода от «разделения денег» к принципиально иной системе — «разделению полномочий». Был заложен фундамент для дальнейшего построения эффективной системы бюджетного федерализма, обеспечивающей устойчивый экономический рост, которая должна отвечать пяти требованиям:

- четкое разграничение полномочий между уровнями государственной власти;
- региональные власти должны обладать в пределах своих территорий и полномочий достаточной степенью автономии в проведении финансово-экономической политики;
- наличие у федерального центра эффективных полномочий по обеспечению единства экономического и правового пространства;
- наличие жестких бюджетных ограничений для региональных и местных властей;
- стабильность всех вышеперечисленных условий.

В настоящее время в административно-территориальном устройстве Российской Федерации наблюдается тенденция к укрупнению субъектов Федерации. Одной из основных целей укрупнения является обеспечение финансовой самостоятельности регионов, построение более эффективной системы использования бюджетных средств. Проблема финансового обеспечения реализации полномочий разных уровней власти одна из самых сложных.

Межбюджетные финансовые потоки в РФ либо отражали в основном объективные реальности (больше помощи бедным регионам), либо благоприятствовали оппозиционным регионам с целью их умиротворения. На самом деле, похоже, все наоборот: больше финансовых средств остается в регионах, поддерживающих центр (и, в основном, богатых), тогда как оппозиционные регионы (как прави-

ло, бедные), напротив, «наказываются» рублем. В настоящее время широко распространена практика использования показателя чистых финансовых трансфертов из регионов в центр (а не отдельных частных показателей типа выплат из ФФПР или доли налоговых доходов, оставляемых в регионе). К тому же, финансовые потоки между регионами были скорректированы на межрегиональные различия в налоговом потенциале и в стоимости предоставления государственных услуг.

Результатом последовавших в 2006–2012 гг. новационно-реформаторских изменений законодательства стало формирование в Российской Федерации современной системы управления общественными (государственными и муниципальными) финансами путем:

- создания целостной системы регулирования бюджетных правоотношений, установления единых принципов бюджетной системы и четкого определения статуса и полномочий участников бюджетного процесса;

- организации бюджетного процесса исходя из принципа безусловного исполнения действующих расходных обязательств;

- разграничения полномочий и, соответственно, расходных обязательств и доходных источников публично-правовых образований (Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований);

- ликвидации «необеспеченных федеральных мандатов» и упорядочения основных социальных обязательств;

- введения формализованных методик распределения основных межбюджетных трансфертов;

- создания и развития системы Федерального казначейства, обеспечивающей кассовое обслуживание бюджетов бюджетной системы Российской Федерации, эффективный учет и предварительный контроль в процессе исполнения расходных обязательств Российской Федерации, управление единым счетом федерального бюджета, формирование достоверной и прозрачной консолидированной бюджетной отчетности;

- установления механизма сбережения нефтегазовых доходов и ограничения дефицита федерального бюджета, направленного на повышение устойчивости бюджетной системы Российской Федерации и снижение влияния на бюджетную систему Российской Федерации внешних экономических рисков;

- поэтапного внедрения инструментов бюджетирования, ориентированного на результаты (приоритетных национальных проектов, докладов о результатах и основных направлениях деятельности, ведомственных целевых программ, обоснований бюджетных ассигнований, государственных (муниципальных) заданий, проектов по реализации Основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2012 года);

- создания системы мониторинга качества финансового менеджмента, осуществляемого главными распорядителями средств федерального бюджета, субъектами Российской Федерации и муниципальными образованиями с использованием инструментов конкурсной поддержки бюджетных реформ.

Новым этапом модернизации управления общественными финансами Российской Федерации стало принятие в 2010 году Программы Правительства Российской Федерации по повышению эффективности бюджетных расходов на период до 2012 года.

Мероприятия Программы направлены на создание условий для повышения эффективности деятельности публично-правовых образований по выполнению государственных (муниципальных) функций и обеспечению потребностей граждан и общества в государственных (муниципальных) услугах, увеличению их доступности и качества, реализации долгосрочных приоритетов и целей социально-экономического развития.

Ключевым направлением Программы является переход к утверждению федерального бюджета в «программном» формате.

К настоящему времени Правительством Российской Федерации определен перечень государственных программ Российской Федерации, создана необходимая для их разработки нормативная и методическая база, завершена работа по подготовке федеральными органами исполнительной власти проектов государственных программ Российской Федерации.

Полностью перейти к программной структуре расходов федерального бюджета планируется с 2013 года.

С этой целью одновременно с проектом Федерального закона «О федеральном бюджете на 2013 год и на плановый период 2014 и 2015 годов» в Государственную Думу представлено аналитическое распределение расходов федерального бюджета по государственным программам Российской Федерации.

РАЗВИТИЕ ИЗБИРАТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ РОССИИ В УСЛОВИЯХ МОДЕРНИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

ЮСОВ Сергей Владимирович,

к.ю.н., доцент, профессор кафедры Южно-российского института-филиала РАНХиГС при Президенте РФ
председатель Избирательной комиссии Ростовской области,
Заслуженный юрист РФ,

Существенные изменения общественно-политической ситуации, произошедшие в стране в течение 2010–2012 годов, послужили основанием для принятия законодательных мер по модернизации российской государственности. В условиях повышенной активности различных структур гражданского общества сформирован запрос на новое качество самой политической системы и государственного управления.

В Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 22 декабря 2011 г. Президент страны предложил провести комплексную реформу политической системы и изложил шесть основных тезисов о политической реформе. Он заявил о необходимости дать всем активным гражданам законную возможность участия в политической жизни¹. Справедливости ради, стоит отметить, что и в предыдущие годы принимались законодательные меры по модернизации политической системы, совершенствованию избирательного законодательства. Однако их вектор в разные годы XXI века, очевидно, имел различные направления.

Возросшая конкуренция на политическом поле, активность несистемной оппозиции и вновь обозначившихся политических партий, требуют нового подхода в законотворческой работе, поиска путей по развитию демократии.

Возникло осознание необходимости принятия существенных мер политического и правового характера, направленных на развитие конструктивного диалога со всеми слоями общества, привлечение их представителей к более активному участию в управлении делами государственного и местного уровней.

Реализация прав и свобод личности возможны только при проведении свободных и честных выборов как способе выражения личного мнения населением страны.

Именно выборы являются основной формой участия граждан в политике и государственном управлении, осуществлении ими контроля и управления. Если органы государственной власти образованы на выборной основе с учетом различных мнений и интересов людей — государство стабильно. Посредством выборов в органах власти должны отражаться интересы различных социальных групп. Если граждане участвуют в выборах, значит они признают их честность, легитимность, порядок формирования органов власти.

О стремлении сделать процесс голосования максимально открытым абсолютно для всех представителей общества свидетельствуют даже такие масштабные технические меры, как, например, использовавшиеся на прошедших президентских выборах в помещениях для голосования веб-камеры и полупрозрачные ящики для голосования, все более широкое внедрение электронных средств подсчета голосов.

По нашему мнению, наибольшее воздействие на развитие избирательной и политической систем в условиях модернизации государственности могут и должны оказать изменения в федеральном законодательстве.

При этом нельзя забывать, что, как и в физическом мире, в мире права существует закономерность «природа не терпит пустоты»: если непонятен, неясен закон, то будут действовать, либо неписаное право, либо подзаконный акт, консервирующий старые правовые подходы².

Поэтому внесение соответствующих новелл в законодательство должно отвечать реалиям времени и принципам правовой определенности.

Как было справедливо отмечено судьей Конституционного Суда Российской Федерации Г. А. Гаджиевым, «если из-за неясности, неопределенности, противоречивости нормы закона возникают мно-

¹ Медведев Д. А. Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации. М.: Известия, 2011. С. 26–27.

² Гаджиев Г. А. Принцип правовой определенности и роль судов в его обеспечении // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. №4 (89). С. 19

гочисленные судебные споры, доходящие до высших судов, то само количество споров может быть индикатором качества законов¹». Соглашаясь с точкой зрения Г.А. Гаджиева, автор считает верным после слов «индикатором качества законов» добавить слова «и уровня правовой культуры участников избирательного процесса».

Безусловно, на современном этапе модернизации государственности и развития избирательной системы качество принимаемых законов, в конечном счете, будет оказывать влияние на оценку обществом легитимности любой избирательной процедуры, общих результатов выборов различного уровня. Считаем, что законодатель должен в полной мере использовать возможности общественного обсуждения законопроектов на стадии их подготовки. Здесь могут все шире применяться возможности сети Интернет. При этом считаем правильным дальнейший поиск новых форм взаимодействия законодателя с общественностью. Например, создание специального телеканала, который сможет стать новой полезной площадкой для обсуждения законопроектов².

Государственной Думой в последнее время принято большое количество изменений в федеральном законодательстве, направленных на модернизацию избирательной системы и повышение доверия к выборам.

Мы не ставим перед собой задачу провести обзор всех изменений в действующем законодательстве, затрагивающих избирательную систему, а лишь попытаемся обратить внимание и проанализировать новеллы, принципиально влияющие на модернизацию российской государственности.

Условно можно выделить три основных направления нововведений — это упрощение порядка регистрации политических партий и облегчение способа выдвижения кандидатов, усиление общественного контроля, обеспечение большей открытости работы избирательных комиссий.

В апреле текущего года вступил в силу Федеральный закон от 02.04.2012 г. №28-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О политических партиях». Указанный закон, являясь базовым документом в модернизации политической системы страны, своими положениями, по сути, открывает возможности для того, чтобы политическая и гражданская активность российского общества трансформировалась в соизидательную политическую деятельность.

Во-первых, радикально уменьшена минимальная численность членов политической партии — с 40 тыс. до 500 человек. Отменено требование об образовании не менее чем в половине субъектов Российской Федерации ее региональных отделений. Политическая партия не может быть ликвидирована в связи с недостаточной численностью членов политической партии в ее региональных отделениях.

Введено правило приостановки регистрации партии в случае несоответствия представленных документов требованиям закона. Теперь Минюст России обязан указать на конкретные несоответствия, после чего заявитель вправе в трехмесячный срок их устранить.

В связи с большим общественным резонансом, к участию в обсуждении этого законопроекта в третьем, окончательном чтении, были приглашены партии, не представленные в Государственной Думе: «Патриоты России», «Правое Дело» и «Яблоко». По предложению представителей этих партий был изменен срок вступления закона в силу с января 2013 года на апрель текущего года. Это позволило на сегодняшний день принимать участие в выборах вновь образованным политическим партиям. Можно с натяжкой заявить, что такие примеры мы уже имеем и в Ростовской области.

Всего, на 5 октября текущего года, принимать участие в выборах имеют право 40 политических партий. По данным Минюста России, действуют 199 организационных комитетов политических партий. Будем ожидать дальнейшее появление новых игроков на политическом поле страны.

Либерализация избирательные процедуры, законодатель с мая текущего года освободил политические партии от сбора подписей избирателей на всех выборах в Российской Федерации, кроме выборов Президента России.

Опыт прошедших выборов показал, что для новой партии или политической фигуры собрать такое большое количество подписей было бы нереально. Для организации сбора подписей требуются значительные материальные средства. В случае привлечения их со стороны — партия или кандидат заведомо попадают в зависимость. В случае победы, в конечном счете, очевидно, эта зависимость отразится на характере принимаемых властных решений. Но, с другой стороны, новый, крайне либеральный подход к регулированию участия партий в выборах не должен создавать чрезмерно упрощенную процедуру для участия в избирательных кампаниях.

¹ Там же. С. 16.

² См., например: У палаты регионов будет свой телеканал // Парламентская газета. №32 (2572). 28 сентября — 4 октября 2012 года. С. 4.

На предстоящих 14 октября выборах депутатов и глав городских и сельских поселений в Ростовской области выдвигать своих кандидатов имели право тринадцать новых политических партий. Этой возможностью воспользовалась только партия «Альянс Зеленых — Народная партия», которая выдвинула двоих кандидатов. Остальные новые политические партии устранились от участия в выборах, хотя это их основная уставная задача. В эти выборы происходит замещение 4113 мандатов депутатов и 347 глав городских и сельских поселений, — самого массового и самого низового уровня публичной власти — муниципального.

Отсутствие кадрового резерва у партий ярко показывает ставшую традиционной проблему российской политической системы: манифестируемая значимость общественных движений и партий, совершенно несоизмерима с действительной их влиятельностью и поддержкой населением.

Было бы логично, если бы эти новые и пока небольшие по численности сторонников партии, начали завоевывать авторитет снизу, с уровня поселений. Оказывается это или сложно, или неинтересно. Зато, к примеру, списки кандидатов для участия в выборах депутатов Законодательного Собрания Краснодарского края подали сразу 10 новых политических партий! Дисбаланс очевиден!

Внесены законодательные изменения в порядок и процедуру избрания высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. Он будет избираться гражданами России на основе всеобщего равногo и прямого избирательного права. Такая практика была и ранее, но и здесь появились новации.

Предусматривается, что кандидаты на должность высшего должностного лица субъекта Российской Федерации выдвигаются политическими партиями, а также в порядке самовыдвижения (в Ростовской области решено, что выдвижение будет осуществляться только политическими партиями).

Как уже отмечалось, политическим партиям не потребуется сбор подписей избирателей в поддержку выдвинутых ими кандидатов. Но при этом вводится дополнительный «муниципальный фильтр» — кандидата на должность губернатора должны поддержать 5–10% (на усмотрение субъекта Российской Федерации) депутатов муниципальных районов и городских округов.

В Ростовской области этот ценз составляет 5%. В абсолютных показателях кандидату на должность Губернатора Ростовской области необходимо заручиться поддержкой 289 глав и депутатов муниципальных образований не менее чем в 42 городских округах и муниципальных районах.

Данная процедура рядом ученых оценивается негативно. Так, например, профессор кафедры конституционного и имущественного права Российского университета дружбы народов Ю.А. Дмитриев на заседании «круглого стола» Общественного научно-методического консультативного совета при ЦИК России заявил: «это не попытка повысить роль местного самоуправления, которая и так у нас ниже плинтуса, это наоборот — попытка включить органы местного самоуправления в систему органов государственной власти, что прямо запрещено Конституцией и законом»¹.

По нашему мнению, эта процедура в определенной степени усложняет порядок избрания, но в то же время будет демонстрировать уровень поддержки кандидата со стороны депутатов муниципальных образований, которые, в свою очередь, представляют избирателей — членов местных сообществ. Кандидат должен знать и иметь возможности решать проблемы конкретных муниципальных районов и городских округов. Можно сделать вывод, что «случайные» кандидаты, не обладающие реальным политическим влиянием, не имеющие поддержки на муниципальном уровне, не смогут попасть в бюллетень для голосования.

Другой позитивной новеллой является возможность отзыва высшего должностного лица субъекта Федерации по инициативе населения.

Внесены изменения в порядок формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Установлены две различные процедуры наделения полномочиями члена Совета Федерации — представителя от законодательного (представительного) органа и представителя от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации.

Представителем в Совете Федерации от законодательного (представительного) органа может быть только депутат этого органа.

Для наделения полномочиями члена Совета Федерации — представителя от исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации устанавливается следующий порядок. При проведении выборов высшего должностного лица субъекта Федерации каждый кандидат на данную должность представляет в соответствующую избирательную комиссию три кандидатуры, одна из

¹ См.: Стенограмма «круглого стола» Общественного научно-методического консультативного совета при ЦИК России «Структурные изменения в избирательной системе и совершенствование избирательного законодательства» Москва, 6 сентября 2012 года. URL: <http://www.cikrf.ru>.

которых в случае избрания представившего ее кандидата будет наделена полномочиями члена Совета Федерации.

По нашему мнению, данный порядок формирования Совета Федерации должен и дальше совершенствоваться. Возможно, в перспективе следует вернуться к идее прямых выборов членов Совета Федерации населением соответствующих субъектов Российской Федерации. Данное решение в полной мере будет отвечать принципам демократизма и федерализма.

Одним из последних изменений в федеральном законодательстве стало установление единого дня голосования. Днем голосования на выборах в органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления теперь является второе воскресенье сентября года, в котором истекают сроки полномочий указанных органов или депутатов указанных органов.

В год проведения выборов депутатов Государственной Думы сделано исключение — днем голосования будет первое воскресенье декабря соответствующего года. Точнее, им считается первое воскресенье месяца, в котором истекает конституционный срок, на который была избрана Государственная Дума предыдущего созыва, а это декабрь.

В связи с этими изменениями исключен и запрет на голосование на выборах более чем по четырем избирательным бюллетеням. Выборы Президента России будут проводиться в день, установленный Федеральным законом «О выборах Президента Российской Федерации».

Это решение воспринимается неоднозначно, как научной общественностью, так и правоприменителями. С одной стороны, установление единого дня голосования будет способствовать оптимизации организации выборов, а также более эффективному использованию организационных и иных ресурсов участниками избирательных кампаний, экономии бюджетных средств. С другой стороны, установленный единый день голосования — второе воскресенье сентября — не является оптимальным, так как проведение выборов в указанный день может вызвать определенные сложности. Избирательные кампании в органы государственной власти субъектов Российской Федерации и органы местного самоуправления будут начинаться в июне месяце. На летние месяцы приходится основное время избирательных кампаний, в том числе агитационный период, традиционно являющийся временем массовых отпусков значительной части избирателей, когда они находятся за пределами мест своего постоянного жительства.

Не секрет, что большинство помещений избирательных участков располагается в школах, где в этот период проводится работы по подготовке к началу учебного года. На летний период приходится период отпусков значительной части членов участковых избирательных комиссий, которые являются работниками образовательных учреждений. Неудобства могут быть созданы не только для работы участковых комиссий, но и для самих избирателей.

Наложение выборов нескольких уровней на один день вызовет массовое информационное воздействие на избирателей. Подсчет голосов избирателей в участковых избирательных комиссиях в случае совмещения выборов может затянуться на многие часы.

Существуют неудобства и для избирателей, как объективного, так и субъективного характера. Например, как разобраться и определиться в море поступающей из всех каналов предвыборной информации. Или как заполнить целую кипу бюллетеней, которые могут достигать метровой длины и т.д.

Следующая новация: избирательные округа образуются сроком на 10 лет; избирательные участки, участки референдума — на 5 лет, и они являются едиными для всех выборов, проводимых на соответствующей территории.

Изменился подход к формированию участковых избирательных комиссий. Срок полномочий этих комиссий, ныне составляющий в период избирательной кампании полгода—два месяца, увеличен до 5 лет.

Это позволит проводить качественную подготовку членов участковых избирательных комиссий на более профессиональной основе. К слову, автором предложение о формировании участковых избирательных комиссий на постоянной основе впервые было внесено более 10 лет назад.

Отменено ограничение на предложение одной политической партией в состав участковой комиссии не более одной кандидатуры на назначение в состав комиссии. Можно представить, с каким количеством предложений от многочисленных политических партий придется работать территориальным избирательным комиссиям!

Считаем необходимым приветствовать введение так называемого механизма «резерва составов участковых комиссий», который будет формироваться избирательными комиссиями субъектов Российской Федерации. Кандидаты в члены участковых избирательных комиссий, не назначенные в их составы, будут зачислены в резерв. В случае выбытия члена участковой комиссии на освободившуюся вакансию будет назначен новый член комиссии взамен выбывшего из резерва. Кроме того, формирование участковых комиссий на избирательных участках, образованных в местах временного пребывания избирателей, будет осуществляться из этого резерва.

Участковые избирательные комиссии на постоянной основе должны быть сформированы уже к 30 апреля 2013 года.

На рассмотрении в Государственной Думе находится еще ряд законопроектов, направленных на развитие избирательной системы. В частности, это изменение порядка выборов депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. Законопроект предусматривает ряд изменений, направленных на обеспечение представительства избирателей всех субъектов Российской Федерации в Государственной Думе, а также на упрощение отдельных избирательных процедур.

Территория Российской Федерации разделяется на 225 территориальных единиц. Территориальные единицы образуются на основе единой нормы представительства избирателей на территориальную единицу, что обеспечивает примерное равенство территориальных единиц по числу избирателей и соблюдение тем самым принципа равного избирательного права.

Представительство избирателей в Государственной Думе обеспечивается и для тех субъектов Российской Федерации, в которых число избирателей меньше единой нормы представительства.

Границы территориальных единиц устанавливаются Центральной избирательной комиссией Российской Федерации один раз в 10 лет (на две избирательные кампании по выборам депутатов Государственной Думы).

Впервые вводится регулирование участия сетевых изданий в предвыборной агитации. Агитация в сетевых изданиях может начинаться со дня опубликования в них сведений о размере и условиях оплаты услуг по размещению предвыборных агитационных материалов, а в иных средствах массовой информации — за 28 дней до дня голосования. Полезная норма, реализация которой однако вызывает большие сомнения.

В целях повышения гласности и открытости выборов закрепляется право наблюдателей вести фото-и видеосъемку процесса голосования, процедуры подсчета голосов избирателей, не допуская при этом нарушений тайны голосования и не препятствуя работе избирательной комиссии.

Также гарантируется возможность осуществления непрерывной видеотрансляции в сети Интернет хода голосования и подсчета голосов избирателей на всей территории Российской Федерации.

Насколько эффективно проявят себя названные преобразования, мы сможем оценить в самое ближайшее время. Но не вызывает сомнений, что все они окажут существенное воздействие как на развитие избирательной системы в целом, так и на составляющие ее элементы.

Считаем необходимым отразить и иные подходы к совершенствованию избирательной системы. На текущий момент, по мнению профессора Л.А. Нудненко, народовластие носит ограниченный характер вследствие недостатков представительной демократии.

Народу предоставлено право лишь эпизодически (во время референдумов или выборов) участвовать в принятии государственных решений¹. В результате в промежутках между выборами и референдумами народ фактически отстраняется от власти, так как все решения принимаются депутатами и государственными должностными лицами. Существует реальная угроза того, что избранные представители при принятии решений будут ориентироваться не столько на интересы народа, сколько на свои личные или узкогрупповые интересы.

Имеет место идея отказа от представительной демократии и замены ее на прямую, или непосредственную. Так, например, Ю.М. Орлов отмечает, что идея прямого народовластия, или непосредственной демократии, в противоположность демократии представительной должна стать главной идеей новой России². По нашему мнению, данный подход для России неприемлем.

На развитие форм влияния на власть, как и во всем мире, а может в большей степени, чем в странах «традиционной демократии», в России оказывает влияние так называемая «революция социальных сетей». В основе ее лежат продукты и технологии, которые дает Интернет: Facebook, Twitter, YouTube, блоги, мгновенные сообщения, электронная почта и т.д. Эти технологии объединяют людей, которых называют «сетевым сообществом». Здесь координация действий неорганизованных сообществ через социальные сети является основным инструментом.

Мы все стали свидетелями координации действий совершенно незнакомых людей при организации акций протеста после появления фильма «Невиновность мусульман».

На территории Российской Федерации в последний год социальные сети активно использовались при организации различных акций протеста, вбрасывания как правдивой, так и искаженной инфор-

¹ Нудненко Л. А. К вопросу о правовом регулировании народовластия в России // Государство и право. 2012. №7. С. 14.

² См.: Орлов Ю. М. Прямое народовластие как идея. URL: <http://www.mexnap.info>.

мации при проведении избирательных кампаний, дискредитации органов власти и т.д. Последствия этого нового социального явления мы, наверно, еще не осознаем в полной мере.

Существующие проблемы представительной демократии, по нашему мнению, должны решаться исключительно законодательским путем. Это может быть, например, наделение правом законодательной инициативы более широкого круга лиц. Или использование народной законодательной инициативы, которая позволит дополнительно предлагать законопроекты, отражающие более полный спектр взглядов, существующих в обществе.

В конечном счете, к участию в законотворчестве будут привлечены более широкие массы населения, имеющие возможность публично обратить внимание властей на наиболее актуальные общественные проблемы, предложить пути их решения.

Совершенствование избирательного законодательства должно развиваться в направлении сокращения запретов и ограничений для всех участников избирательного процесса, что будет способствовать повышению доверия к самому избирательному процессу.

Необходима систематизация избирательного законодательства, более четкое разграничение избирательно-правовых отношений: какие могут регулироваться на федеральном, региональном и местном уровнях.

Следует помнить, что выборы являются важнейшим институтом гражданского общества. Отдельные его представители получают больше возможностей участвовать и реализовывать как активное право, так и пассивное право.

Полагаем, что дальнейшее развитие государственности в России будет иметь необратимую тенденцию к более активному участию граждан в избирательных кампаниях. Независимо от уровня выборов (федерального, регионального, местного), эта возможность будет использоваться как наиболее эффективный способ непосредственного воздействия на власть.

Ближайшие годы будут являться временем практической проверки реформированной избирательной системы Российской Федерации. Реальное участие (или неучастие) в политической жизни и, особенно, в выборах, покажет степень соответствия новой избирательной системы истинному уровню общественных отношений в стране и уровню правовой культуры участников электоральных правоотношений.

МЕЖЭТНИЧЕСКАЯ ТОЛЕРАНТНОСТЬ И РАВНОПРАВИЕ

КАПРАНОВА Юлия Викторовна,

к.у.н., старший преподаватель кафедры тактико-специальной подготовки
ФГКОУ ВПО «РЮИ МВД России»

Проблема межэтнической толерантности сверхактуальна в ряде регионов России, в том числе и в нашем полиэтничном регионе, где особенно остро ощущаются последствия миграций.

Категория «толерантность» на протяжении многих веков исследуется в контексте различных областей научного знания: философии, психологии, педагогики, социологии и многих других.

Толерантность в философии определяется как особое отношение к окружающему миру, в основе которого — «терпимость к много рода взглядам, нравам, привычкам», при этом терпимость как готовность принять «инаковость» предполагает одновременно уверенность в себе и надежность собственных позиций¹. Проблема толерантности, толкуемой как терпение, терпимость, выводит нас к истокам христианской религии. В рамках социологии толерантность и интолерантность выступают одной из ключевых социальных возможностей человека, как готовность и способность человека жить эффективно, конструктивно действовать в многомерном, многообразном пространстве бытия.

Правовые основы этнической толерантности заложены во многочисленных ратифицированных Россией международных договорах и конвенциях, в Конституции РФ, в иных правовых актах, содержащих антидискриминационные нормы.

По мнению большинства исследователей, этническая толерантность представляет собой способность человека проявлять терпимость к малознакомому образу жизни представителей других этнических общностей, их поведению, национальным традициям, обычаям, чувствам, мнениям, идеям, верованиям.

¹ Стрельцова Е. А. Воспитание толерантности как социокультурной основы ненасилия в молодежной среде. Информационно-методический бюллетень №25: Учеб.-метод. пособие / Комитет по делам молодежи Администрации Волгоградской области; ГУУ «Волгоградский институт молодежной политики и социальной работы». Волгоград: ПринТерра-Дизайн, 2005. С. 4.

Этническая толерантность проявляется, прежде всего, в выдержке, самообладании, способности индивида длительно выносить непривычные воздействия чужой культуры без снижения его адаптивных возможностей¹.

Межкультурная толерантность проявляется в различных критических ситуациях межличностного и внутриличностного выбора, сопровождается психологической напряженностью, так как вхождение личности в новую этническую среду и взаимодействие с представителями других этносов часто представляет для нее определенные трудности, сопровождается появлением состояний неопределенности и фрустрации².

Межэтническая толерантность проявляется в поступках, но формируется в сфере сознания и тесно связана с этнической идентичностью³. В этой связи этническую толерантность характеризуют как отсутствие негативного отношения к иной этнической группе при сохранении позитивного восприятия своей собственной⁴.

Причин этнической нетерпимости большое количество, они обусловлены как объективными, так и субъективными факторами: возрастание недовольства в отношении мигрантов у населения принимающего общества, рост социального неравенства, дискриминационная политика государства и др.⁵ Этническая нетерпимость со стороны этнических общностей отчасти может быть объяснена различными дискриминационными практиками, осуществляемыми с целью предупреждения террористических актов, в том числе проверки документов у мужчин с характерной «кавказской» внешностью или у женщин, носящих просторную одежду и платок на голове (определение потенциальных преступников по гендерным, религиозным и расовым критериям).

Вопрос о пределах толерантности в этой связи представляется крайне актуальным, поскольку под влиянием господствовавшей до недавнего времени моды на терпимость эта категория стала восприниматься как имеющая ценность сама по себе. На протяжении последних 70 лет в ходе борьбы за свои права к терпимости призывали представители меньшинств, имеющих этнические, религиозные, расовые, гендерные и прочие отличия.

Как показала практика, в большинстве случаев проекты по реализации групповых прав и интересов (самоопределение, гарантированное представительство, предоставление социальных льгот) оборачивались нарушением принципа равноправия, ущемлением прав прочих индивидов, этнизацией общественного сознания и социальной сегрегацией. Нередко защитой коллективных прав оправдывались нарушения прав человека, вопросы о границах терпимости не обходились без некоторых спекуляций, в том числе и на тему религиозной терпимости. Во всех подобных случаях государство имеет все основания воспринимать подобную спекуляцию как проявление нетерпимости по отношению к себе. Сегодня западные авторы уже говорят о дестабилизирующем воздействии безграничной терпимости, называя ее «невозможной добродетелью»⁶.

Мода на отличия, артикулируемая в терминах терпимости (как потребность в проявлении терпимости к субъекту со стороны окружающего мира, в принятии его отличий, в признании его права на них), выливается в моду на особые права и в результате оборачивается нетерпимостью. Эта тенденция приводит к ущемлению в правах тех граждан, которые (согласно той же моде) не имеют повода претендовать на особое отношение. «Американское общество, пытаясь преодолеть существующее структурное неравенство, обнаружило на примере афроамериканцев, что наделение особыми правами способствует не включению в общество, а исключению из него и углубляет раскол по «этническим линиям»⁷.

¹ См.: Лекторский В. А. О толерантности, плюрализме и критицизме // Вопросы философии. №11. 1997. С. 46–54; Этническая психология и общество / Под ред. Лебедевой Н. М. М., 1997.

² См.: Мулдашева А. Б. Психические особенности этнокультурной маргинализации // Социально психологические исследования межнациональных отношений. М., 1993, С. 219–231.

³ См.: Лебедева Н. М. Новая русская диаспора: социально-психологический анализ. М., 1997.

⁴ См.: Лобас М. А. Особенности психологической адаптации детей-мигрантов к русскоязычной школе. Дисс. ... канд. псих. наук. Ярославль, 2001. С. 46.

⁵ См.: Бондарь Н. С., Капранова Ю. В. Конституционное измерение равноправия граждан Российской Федерации. Ростов н/Д: РГУ, 2002. С. 100–111.

⁶ См.: Ильинская С. Терпимость и укрепление этноцентричного сознания // Полис. №6. 2003. С. 15.

⁷ Там же.

Недопустимо, чтобы Россия попала в капкан межэтнических конфликтов, политики «особых прав», превратилась в структурированное общество, теряющее способность к сохранению своей собственной идентичности.

Исследователями предлагаются различные способы преодоления межэтнической нетерпимости в обществе. Так, например С. Ильинская, считает, что, поскольку корни современной межэтнической нетерпимости имеют символическую природу, то и преодолевать ее придется, разрушая утвердившиеся в подсознании ассоциации, ломая привычные стереотипы. Чтобы постепенно перевести этничность в разряд безразличных вещей, необходимо все время смещать акценты с особых прав на равные, заменять этнические окрашенные термины на нейтральные. Например, в СМИ вместо выражения «лица кавказской национальности» можно использовать термин «трудовые мигранты», т.е. характеризовать человека, исходя из его социальной роли, а не этнической принадлежности¹.

По мнению других авторов, единственным выходом становится поиск общих символов, общих героев, общих лояльностей, т.е. объединяющей (в этатистском, а не этническом смысле) национальной идеи. Формирование позитивной общенациональной идеи — дело долгое и сложное, с образованием Российской Федерации в ее новой территориальной конфигурации утверждение общегражданской идентичности «российского народа», «россиян» как многоэтнической гражданской нации произошло не сразу и даже открыто отвергалось частью ученых и политиков, хотя население новой России имеет высокую степень социально-политического и историко-культурного единства, а признание российского народа как единой гражданской нации не должно отменять наличие в России этнических общностей («народов» или «гражданских общностей»), способствовать становлению этнической толерантности².

Другим наиболее перспективной представляется практическая работа психологов с беженцами и вынужденными переселенцами по их адаптации к новой жизни на «чужой» территории³. Предлагается также «либерализация законодательства, воспитание толерантности у местных чиновников, формирование навыков толерантности в образовательном процессе»⁴.

За последнее время с учетом активных миграционных процессов состав населения России существенно изменился, хотя и ранее наша страна отличалась многонациональностью населявших ее народов, и в этом смысле являлась полиэтничным сообществом. Однако сейчас характер сосуществования различных общностей в одном регионе имеет отличную окраску от той, которая культивировалась в советское время. Если ранее существование различных этнических общностей на той или иной территории сглаживалось средствами интернационального воспитания, в том числе посредством экономических, образовательных, культурных и пропагандистских программ, не перерастало в конфликты, то есть данный процесс контролировался, позволял успешно иным общностям ассимилироваться или адаптироваться к местным условиям проживания в России, то сейчас, сосуществование различные общностей зачастую конфликтно, поскольку велик поток незаконной миграции, невозможно проконтролировать их численность, не говоря уже о налаживании межкультурного общения, процессов адаптации мигрантов, беженцев, вынужденных переселенцев и т.д.

В рамках преодоления этнической нетерпимости большое значение имеет проблема воспитания способности к ненасильственному взаимодействию людей, особенно молодежи, так как толерантность представляет собой не только терпимое отношение к иному этносу, но и взаимодействие с ним. Представляется, данный подход особенно важен, поскольку воспитание молодежи является активным фактором по внедрению в массовое сознание различных идей, формированию знаний, установок и идеалов в обществе. «Исторический опыт показывает, что политические силы, выступавшие на том или ином этапе развития общества за радикальные перемены в нем, независимо от социальной направленности последних, особую роль в осуществлении своих планов отводили молодежи — наиболее динамичной, если не принимать в расчет представителей благополучных верхних слоев, наименее защищенной в социальном отношении части населения»⁵.

¹ Ильинская С. Терпимость и укрепление этноцентричного сознания // Полис. №6. 2003. С. 16.

² См.: Толерантность в деятельности органов внутренних дел. Особенности работы с этническими меньшинствами: Курс лекций / Под ред. А. А. Стрельникова. Ростов н/Д, 2004. С. 12.

³ См.: Солдатова Г. У. Психология межэтнической направленности. М., 1998.

⁴ Дмитриев А. В. Миграция: конфликтное измерение. М.: Альфа-М, 2006. С. 120.

⁵ Паламарчук Е. А. Социальная политика Третьего рейха. Ростов н/Д: Изд-во АПСН СКНЦ ВШ. С. 301.

В рамках этнической толерантности — «культура ненасилия — есть сложная категория, базирующаяся на следующих положениях: овладение идеей ненасилия как ценностное, толерантное отношение к действительности, ненасильственное взаимодействие в реальности»¹. Культуру ненасилия, этнической терпимости, невозможно создать спонтанно и в короткие сроки. Необходима системная, кропотливая долговременная работа по созданию условий, подключению факторов развития.

Как уже отмечалось, толерантность, несмотря на то, что формируется в области сознания, проявляется в поступках, и поэтому представляется, что терпимость в правовом аспекте, как фактическое признание инаковости на уровне права в виде закрепления положений о необходимости равного отношения к другому человеку (равноправие), запрет на предпочтение одного человека другому по национальному, расовому, этническому признаку, выступает внешней правовой формой проявления межэтнической толерантности.



¹ Стрельцова Е. А. Указ. соч. С. 5.



РАЗДЕЛ III




*Международное право
и российская
правовая система*



СЕКЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

МЕЖДУНАРОДНЫЙ УГОЛОВНЫЙ СУД: ИДЕЯ СОЗДАНИЯ, ПРАКТИКА РЕАЛИЗАЦИИ И ПОСЛЕДСТВИЯ

БОЙКО Александр Иванович,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин
Южно-Российского института — филиала

Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ

Давно сказано, что «право без судьи — мертвое право; или, если хотите, это мораль, но не уголовное право; уголовное право это лишь право, снабженное санкцией, которую может окончательно определить должным образом организованный судебный орган, с возможностью принудительного исполнения»¹.

17 июля 1998 г. в Риме случилось событие, к которому просвещенный мир шел очень долго и трудно, — на Дипломатической конференции полномочных представителей государств под эгидой ООН был принят документ, получивший название «Римский статут Международного уголовного суда». Этот факт проф. У.А. Шабас из Квебекского университета назвал «выполнением обещания, данного еще во время 2-ой мировой войны, а также на Нюрнбергском процессе»². И действительно, через 50 лет после принятия Конвенции о предупреждении геноцида и наказании за него от 9.12.1948 г., которая предусматривала возможность создания МУСа³ для преследования этого злодеяния⁴, после многих лет напряженных дипломатических переговоров и научных дискуссий удалось прийти к согласию. Однако накануне политикам, дипломатам и юристам, представлявшим различные правовые системы, приходилось искать компромиссные варианты.

Слишком многое свидетельствовало в пользу того, что консенсус не будет найден, что Римская конференция не даст каких-либо результатов, и войдет в историю очередным примером пустых дипломатических упражнений; уж очень принципиальные расхождения фиксировались у государств-участников накануне исторического саммита; уж очень разнились их взгляды на место и компетенцию МУСа в международной политике и юридической системе мира. Но чудо свершилось — статут был принят подавляющим большинством участников конференции (120 из 132, при 7 противниках). Однако этот рубеж — первый, за которым обычно следуют необходимые согласования — организационно-технического, кадрового, финансового и пр. характера. Понадобилось 4 года дополнительных дипломатических усилий и призывов к поддержке, чтобы набралось нужное число ратификаций (60) и Статут вступил в силу (1 июля 2002 г.). Но и после этого рубежа мировой юридический документ освещается в полярных тонах: от восторженных оценок со стороны государств, не обладающих большим политическим весом на международной арене и потому надеющихся на защиту своих национальных

¹ Toward a Feasible International Criminal Court. Ed by J. Stone and R. Woetsel. Geneva, 1970. P. 140.

² Сведения взяты из мониторинга новостей, посвященного Международному уголовному суду, вып. 5. Март 2000 г. <http://www.icc.now.org>.

³ Здесь и ниже для краткости текста автор позволит себе настоящую аббревиатуру, означающую «Международный уголовный суд», а МУП — «международное уголовное право» (А. Б.).

⁴ См.: «Establishment of a Permanent International Criminal Court for the Punishment of Acts of Genocide», U. N. Doc. A/ 362, Annex.

интересов под крышей мировой юстиции, до уничтожающей критики, большей частью идущей из-за океана, из страны, дотеле инициировавшей процесс ограничения (чужих!) суверенитетов под флагом борьбы за права и свободы человека и гражданина.

Учреждение МУСа с новой силой высветило вечные истины и проблемы международного права, а в первую очередь — феномен государственного суверенитета, вопрос об ответственности национальных властей за порядок и безопасность общечеловеческого и возможность перенесения части управленческих полномочий и ответственности на мировой уровень¹. Факты — упрямая и бьющая в глаз вещь: за полвека после 2-ой мировой войны на планете случилось свыше 250 конфликтов (из-за бездарности и упрямства политиков), унесших жизни около 170 миллионов людей, но ответственности практически никто не понес. Это — одновременный приговор и внутрисоциальным правоохранительным системам, не сумевшим предотвратить насилие, и международным лидерам, оказавшимся неспособными скоординировать усилия всех государств и создать действенную структуру по эффективному и гуманному управлению человечеством.

Национальная юстиция, являясь частью государственной машины управления, часто оказывается беспомощной к сопротивлению собственному диктатору и соблюдению прав граждан. «Эта беспомощность имеет субъективные причины, когда руководители государств оказывают сами в большей или меньшей степени замешанными в... преступлениях, а само государство глубоко ими затронутым, так что всякое уголовное преследование рассматривается как нежелательное, если только оно не возбуждается для примера. Редкость таких примеров придает им характер правосудия, осуществляемого для обеспечения алиби тем, кто не попал на скамью подсудимых»². Итак, движение к мировому суду порождено неспособностью отдельно взятых государств эффективно решать вопросы мира и безопасности в каждой стране и на международных перекрестках (торговля, места отдыха, транзитные маршруты, конгрессы и пр.). А неспособность, помноженная на безответственность, порождает рецидив.

Нужно действовать. И мировое сообщество действовало, но выборочно. В начале 90-х годов XX века Запад обрушился на Югославию — санкциями и бомбардировками, лицемерно заявляя, что балканская война подвинула мир к «той системе международных отношений, в которой права человека значат гораздо больше, чем государственный суверенитет» (слова Хавьера Солана, бывшего в ту пору Генеральным секретарем НАТО). Бархатный же лидер бархатной Чехии (Вацлав Гавел) пошел в своих размышлениях еще дальше, заявив, что в недалеком будущем «государственный суверенитет должен неизбежно исчезнуть»³. Итак, лекарство от заскорузлой болезни (суверенитет) вроде бы найдено, а имя этому надгосударственному императиву — права и свободы человека и гражданина⁴. Только, вот, прописывают данное чудодейственное средство на нашей планете не всем больным.

Вот примеры: «после случаев бомбардировки поезда, после падения бомбы на здание югославского телевидения, после попадания ракет в китайское посольство в Белграде у Трибунала (по бывшей Югославии — А. Б.) не было иного выбора, как объявить о намерении расследования возможных военных преступлений, совершенных НАТО. В декабре расследование было завершено и его резуль-

¹ В докладе Лондонского филиала Международного института стратегических исследований (International Institute for Strategic Studies) за 1999 год говорилось, что «государства не могут и дальше полагаться на старое понятие абсолютной неприкосновенности. Сегодня появляются новые гуманитарные принципы, новые понятия». См.: URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 8, май 2000 г.).

² Уголовная юстиция: проблемы международного сотрудничества. Международный научно-исследовательский проект. М.: БЕК, 1994. С. 25 (проф. Миррей Дельмас-Марти).

³ URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 1, ноябрь–декабрь 1999 г.).

⁴ В докладе Генерального секретаря ООН от 31 августа 1999 года подчеркивалось: «Через весь доклад я пытался провести мысль о взаимосвязанности мира, развития и прав человека. Кроме того, я отмечал, что недоразвитость, глобализация и быстрые перемены, сочетаясь друг с другом, порождают особые проблемы для международного режима прав человека. Это вдвойне повышает важность того, чтобы мы настаивали на обязанности правительства соблюдать права человека независимо от их политической, экономической, социальной или культурной системы и невзирая на их экономическое и социальное положение. Проще говоря, и стремление к развитию, и участие в глобализации, и управление процессом перемен должны уступать правозащитным императивам, а не наоборот» (Документ ООН A/54/1).

таты представлены Карле дель Понте¹. На Капитолийском холме сам факт подобного расследования инициировал усилил противников международных трибуналов. Не надо быть особым циником, чтобы предположить, что никто из руководителей НАТО не понесет ответственность за свои действия в Косово. Впрочем, наивным было бы вообще полагать, что сегодня носители реальной власти действительно поставлены в рамки международной юрисдикции». Несмотря на данное высказывание, канадский парламентарий Свен Робинсон продолжает выдвигать требования о привлечении к уголовной ответственности за военные преступления, совершенные во время кампании в Косово, командующего войсками НАТО американского генерала Уэсли Кларка².

А 3 февраля 2000 г. под напором общественности сенегальский суд обвинил бывшего диктатора Чада Хабра, спокойно жившего 10 лет в пригороде Дакара, в 40 000 политических убийств и 200 000 пыток в отношении граждан Чада. Правозащитники быстро назвали Хабра «африканским Пиночетом» и не без оснований; дело в том, что во время гражданской войны в Чаде Америка с Францией поставляла деньги и оружие этому «нашему скинну сыну» с единственной целью — изгнать любой ценой за рубеж врагов Запада (спонсоров), т.е. этнических ливийцев, с давних пор живших на севере Чада. Таковы правила и цена экспортной «демократической политики» для стран третьего мира³.

МУС — это своеобразный апофеоз мировой юридической жизни, последний аккорд закономерно умирающей прежней практики, когда упор делался на учреждение трибуналов ad hoc. Последние не были рассчитаны на отправление международного правосудия на универсальной и постоянной основе, да к тому же выглядели запоздалой и пожарной мерой — их срочно принятые статуты позволяли судить за события прошлого времени по новым правилам, т.е. военные победители преследовали побежденных по наспех скроенным (и выгодным только победителям) законам. Ситуация усугублялась и тем очевидным фактом, что «деятельность Трибунала по Руанде закончилась провалом, а деятельность Трибунала по Югославии завершилась бомбардировками страны с целью изгнать выдачи президента страны и других руководителей государства Международному трибуналу, что в итоге привело к окончательному развалу государства»⁴.

И действительно: Милошевич погиб в заключении, но нет целой страны под названием Югославия, а на ее территориальных обломках населению живется отнюдь не спокойно; генералы НАТО применяли преступные методы ведения боевых действий на Балканах, но никто ответственности за это не понес; руководители западных стран и самого Трибунала по бывшей Югославии открыто заняли антисербскую позицию и, не стеснясь этого, проводят одностороннюю политику; большинство виновников этнической резни возмездия так и не понесли — косвенным признанием того факта стала последовательная замена трех главных обвинителей Трибунала (Ричард Голдстоун из ЮАР — Луиза Артур из Канады — Карла дель Понте из Швейцарии). Итоги работы Югославского трибунала еще плачевнее: за 6 лет деятельности эта инстанция привлекла к уголовной ответственности 48 человек, только пятерым из которых был вынесен обвинительный приговор; в то же время судебная система Руанды вынесла более 20 000 обвинительных приговоров за геноцид. Разрыв в продуктивности настолько разителен, что 8 декабря 1999 г. Руанда вынесла «вотум недоверия» ICTR (Международному трибуналу по Руанде — А. Б.), а ее официальный представитель Джозеф Мутатоба в открытую заявил, что результат ICTR — «неизменный вариант временного провала и неизменный провал ООН по отношению к Руанде»⁵.

Отрицательные результаты функционирования «одноразовых» трибуналов подсказывают, что именно универсальный по юрисдикции, постоянный в пространственно-временном отношении, заблаговременно оформленный (для будущих конфликтов и опирающийся на заранее разработанные и объявленные для всеобщего сведения материально-правовые и процессуальные нормы) МУС дает основания надеяться на доброе расположение к своей деятельности. Но, пожалуй, наиболее убедительно и в концентрированном виде доводы в пользу предпочтительности МУСа перед одноразовыми трибуналами приведены в работе И.П. Блищенко и И.В. Фисенко: 1) только МУС может привести к си-

¹ Тогдашнему Генеральному прокурору Международного трибунала — А. Б.

² URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 10, июль 2000 г.) — выдержки из статьи «A new Kind of Justice» корреспондента газеты «Вашингтон пост» Чарльза Трухарта.

³ URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 3, январь–февраль 2000 г.).

⁴ Ведерникова О. Международное уголовное право: проблемы имплементации // Уголовное право. 2003. №3 (июль–сентябрь). С. 14.

⁵ URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 1, ноябрь–декабрь 2000 г.).

стематизации и рационализации МУПа (эффект так называемого «импульса постоянной структуры»); 2) именно МУС снабжен наибольшими гарантиями объективности судебного разбирательства дел, связанных с международными преступлениями; 3) в первую очередь на мировом уровне есть надежда реализовать Минимальные стандарты уголовного правосудия; 4) лишь МУС может служить средством против гегемонизма и злоупотреблений на мировой арене со стороны великих держав¹.

Последний довод хорошо осознают и в самих супергосударствах, и в зависимых от них странах. Так, Американская ассоциация адвокатов связывает свои надежды на будущее с МУП и МУС «в качестве альтернативных средств для рассмотрения конфликтов, которые внутреннее право решает либо неэффективно, либо просто не в состоянии разрешить»². А бывший президент Коста-Рики О.А. Санчес в своих оценках еще более откровенен: «США слишком высокомерны, они хотят одни править миром... это Римская империя конца II тысячелетия; хотя Соединенные Штаты являются экономической и военной супердержавой, однако их политика не может считаться нравственным ориентиром для остального мира и основой для создания нового мирового порядка»³.

Понимая эти обстоятельства, руководство ООН с середины 90-х годов XX века начало предпринимать энергичные шаги по созданию МУСа⁴, что и дало положительный результат 17 июля 1998 года в Риме. Однако решение принималось нелегко. И накануне Римской конференции, и в ходе дебатов на ней явно просматривались три позиции: *1 вариант* — сильный и независимый суд (его придерживались большинство стран планеты, но из постоянных членов СБ ООН лишь Великобритания); *2 вариант* — суд с ограниченной компетенцией, без права рассмотрения вооруженных конфликтов внутригосударственного уровня и права преследования граждан без согласия руководства соответствующих стран (естественно, что в эту группу вошли государства, имеющие на своей территории спорные анклавы или спонтанно переживающие этнические трения — Пакистан, Индия, Нигерия, Индонезия и, частично, Франция и США); *3 вариант* — суд, подконтрольный Совбезу ООН (США, Россия, Китай, Франция, Израиль).

Эти три варианта международного уголовного правосудия предопределили 4 базовые проблемы, противоборство по которым и отразилось на содержании конференции и в ее итоговом документе. **Первая проблема** — допустимость автоматической юрисдикции суда: будет ли МУС действовать только по своему усмотрению либо потребуются предварительное согласие государств, на территории которых совершены посягательства. Сразу стало ясно, что по отношению к геноциду выбора нет (действует принцип автоматической юрисдикции МУСа), а вот в отношении военных преступлений и преступлений против человечности ряд стран выступили за механизм «присоединения», в соответствии с которым уголовное преследование возможно только с согласия одного или нескольких государств (участников Договора о МУСе, или на чьей территории совершено посягательство, или чей гражданин произвел деликт).

Вторая проблема — контроль СБ ООН над мировым судопроизводством по уголовным делам. Разумеется, постоянные члены Совбеза уже на старте дискуссии настаивали на полном контроле этого органа над МУС. Столь же естественно, что другие государства, лишенные по Уставу ООН каких-либо привилегий, вместе с неправительственными организациями именовали право Совбеза на отбор дел для МУСа неприкрытой формой политизации правосудия. Жесткое противостояние «больших» и «малых» государств планеты было элегантно сглажено предложением делегации Сингапура, по которому право Совета Безопасности на приостановление судопроизводства было сохранено, но осложнилось требованием обязательного принятия резолюции и ее ежегодного пролонгирования (ст. 16 Статута). Тем самым СБ обязывается обнажать мотивы своих позиций по отношению к МУСу перед мировым общественным мнением и, кроме того, у любого из пяти постоянных или у любых семи непостоянных членов СБ появлялась возможность заблокировать вето на судопроизводство.

Третья проблема — трактовка военных преступлений, допустимость распространения юрисдикции МУСа на так называемые внутренние вооруженные конфликты. Возбуждившие эту дискуссию Индия, Индонезия, Иран, Нигерия и Пакистан рекомендовали оставить внутренние конфликты в рамках

¹ Блищенко И. П., Фисенко И. В. Международный уголовный суд. М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1998. С. 180–184.

² URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 12, август 2000 г.).

³ URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 3, январь–февраль 2000 г.).

⁴ Подробности см. в нашей работе: *Бойко А. И.* Международное и российское уголовное право: Монография. Ростов н/Д: СКАГС, 2004. С. 149–179.

внутренней же юрисдикции, находя такой подход весьма логичным и не противоречащим идее гуманитарного права. Их противники, опираясь на господствующие в мире провозглащенные настроения, находили исключение из юрисдикции МУСа внутренних конфликтов (а именно они составляют подавляющее большинство боевых столкновений) отходом от гуманитарного права и тех фундаментальных целей, ради достижения которых учреждается МУС. На этой непримиримой волне был принят компромиссный вариант, согласно которому «Суд обладает юрисдикцией в отношении военных преступлений, в частности, когда они совершены в рамках плана или политики или при крупномасштабном совершении таких преступлений».

Четвертая проблема — кому предоставить право на возбуждение уголовного дела? Изначально на выбор выставлялись два варианта: а) преследование зависит не от суда или его вспомогательных структур, а от СБ ООН или заинтересованных государств; б) инициатива возбуждения уголовного дела принадлежит *ex officio* только прокурору Суда. Неправительственные организации и большинство государств, не принадлежащих к мировой элите, но опасавшихся огромной власти ООН-овской бюрократии, выступили за 2-й вариант и предложили поводами к возбуждению дел считать самую разнообразную информацию, поступающую к прокурору из ООН от «пострадавших» государств, межправительственных и неправительственных организаций. Их оппоненты (в частности Израиль, Сирия и Япония) оспаривали процессуальную самостоятельность прокурора на том основании, что его должностная активность сформирует базу для злоупотреблений и приведет к снижению пропускной способности МУСа, который уже на старте своей профессиональной деятельности «утонет» в разбирательствах ничтожных по мировым меркам конфликтов. Ситуацию попыталась сгладить делегация Норвегии, которая предложила набор гарантий против возможных злоупотреблений прокурора на стадии принятия решений о возбуждении уголовных дел и при их расследовании: выборность должности; право государств-участников Статута на отзыв ранее избранного прокурора; строгий бюджет, препятствующий произвольному принятию к производству большого числа уголовных дел и пр. В итоге самым сильным аргументом участниками конференции был сочтен судебный контроль над деятельностью прокурора МУСа со стороны Палаты предварительного производства (ст. 18, ч. 5 Статута).

Таким образом, Статут 1998 года являет собой ярко выраженный политико-юридический компромисс; он содержит много недомолвок и оговорок, подлежащих устранению в ближайшем будущем: 1) предложение о включении в круг рассматриваемых МУС преступлений международного характера не прошло, но из четырех разрядов типично международных деликтов два вида (военные преступления и агрессия) фактически отложены применением; 2) в Статуте реализована концепция параллельной юрисдикции или принципа комплиментарности, что не совсем корректно. Международная юрисдикция за международные же преступления должна быть правилом, а не исключением или дополнением к противному — национальному судопроизводству по тем же деликтам. Если нас беспокоит производительность МУСа, нужно сокращать область его компетенции, а не делить ее, да к тому же по остаточному принципу. В идеале юрисдикция международных судов должна иметь исключительный, а не дополнительный (комплиментарный) характер; 3) несмотря на то, что Статут представляет собой разновидность универсального договора (принят под эгидой ООН), юрисдикция МУСа по лицам ограничена.

Принятие, подписание и парафирование Статута, его компромиссность и эклектичность породили, помимо прочего, коллизии Статута и национальных конституций (в части экстрадиции, иммунитетов и применимости пожизненного лишения свободы). Дело в том, что Основные законы большинства государств (ч. 1 ст. 61 Конституции РФ, например) исповедуют принцип покровительства, запрещают выдачу своих граждан другим странам в порядке уголовного преследования. Запрет абсолютен, он не знает никаких исключений, в том числе и для выполнения просьб МУСа. В этих условиях начались интерпретационные усилия. Выход ученые и дипломаты увидели в том, что конституции запрещают экстрадицию граждан *другим государствам*, но никак не регулирует процесс передачи виновных соотечественников *МУСу*. Кроме того, Статут говорит о *передаче* преступника международному суду и отличается этот юридический прием от *выдачи*, то есть «доставки лица одним государством в другое государство в соответствии с положениями международного договора, конвенции или национального законодательства».

Многие конституции (например, ст.ст. 91 и 98 Конституции РФ) предоставляют своим национальным лидерам и высшим должностным лицам иммунитеты от уголовного преследования. В нашей стране, в частности, он гарантирован по ст.ст. 91 и 98 Конституции Президенту и депутатам обеих палат Федерального Собрания. Статья же 27 Римского статута гласит, что его положения применяются «в равной мере ко всем лицам без какого бы то ни было различия на основе должностного положе-

ния... (часть 1). Иммунитеты или специальные процессуальные нормы, которые могут быть связаны с должностным положением лица, будь то согласно национальному или международному праву, не должны препятствовать осуществлению Судом его юрисдикции в отношении такого лица (часть 2)¹.

Наконец, предусмотренное Статутом наказание в виде пожизненного лишения свободы породило правовую коллизию в тех странах (Европы и Латинской Америки), где конституции запрещают бессрочное заключение и любые иные пожизненные наказания. Здесь, вероятно, конституционные поправки неизбежны, и никакие интерпретационные ухищрения не спасут. Но правозащитники не унывают: ссылаются на то обстоятельство, что по Римскому статуту пожизненное лишение свободы выглядит редкой мерой наказания, назначаемой лишь «в тех случаях, когда это оправдано исключительно тяжким характером преступления и индивидуальными обстоятельствами лица, признанного виновным в его совершении» (п. b ч. 1 ст. 77); что пожизненное лишение свободы заняло по правилам преемства место смертной казни и вскоре вообще исчезнет из арсенала уголовно-правовых средств; что к тому же МУС обязан пересматривать все приговоры к этой мере, если «лицо отбыло 25 лет» в местах заключения, с тем, чтобы определить возможность смягчения наказания (п. 3 ст. 111).

Итожим: наш обзор усилий и событий вокруг создания постоянного планетарного уголовного суда показывает, что: 1) в сфере борьбы с преступностью диалектическое противостояние идеи суверенитета и требований кооперации правоохранительных усилий наиболее жесткое; 2) МУС нужен в первую очередь небольшим государствам, не владеющим ядерным оружием; 3) мировые державы, и прежде всего США, рассматривают юрисдикцию МУСа как покушение на свои национальные интересы; 4) Римский статут 1998 года — временный компромисс на пути строительства будущего полноценного уголовного суда всей планеты; 5) без учреждения специализированных юрисдикционных учреждений самые человеколюбивые положения международного (уголовного) права мертвы либо выглядят пустой декларацией.

КОНЦЕПЦИЯ ВЫДЕЛЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРИРОДОРЕСУРСНОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

ВАСИЛЕНКО Екатерина Владимировна,
преподаватель кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В современной российской науке отсутствуют всесторонние исследования, посвященные комплексному анализу международных природоресурсных отношений, однако формулировки рассматриваемых правоотношений как «природоресурсных» встречаются среди исследователей актуальных проблем национального и международного права.

В иностранной литературе термин «природоресурсное право» («natural resources law») часто используется при проведении научных исследований и написании монографий.

В теории права вопрос о становлении самостоятельных отраслей в рамках системы права традиционно вызывает дискуссии. Расширение предмета правового регулирования междуна-

¹ Большинство специалистов сегодня склоняются к мысли, что иммунитетов от уголовной ответственности за международные преступления вообще быть не может; что национальные власти, руководствуясь здравым смыслом и чувством ответственности за будущее мира должны пойти на соответствующие конституционные поправки; что безнаказанность за геноцид, преступления против человечности и военные преступления развращает; что главное назначение иммунитета состоит в защите должностного лица от ненужного вмешательства в его правоммерную деятельность ex officio, а не в уходе от справедливого возмездия; что в основном ведутся постыдные разговоры о том, «в каком объеме нужно уступить суверенитет, а не о том, сможет ли МУС служить целям международного правосудия, призванного защитить мир от военных преступлений, преступлений против мира и человечности». URL: <http://www.icc.now.org> (вып. 1, ноябрь–декабрь 1999 г.).

родного права в последние десятилетия привело к становлению новейших отраслей международного права, значительная часть которых содержит нормы, регулирующие природоресурсные отношения. Мы, безусловно, разделяем точку зрения о необходимости взвешенного и разумного подхода при выделении новых отраслей, отраженного в обязательном наличии собственного предмета и метода правового регулирования, а также кодифицированных универсальных договоров, содержащих автономные нормы и специальные отраслевые принципы. Поэтому при делении международного права на отрасли нельзя руководствоваться исключительно «академическим интересом», который, тем не менее, играет решающую роль. Например, Е.С. Молодова отмечает, что «объединение определенной совокупности международно-правовых норм в группы позволяет не только выделить присущие данной отрасли принципы и институты и всесторонне их проанализировать, но и выявить определенные зависимости норм той или иной отрасли международного права от специфики своего предмета правового регулирования и, найдя эти особенности, способствовать в большей и лучшей мере такому развитию «своей» отрасли, которое бы плодотворным образом соответствовало интересам развития международных отношений и миропорядка в целом.

Однако, на наш взгляд, большинство международных отношений невозможно урегулировать в рамках одной отрасли, несмотря на известную однородность таких отношений. Как отмечает Р.З. Лившиц, «не удалось доказать тезиса о том, что определенной группе отношений соответствует одна и только одна отрасль права»¹. Это обусловлено тем, что «предметы отраслей переплетаются, взаимно пересекаются», и этот процесс непроизволен, «он отражает объективный факт регулирования одних и тех же общественных отношений с разными целями, под разными углами зрения и, следовательно, разными отраслями»². Наиболее наглядно это демонстрируют именно международные природоресурсные отношения, и их объект — различные виды «естественных богатств», разведка и освоение которых регулируются международным экологическим, морским, космическим, экономическим правом.

В связи с изложенным нами не ставится задача обособления становление международного природоресурсного права как самостоятельной отрасли МП. Несмотря на обилие международно-правовых документов, определяющих режим освоения и использования водных, энергетических, минеральных, биологических природных ресурсов, вряд ли в ближайшем или отдаленном будущем можно ожидать разработки единого универсального международного договора, регулирующего всю совокупность природоресурсных отношений. Даже одна из наиболее динамично развивающихся отраслей МП — международное экологическое право — не кодифицирована. Например, в монографии последних лет, посвященной вопросам МЭП отмечено, что «признаваемый всеми в настоящее время императив экологической безопасности и выживания человечества настоятельно диктует необходимость разработки и принятия государствами единого широкого универсального международно-правового акта... в данной области»³.

Как замечает М.Н. Копылов со ссылкой на научные труды М.И. Лазарева и Ю.М. Колосова, любая совокупность международно-правовых принципов и норм, претендующая на роль самостоятельной отрасли международного права, должна отвечать следующим условиям:

- наличие специфического круга общественных отношений, а также специфических норм, регулирующих отношения;
- достаточно крупная общественная значимость круга общественных отношений ;
- достаточно обширный объем нормативно-правового материала;
- заинтересованность общества в выделении новой отрасли права;
- специальные принципы права, регулирующие построение новой отрасли права;
- наличие единого широкого универсального кодифицирующего международно-правового акта⁴.

¹ Лившиц Р. З. Теория права: Учебник. 2-е изд. М.: БЕК, 2001. С. 115.

² Там же. С. 119.

³ Копылов М. Н., Копылов С. М., Кузьменко Э. Ю. Прогрессивное развитие и кодификация международного экологического права. Монография. М., 2007. С. 5.

⁴ Копылов М. Н. «Мягкое право»: его сущность и роль в регулировании международных экологических отношений / Актуальные проблемы современного международного права (материалы ежегодной межвузовской научно-практической конференции кафедры международного права РУДН). М., 2008. С. 221

Иногда систему международного права представляют как целостность его взаимосвязанных компонентов — договорных, обычно-правовых норм, а также правил, сформулированных в иных его источниках. К этим источникам прибавляют еще и отрасли международного права.

Но отрасль международного права, как отмечает М.Н. Копылов, это совокупность юридических норм, которые представлены соответствующими его источниками, прежде всего (но не только) в кодификационных конвенциях, регулирующих отношения субъектов международного права в определенной области, и которые характеризуются наличием принципов, применимых именно к регулированию отношений в данной области.

Сложность и вариативность правового регулирования природоресурсных отношений повышает актуальность споров о статусе комплексных правовых образований в системе права. А.К. Вяткина, критически исследовавшая позиции о юридической природе комплексных правовых образований, заметила, что авторы выдвигают противоположные точки зрения — от признания таковых в качестве самостоятельных отраслей права по причине наличия собственного предмета, метода и режима правового регулирования (С.В. Смирнов) до отрицания факта их существования, поскольку данные комплексные образования можно расценить как группы правовых норм, субъективно сформированные в рамках определенной правовой отрасли. Встречаются также утверждения о том, что более правильным является определение данных комплексных правовых общностей в качестве комплексных отраслей законодательства, поскольку образующие их правовые нормы сохраняют целостное единство в рамках существующих отраслей права, не выходя за пределы данной отраслевой структуры, и в связи с этим не создают дополнительных комплексных образований¹.

Резюмируя проведенные исследования, мы можем согласиться, что нормы, регулирующие международные природоресурсные отношения, целесообразно объединить в рамках *комплексного международно-правового образования*, которое можно определить как совокупность международно-правовых норм различной отраслевой принадлежности со специфическим предметом и смешанным методом правового регулирования, характеризующиеся единой направленностью на урегулирование международных природоресурсных отношений с дифференциацией международно-правовых режимов в зависимости от разновидности природного ресурса.

Перечисленные особенности были учтены и при разработке многосторонних соглашений, определяющих правовой режим освоения и использования ресурсов конкретных пространств со смешанным или международно-правовым режимом².

Отличительной особенностью названных договоров является то, что они распространяют действие на все разнообразие природных ресурсов конкретного пространства, как живых, так и неживых.

Регулирование природоресурсных отношений также осуществляется нормами международного экологического права.

Б.В. Ерофеев справедливо отмечает, что отличия природоресурсного права от права экологического отражены в предмете, методе правового регулирования и его источниках, указывая, что природоресурсное право изучает общественные отношения, складывающиеся по поводу отдельных природных ресурсов, в то время как предметом экологического права являются общественные отношения, касающиеся не столько самих природных объектов, сколько внутренних и внешних связей этих объектов, их свойств, состояний и процессов, происходящих в них.

Объектная сфера МЭП значительно шире, так как понятие окружающей среды включает не только природные ресурсы, но и природные объекты, любой компонент окружающей природной среды, оказывающий влияние на экосистему.

Более широкий, всеобъемлющий подход заключается в том, что в экономическом контексте, помимо естественных богатств природы, под ресурсами понимается все то, что необходимо для производства товаров. Э.Л. Кузьмин такими ресурсами называет экономические, финансовые, трудовые,

¹ Сильченко Н. В. О факторах построения и путях совершенствования правового классификатора // Вестник Балтийского федерального университета им. И. Канта. 2009. №9. С. 7–16.

² К таким договорам относятся Конвенция ООН по морскому праву 1982 года, подтвердившая и дополнившая ряд предложений, закрепленных Женевскими конвенциями по морскому праву 1958 года; Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела 1967 года, а также Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах 1979 года, Договор об Антарктике 1959 года, Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики 1980 года и Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики 1988 года.

интеллектуальные и другие, неизбежно принимающие форму товаров (полезные ископаемые, машины и оборудование, предметы массового потребления, продукты). Сюда же следует отнести и услуги¹. Поэтому автор называет международное экономическое право ресурсным правом. На наш взгляд, такое значительное обобщение не позволяет выделить какие-либо особенности МЭП, поскольку для любой совокупности общественных отношений, любой отрасли международного права необходим ресурсный базис.

Однако, такая точка зрения учтена при выделении в МЭП новых подотраслей. Поскольку естественные богатства составляют ядро отношений производства и потребления, базисный элемент международной торговли, некоторые группы норм, регулирующие сходные природоресурсные отношения, выделяют в качестве подотрасли международного экономического права. Речь идет о международном энергетическом праве.

В связи с отмеченным, следует сделать вывод, что международно-правовые нормы, регулирующие международные природоресурсные отношения, обладают рядом свойств:

— *во-первых*, разной степенью кодификации таких норм — в первую очередь, в связи с различной отраслевой принадлежностью, что влечет их многообразие и разнородность.

— *во-вторых*, отсутствием способа нормообразования, имеющего первостепенное значение. В своей работе «Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации» С.Ю. Марочкин, характеризуя международно-правовую систему, указывал на то, что в ней есть элементы романо-германской системы (в которой главную роль играют нормативно-правовые акты), англо-саксонской системы (с преобладающей прецедентной правом) и религиозной правовой системы, в которой широко распространены нормы обычая. Нормы международного права создаются путем заключения двусторонних и многосторонних договоров, безотрицательного признания правил, сложившихся в результате длительного применения, либо через посредство международных организаций, которые в пределах своей компетенции оказывают содействие государствам в формировании новых норм международного права².

— *в-третьих*, столкновением экономических и экологических интересов при разработке правил природопользования. Поэтому, несмотря на развитие международного экологического права в последние десятилетия, в его системе преобладают нормы «мягкого права». Н.А. Ушаков причинами такого доминирования называет:

— нежелание развивающихся государств принимать на себя строгие международные обязательства путем вступления в новые международные договоры и соглашения, зачастую влекущие за собой создание новых международных межправительственных организаций (ММПО). У таких государств, как правило, превагируют «опасения» расстаться с частью своего государственного суверенитета в его абсолютном понимании;

— дороговизну экологических программ и проектов;

— наличие более срочных социально-экономических проблем, таких, например, как продовольственная, ликвидация неграмотности и т.п.;

— эффект от инвестирования экологических проектов и программ в слишком отдаленной перспективе (через 25–50 лет);

— отсутствие во многих государствах должных материальных возможностей рационального использования окружающей человека природной среды, а также «наилучших практически применимых средств» для защиты окружающей среды.

При этом ряд авторов, исследовавших правовую природу международных экологических правоотношений, отмечает, что термин «мягкое право» используется для обозначения двух различных нормативных явлений. В одном случае речь идет об особом виде норм международного права, в другом — о неправовых международных нормах. В первом случае к этой категории относят нормы, которые в отличие от «твердого права» не создают четких, конкретных прав и обязанностей, а дают лишь общую установку. Для подобных норм типичны формулировки «добиваться», «стремиться», «принимать все необходимые меры» и т.п. Особую актуальность приобретает вопрос о правовой природе международных технических стандартов в области разведки и добычи природных ресурсов, в частности стандартов обеспечения безопасности при морской недродобычи. Как отмечает Е.С. Молодцова, такие стандарты представляют собой «рекомендации, которые при определенных обстоятельствах могут

¹ Кузьмин Э. Л. Международное экономическое право: Учебное пособие / Под. ред К. А. Бекашева. М.: Проспект, 2007.

² Мингазов Л. Х. Теория международного права. Т. 1. М.: НИМП, 1999. С. 21.

приобрести обязательный характер». Это мнение разделяет и Э.Ю. Кузьменко, рассматривая правовую природу международных стандартов ИКАО, ИМО, ФАО, МАГАТЭ. В своем диссертационном исследовании она делает вывод, что «так называемые стандарты, принимаемые целым рядом международных организаций в сфере охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности... представляют собой некий полуфабрикат правовой нормы и одновременно иллюстрацию правотворческой функции конкретной международной организации. По своей природе и по процедуре принятия стандарты отличаются от международных договоров и предназначены либо для внутреннего применения, либо для включения в договорную практику государства»¹.

В-четвертых, действие и содержание международных природоресурсных норм становится все более дифференцированным в отношении основных обязательств развитых и развивающихся стран. Этому свойству посвящено исследование А. Халворссен, в котором автор анализирует в основном экологические нормы международных договоров, отмечая, что «некоторые экологические соглашения содержат дифференцированные обязательства для различных категорий участников»².

Как правило, речь идет о развитых и развивающихся странах, однако в Конвенции об изменении климата, обязательства дифференцированы на три группы:

- обязательства развитых стран, (включая страны ОЭСР и страны, находящиеся в процессе перехода к рыночной экономике) принимающих обязательства по ограничению антропогенных выбросов;
- обязательства стран ОЭСР, заключающиеся в предоставлении развивающимся странам финансовой помощи, чтобы последние могли выполнять общие обязательства;
- обязательства развивающихся стран.

Подчеркнем, что Рамочная конвенция об изменении климата требует от участников сообщать о своих национальных программах, содержащих меры по смягчению последствий изменения климата. Это обязательство должно быть выполнено в течение 6 месяцев после вступления конвенции в силу для развитых стран; через три года для сторон, не включенных в приложение I Конвенции (для развивающихся стран). Наименее развитые государства могут представить отчеты в любой срок по своему усмотрению. Очевидно, что развивающимся государствам предъявлены преференциальные требования к предоставлению отчетности, следовательно, и к обеспечению обязательств.

А. Халворссен отмечает, что следующим шагом в развитии международных экологических норм может стать дифференциация обязательств развивающихся стран³. Иными словами, речь идет о позитивной фрагментарности международных обязательств как основном пути заключения и получения согласия на обязательность многосторонних, в том числе универсальных, природоресурсных соглашений. О целесообразности дифференцированного подхода писали Л. Сасскинд и К. Озава, отмечая, что процесс создания международных природоресурсных норм должен учитывать различные возможности развитых и развивающихся государств, в связи с чем для делегаций, не имеющих достаточных знаний о технических и научных аспектах экологических вопросов, должны быть организованы семинары, «круглые столы» и неформальные брифинги по их требованию, координируемые Программой развития ООН (ПР ООН)⁴.

В-пятых, при регулировании международных природоресурсных правоотношений часто применяются так называемые «каучуковые» или оценочные нормы, то есть нормы неопределенного содержания. В зарубежной литературе в отношении таких норм используются термины «vague norms» или «vague standards»⁵. Отметим, что названные установления зачастую встречаются в нормах-дефинициях и исходных нормах. В случае возникновения международного спора в отношении толкования или применения международного договора, содержащего оценочные нормы, их содержание определяется судом в каждом конкретном случае особо в зависимости от обстоятельств дела. Рассматривая право-

¹ Кузьменко Э. Ю. Кодификация и прогрессивное развитие международного экологического права. Автореферат дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

² Halvorssen A. M. Equality among Unequals in International Environmental Law: Differential Treatment for Developing Countries. Westview Press. Boulder, CO. 1999. P. 85.

³ Halvorssen A. M. Loc. cit. P. 86.

⁴ Susskind L., Ozawa C. Negotiating More Effective International Environmental Agreements in The International Politics of the Environment. Hurrell A., Kingsbury B. eds. 1992. P. 156.

⁵ Endicott T. «The Value of Vagueness», in Bhatia, Vijay K., Jan Engberg, Maurizio Gotti and Dorothee Heller eds), Vagueness in Normative Texts, Bern: Peter Lang, 27–5. 2005. MacCormick N. Institutions of Law: An Essay in Legal Theory, Oxford: Oxford University Press. 2007.

вой режим международных рек, Дэвид Кэрон указывал, что при наличии спора между прибрежными государствами последствиями введения таких норм в международный договор может стать причиной выбора внесудебных средств разрешения споров, например переговоров, так как зачастую судебное толкование может дать «непредсказуемый результат»¹.

Неоднозначность правовых норм, содержащихся в международном природоресурсном соглашении, является способом избежать противоречий при обсуждении сторонами проекта международного договора, делая все более применимой международную практику по учреждению специальных комитетов для дальнейшего изучения возможности заключения соглашения по конкретным вопросам. Правопреимниками таких комитетов часто являются международные институциональные образования, действующие на постоянной основе. Так, например, положения о «справедливом использовании» оказались полезными в ходе переговоров при принятии израильско-палестинской Декларации принципов 1993 года о временных мерах по самоуправлению, которая, помимо названной оценочной нормы, не урегулировала остающихся актуальными и на современном этапе вопросов трансграничного освоения и использования водных ресурсов. Однако, в соответствии с Приложением III Декларации 1993 года для целей решения этих вопросов создается израильско-палестинский комитет по экономическому сотрудничеству, первоочередной задачей которого является сотрудничество в области водопользования, включая программу освоения водных ресурсов, подготовленную специалистами обеих сторон².

Поскольку употребление термина «международное природоресурсное право» уместно только в качестве его характеристики как комплексного правового образования, международно-правовые принципы, регулирующие деятельность по освоению и эксплуатации природных ресурсов также имеют разноотраслевую принадлежность. Это могут быть общие принципы права, принципы различных отраслей МП (международного экологического права, международного энергетического права, международного инвестиционного права) а также специальные принципы, регулирующие разведку и эксплуатацию одного или нескольких природных ресурсов, или всех ресурсов в рамках конкретного пространства или территории (например, принципы, регулирующие деятельность государств по освоению ресурсов Международного района морского дна.

На наш взгляд, для развития природоресурсного права наиболее важное значение имеет концепция устойчивого развития, впервые выдвинутая во Всемирной стратегии охраны природы 1980 года, впоследствии была сформулирована в 1987 году в докладе Международной комиссии по окружающей среде и развитию (далее — МКОСР). Комиссия уделила основное внимание необходимости «устойчивого развития» («sustainable development»), при котором «удовлетворение нужд нынешнего поколения происходит без ущерба для возможностей будущих поколений удовлетворять свои потребности»³. Содержащееся в докладе определение, на наш взгляд, следует отнести к таким специальным правовым средствам как нормы-дефиниции, так как оно не влечет юридических последствий; не содержит способов правового регулирования (дозволения, предписания, запрета), не носит предоставительно-обязывающего характера; ориентировано на само объективное право и обладает собственной структурой, состоящей из гипотезы и диспозиции.

А. Н. Вылегжанин отмечает, что «принцип устойчивого развития является одним из основополагающих принципов международного экономического права»⁴, признавая, однако, что «единого акта, содержащего развернутое изложение его юридического содержания, нет»⁵.

Принцип устойчивого развития нашел закрепление в Декларации Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию 1992 года (*см. далее — Декларация Рио*), Декларации тысячелетия 2000 года,

¹ Caron D. The Frog that Wouldn't Leap: The International Law Commission and its Work on International Watercourses. *International Environmental Law & Policy Journal*, Colo. 3, 2003. P. 269, 273.

² Israel — PLO Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements, 13 Sept. 1993, reprinted in (1993) 32 ILM 1525, Annex II; and the Israeli — Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip, Washington, 28 September 1995, Annex III, Protocol Concerning Civil Affairs, Appendix 1 — Powers and Responsibilities for Civil Affairs, Article 40 (Water and Sewage), and Schedule B; Israel — Jordan Treaty of Peace of 26 October 1994, (1995) 324 ILM 46 (Annex II)

³ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*. Oxford, Oxford University Press, 1987. P. 43.

⁴ Международное право: Учебник / Под. ред. А. Н. Вылегжанина. М., 2010. С. 574.

⁵ Там же. С. 575.

Йоханнесбургской декларации по устойчивому развитию 2002 года, содержащих общие положения и заявления без достаточной конкретизации, а также не создающие обязательств у субъектов международного права. Более того, соглашаясь с теоретиками права о юридической природе дефиниций, следует сделать вывод о том, что определение понятия «устойчивое развитие» в докладе МКОСР содержит дефект дефинитивной нормы, формулируемый в правовой науке как «отсутствие единообразия, однозначности в использовании дефиниций»¹. Анализируя определение устойчивого развития, К. Шайн отмечает, что «сама широта это определения означает, что, по крайней мере в настоящее время, оно остается скорее призывом, нежели нормой или мерой»².

Тем не менее, несмотря на декларативный характер, международно-правовые нормы, содержащиеся в названных документах, продолжают трансформироваться в нормы внутреннего законодательства государств.

На примере России можно заключить, что этапами рецепции принципов устойчивого развития в законодательство РФ являются:

1) создание определительно-установочных норм, которые, следуя классификации видных теоретиков права, являются разновидностью исходных (отправных, учредительных) норм, определяющих основы правового регулирования общественных отношений, и закрепляют правовые категории и понятия. На наш взгляд, именно такие нормы содержатся в Основных положениях государственной стратегии Российской Федерации по охране окружающей среды и обеспечению устойчивого развития, одобренных Указом Президента РФ №236 от 04.02.1994 года, а также в Концепции перехода Российской Федерации к устойчивому развитию, утвержденной Указом Президента РФ №440 от 01.04.1996 года.

2) конкретизация исходных норм в общих правилах поведения непосредственного, прямого регулирования отношений, составляющих предмет той или иной отрасли права; в частности, в норме ст. 3 ФЗ «Об охране окружающей среды» от 10.01.2002 года, согласно которой хозяйственная и иная деятельность органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, юридических и физических лиц, оказывающая воздействие на окружающую среду, должна осуществляться на основе принципа научного обоснованного сочетания экологических, экономических и социальных интересов человека, общества и государства в целях обеспечения *устойчивого развития* и благоприятной окружающей среды.

3) детализация общих правил поведения в специальных нормах, относящихся к отдельным институтам и подотраслям. Так, ст. 29 ФЗ «Об электроэнергетике» от 26.03.2003 г. указывает на то, что инвестиционная политика государства в электроэнергетике направлена на обеспечение ее устойчивого развития.

ИНТЕГРАЦИОННЫЕ ОБЪЕДИНЕНИЯ КАК УЧАСТНИКИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ

ВОЛОВА Лариса Ивановна,

д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой международного права юридического факультета
ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В современный период возникла необходимость глубокого изучения и осмысления теоретических и практических вопросов развития этапов международной экономической интеграции и особенностей формирования интеграционных связей в каждом конкретном интеграционном объединении. Процесс создания интеграционных объединений начал активно развиваться в начале XXI века, что связано со стремлением государств усилить свою безопасность и использовать возможности интеграции для успешного экономического развития. Возникла реальная потребность в создании определенной институциональной системы интеграционных связей. Для России чрезвычайно важно усилить взаимодействие с существующими и создаваемыми интеграционными объединениями, такими как Европейский Союз, Ассоциация свободной торговли (НАФТА), Евразийский Союз. В настоящее время для РФ первостепенное значение имеет активизация ее участия в Евразийском Союзе, для этого требуется успешное осуществле-

¹ Ушакова Л. Н. Дефиниция как нетипичное правовое средство законодательной техники.

² Шайн К. Защита окружающей среды в соответствии с Договором к Энергетической Хартии.

ние договора о Евразийском Союзе, который определит механизм данной интеграции и станет основой разработки других международно-правовых актов, конкретизирующих положения данного договора.

В основе всех действующих интеграционных объединений лежит глубоко проработанная правовая база, включающая международные договоры и внутригосударственные акты государств-участников. Глубоко изучение сущности региональных интеграционных объединений дает основания выделить их в самостоятельную группу участников международных экономических отношений, поэтому остается необходимость определить особенности их участия в таких отношениях.

По сравнению с другими участниками международных экономических отношений, интеграционные объединения обладают рядом преимуществ, заключающихся в их способности более активно реализовывать договорную практику и достигать углубленного взаимодействия государств в рамках этих объединений.

При этом многое зависит от объема тех полномочий, которые переданы государствами-участниками данному интеграционному объединению. Интеграционное объединение как институциональная структура обеспечивает переход государств-участников от экономического сотрудничества к экономической интеграции.

Создавая интеграционные объединения, государства заключают международные договоры экономической интеграции, имеющие свою специфику. Характерно, что эти договоры затрагивают интересы не только государств-участников, но и третьих стран.

Регулирование деятельности интеграционных объединений осуществляется и на основе норм, регулирующих международные экономические отношения, и специальных норм, регламентирующих международную экономическую интеграцию.

Нужно также юридически обеспечить успешное функционирование созданных интеграционных объединений, а для этого требуется четкая реализация принятых их органами внутриинтеграционных актов.

Между государствами имеются различия взглядов по вопросам целей, задач, правовой основы интеграционных объединений, их места в региональной и универсальной интеграционных системам и перспективах их развития. Было бы желательно выработать общую позицию государств по вышеозначенным вопросам. Наблюдаются новые тенденции в развитии интеграционных объединений, что напрямую влияет на увеличение их вклада в расширение и углубление интеграционного сотрудничества.

Для вновь создаваемых интеграционных объединений полезным было бы систематизировать все уже разработанные международно-правовые нормы, регулирующие интеграционное сотрудничество государств, и использовать накопленный опыт уже действующих интеграционных объединений. В первую очередь нужно использовать опыт тех региональных интеграционных объединений, в договорах о создании которых подробно излагаются права и обязанности государств-участников и четко закрепляются принципы интеграционного объединения, например, Европейского Союза.

К принципам интеграционного объединения относятся:

- 1) принципы, являющиеся обязательными для государств-участников;
- 2) договорные принципы, действующие только в случае заключения специального договора.

Особенность договорных принципов состоит в том, что они определяют правовые режимы и не закрепляются в уставах интеграционных объединений.

При создании интеграционных объединений происходит взаимодействие и взаимопроникновение правовых систем государств друг в друга. В науке международного права имеются разные точки зрения по вопросу места норм, регулирующих экономическую интеграцию, в той или иной конкретной отрасли международного права. Так, проф. В.М. Шумилов высказывается в пользу выделения права интеграции в качестве новой отрасли международного права, а право экономической интеграции он относит к международному экономическому праву¹.

Проф. А.Я. Капустин глубоко обосновал юридическую природу права интеграции в различных регионах земного шара, четко сформулировал концепцию взаимодействия национального права государств-участников интеграционных объединений и права, создаваемого интеграционными объединениями. Он разработал также концепцию международной организации интеграции и выделил закономерности развития ее правовой и институциональной системы, определил особенности международно-правового статуса интеграционных объединений.²

¹ Шумилов В. М. Международное экономическое право: учебник для магистров. М.: Юрайт, 2011. С. 300.

² Капустин А. Я. Через международное право к интеграции // Евразийский юридический журнал. 2010. №1. С. 5.

Некоторые авторы право экономической интеграции относят к праву международных организаций в качестве его подотрасли.

Есть также точка зрения о том, что интеграционному объединению присущи признаки международной межправительственной организации, конфедерации и федерации¹. Встречается мнение, что интеграционные объединения представляют собой международные организации интеграционного типа. В то же время они полагают, что, хотя региональные интеграционные объединения имеют аналогичную природу что и международные организации, но тем не менее характеризуются некоторыми специфическими чертами (В.Б. Рыжов)².

Главная общая черта между интеграционными объединениями и международными организациями состоит в том, что и те и другие создаются на основе международного договора, но далее различий между ними имеется больше, чем сходства. Эти различия состоят в следующем: у них различный состав государств-участников; они различаются по целям; у них различная структура органов; они имеют разную организационную структуру; у них особые методы взаимодействия между самими государствами-участниками и объединения с государствами-участниками. Они различаются также по методу правотворчества и по юридической силе разрабатываемых правовых актов.

Чем же отличаются цели интеграционных объединений от целей международных организаций? Это различие состоит в том, что цель интеграционных объединений заключается в «подтягивании» уровня экономического развития более слабых государств к более развитым, а цель международных организаций — в достижении более тесного и эффективного сотрудничества между государствами-членами. Сущность интеграционных объединений в отличие от сущности международных организаций заключается в том, что они представляют собой особый механизм взаимодействия самих государств-участников и этот механизм направлен на поэтапное усиление интеграции. Сущность международных организаций состоит в содействии сотрудничеству между самой организацией и другими субъектами международного права, не являющимися ее членами. Имеет место также отличие интеграционных объединений от международных организаций по системе органов.

Так, только в системе интеграционных объединений создаются парламентские органы и специальные суды, при этом они отличаются друг от друга различным уровнем развития. В отличие от этого, у международных экономических организаций возникает реальная потребность, диктуемая целью углубления экономического сотрудничества государств-членов, в создании особых постоянных международных органов с управленческими полномочиями. Отличительным признаком этих органов является то, что порядок их создания и компетенция четко регламентированы уставом международной организации и дополнительными актами, разработанными в последующем государствами-членами. В отличие от этого, в интеграционных объединениях государства-участники устанавливают весьма жесткий контроль за порядком создания, процедурой и практикой деятельности своих органов. Интеграционные объединения отличаются от международных организаций также и тем, что в них многое зависит от степени доверия и характера отношений между государствами-участниками, в то время как в международных организациях такой зависимости нет. В соответствии со своими уставами органы международных организаций принимают решения, в которых закрепляется общая позиция государств-членов по рассматриваемому вопросу, и чаще всего органы международных организаций принимают решения рекомендательного характера (как, например, Генеральная Ассамблея ООН).

В интеграционных объединениях в случае наличия доверия между государствами-участниками его органы принимают решения, в которых закрепляются юридические обязательства. В случае же наличия недоверия между государствами-участниками органы интеграционного объединения разрабатывают решения, в которых закрепляются только политические позиции государств-участников. Именно так ранее было в ЕврАзЭС.

В системе некоторых интеграционных объединений имеются органы, уполномоченные разрабатывать такие нормы, которые не вправе принимать органы международных организаций, например, в МЕРКОСУР.

Необходимо выделить еще один характерный признак интеграционных объединений, заключающийся в большей эффективности действия создаваемого в них права, чем в международных организациях.

¹ Корниенко Н. Ю. Европейское сообщество в современных процессах мирового развития // Российский ежегодник международного права. СПб, 2000. С. 254.

² Рыжов В. Б. Международно-правовые модели региональных интеграционных объединений (на примере Европейского союза, МЕРКОСУР и ЕврАзЭС). Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2007. С. 2.

Право, создаваемое в рамках каждого интеграционного объединения, имеет свою специфику и представляет собой единый комплекс норм, формируемых на основе общего международного права и конкретизируемых органами объединения по уполномочению государств-участников.

Итак, в рамках интеграционных объединений формируется право, отличающееся определенной спецификой. Важно выделить, что формирование норм права каждого интеграционного объединения представляет собой процесс конкретизации норм международного права, прежде всего, норм международного экономического права. Таким образом, органы интеграционных объединений принимают правовые акты, которые содержат и юридически обязательные, и рекомендательные нормы. Задачей интеграционных объединений является достижение унификации правовых порядков государств-участников в конкретных областях. Но первостепенной целью является достижение экономической интеграции, что очень сложно, поскольку это требует лояльного участия соответствующих властей государств-участников. В связи с этим зачастую процесс экономической интеграции затягивается, и поэтому встает вопрос о его более быстром продвижении.

Право, формируемое в рамках интеграционных объединений, способствует прогрессивному развитию как международного права, так и внутригосударственного права государств-участников. Этому содействует механизм организационной структуры интеграционных объединений, часто называемый организационным механизмом интеграции.

Как было сказано выше, интеграционные объединения создаются для унификации правовых порядков государств-участников в одной или нескольких областях. Достижение этого обеспечивается наличием признака «наднациональности», характерного для некоторых международных экономических организаций и всех интеграционных объединений. «Наднациональность» означает, что органы таких объединений вправе принимать решения, обязательные для государств-участников и действующие на их территориях. Признак «наднациональности» способствует усилению хозяйственной интеграции государств в пределах определенного региона.

Интеграция в рамках интеграционных объединений означает создание единого целого из отдельных составных элементов, а именно из государств-участников. Например, формирование единого экономического пространства, в рамках которого государства-участники получают весьма выгодные условия для своего экономического развития.

Очень важно установить порядок осуществления органами объединения и государствами-участниками контроля за ходом реализации актов интеграционного объединения.

Обобщение практики ныне действующих, отличающихся друг от друга региональных интеграционных объединений доказывает, что их особенность, проявляющиеся в разных регионах, зависят от более высокого или низкого уровня развития интеграции, а также от степени экономического развития соответствующего региона и каждого государства-участника в отдельности. На степень успешности развития того или иного интеграционного объединения влияют закономерности, определяющие их создание, уровень взаимодействия государств-участников и интенсивность создания в их рамках соответствующих органов и юридической базы.

Успех функционирования интеграционного объединения зависит от того, насколько законодательство государств-участников быстро проходит этапы сближения, гармонизации, унификации¹. Средства и методы, которыми располагает международное право, играют важную роль в создании права интеграционных объединений, но постепенно потребовалось определить особые методы интеграционного права, поэтому в системе международного права стало формироваться, по мнению проф. В.М. Шумилова, «право интеграции»².

Достоинством интеграционных объединений является и то, что в них обеспечивается свобода перемещения товаров, услуг, финансов, капиталов, рабочей силы.

Среди ученых сложилось единство мнений относительно классификации форм экономической интеграции. К ним относятся: общий рынок, зона свободной торговли, экономический союз, таможенный союз, валютный союз. Для достижения каждой формы экономической интеграции необходимо пройти определенные этапы, каждый из которых характеризуется определенными признаками и регулируется конкретными нормами соответствующего международного договора. Именно при переходе от одной формы интеграции к другой особую роль играют органы интеграционных объединений.

¹ Барков А. В. Проблемы гармонизации в Евразийском экономическом сообществе // Журнал российского права. №8. 2003. С. 137.

² Шумилов В. М. Указ соч. С. 201.

ний, обладающие наднациональными полномочиями, поэтому постепенно расширяется компетенция этих органов и расширяются их полномочия.

Характерно, что быстрота изменения норм интеграционных объединений напрямую зависит от глубины развития процесса интеграции. Многие также зависят от позиции государств-участников, от их желания либо только согласовывать какие-то правовые решения в рамках интеграционного объединения, либо создавать единое правовое пространство. Степень интенсивности интеграционного процесса напрямую зависит от желания государств-участников, поэтому нужно умело проводить работу по сближению их интересов. Характерным признаком является также и то, что интеграционные объединения создают правовые нормы, которые действуют в том числе и на территориях государств-участников. Главным для успешной деятельности интеграционных объединений является достижение баланса интересов самого интеграционного объединения и государств-участников. Для успеха функционирования того или иного интеграционного объединения важное значение имеет также наличие среди государств-участников хотя бы одного из них, обладающего большим экономическим потенциалом и имеющего большое политическое влияние в регионе, а также единое желание государств-участников к углублению интеграции и унификации правопорядков.

Для создания единого экономического пространства необходимо, чтобы государства-участники утвердили план действий на определенные годы, в котором предусматривается разработка и подписание международных договоров, обеспечивающих формирование единого экономического пространства. После этого налаживается практическая работа по реализации этих соглашений, которая напрямую связана с выполнением правительствами государств-участников интеграционных объединений своих обязательств по соглашениям.

Для подтверждения этого целесообразно привести пример по созданию Евразийского Союза. 18 ноября 2011 г. Президенты Российской Федерации, Республики Казахстан и Республики Белоруссия подписали Декларацию о Евразийской экономической интеграции, Договор о Евразийской Экономической комиссии и Решение о Регламенте Евразийской Экономической комиссии. С 1 января 2012 г. Евразийская Экономическая комиссия приступила к работе и был введен в действие пакет международных договоров, регламентирующих Единое экономическое пространство. Эти страны взяли на себя обязательства до конца 2011 г. выполнить внутригосударственные процедуры, требующиеся для вступления в силу Договора о Евразийской Экономической комиссии от 18 ноября 2011 г.

Евразийский экономический союз должен быть создан в 2015 г., и тогда будет достигнута полная интеграция государств-участников в его рамках.

Создание Евразийского Союза будет способствовать повышению инвестиционной привлекательности экономик государств-участников, повлияет на ускорение процесса модернизации их экономик.

При благоприятных условиях создание Союза может ускориться и успешно завершиться, повлияв на поднятие экономического уровня государств-участников, повышение их технологического уровня. Интеграционные объединения способны выполнять самостоятельную роль как участники международного экономического сотрудничества, способствуя его развитию. Для этого необходимо разработать долгосрочную стратегию интеграции с учетом интересов интеграционного объединения и интересов всех государств-участников. Для достижения успехов деятельности интеграционных объединений необходимо постоянно совершенствовать механизм функционирования органов интеграционного объединения, в которых представлены все государства интеграционного объединения. Четкая работа каждого органа вносит свой вклад в развитие интеграционных процессов в обеспечении управления хозяйственными комплексами в рамках объединения. Особенно успешно в рамках интеграционных объединений осуществляется взаимовыгодное развитие сотрудничества государств в таких секторах экономики, как электроэнергетика, связь, газовая отрасль, транспорт и др.

В рамках каждого интеграционного объединения сложилась практика разноразмерной и разносторонней интеграции. В основе будущих интеграционных объединений должны быть положены такие проверенные в мировой практике принципы, как учет уровня экономического развития каждого участника при формировании бюджета и при голосовании, соблюдение норм финансовой отчетности, применение эффективного механизма принятия и исполнения решений.

Перспектива развития интеграционного объединения во многом зависит от активного создания в его рамках совместных предприятий и транснациональных предприятий, а также от реорганизации ведущих банков государств-участников и совершенствования международных расчетов между государствами-участниками и между интеграционными объединениями и ими.

Как было сказано выше, для успешного функционирования интеграционных объединений необходимо создать единое пространство в сфере экономики и совместную собственность государств-участников объединения. Это усилит влияние их на перспективы развития мировой экономики.

В заключение следует констатировать, что для успешного создания интеграционного объединения недопустимо необоснованное ускорение объединительных процессов.

Успех интеграционного процесса в рамках интеграционного объединения во многом зависит от активности судов, создаваемых в их структурах. Именно суды интеграционных объединений обеспечивают соблюдение норм интеграционного права.

Государства, вступившие в интеграционные объединения, сохраняются как полноправные субъекты международного права, имеющие право реализовывать самостоятельную международную экономическую политику в соответствии со своим национальным правом, международным правом и правовыми нормами, разрабатываемыми интеграционными объединениями. Государства-участники, передавая интеграционным объединениям часть своих полномочий, рассчитывают усилить экономическую интеграцию в рамках развития интеграционного объединения. Однако государства-участники продолжают обладать суверенитетом.

Объективно государства заинтересованы в активном вовлечении в интеграционные объединения других государств, в укреплении их взаимодействия в рамках объединения в повышении авторитета решений, принимаемых органами интеграционных объединений.

Активизация интеграционных процессов действительно требует новых правовых решений, в первую очередь это касается уточнения соотношения правовых систем государств-участников и самих интеграционных объединений, выявление новых форм их взаимодействия, определение форм взаимодействия органов интеграционных объединений.

Важным средством совершенствования деятельности интеграционных объединений является укрепление института независимой правовой экспертизы внутренних актов, разрабатываемых органами интеграционных объединений. Есть необходимость повышения правового статуса интеграционных объединений и расширения полномочий их органов по основным направлениям сотрудничества.

Формирование общего правового пространства в рамках интеграционных объединений должно сопровождаться обеспечением единообразного применения их внутреннего права на территориях всех государств-участников. Важно также установить соотношение между собой правовых актов, разрабатываемых в рамках интеграционных объединений.

ВНЕСУДЕБНЫЙ ПОРЯДОК РАЗРЕШЕНИЯ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ С УЧАСТИЕМ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ

КОЗЛОВ Денис Валерьевич,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Под коммерческим спором следует понимать любое взаимное пререкание, словесное (устное или письменное) столкновение, в котором каждая из сторон отстаивает свое мнение, доказывает свою правоту в рамках предпринимательской деятельности. В большинстве источников, да и в обыденном понимании происходит фактическое отождествление коммерческих и судебных споров. Однако на самом деле львиная доля споров не доходит до суда, разрешаясь либо до подобного разбирательства, либо вне его рамок. Несмотря на значительный удельный вес таких случаев, они традиционно остаются слабо охваченными в современной юридической литературе. Настоящая статья призвана немного восполнить данный пробел, уделив внимание разновидностям внесудебного порядка разрешения коммерческих споров с участием иностранных лиц. Подобный порядок можно рассматривать как альтернативу судебному процессу по разрешению коммерческих споров.

При этом развитие экономических отношений все более сближает между собой судебное разбирательство в рамках национальных судебных систем отдельных государств и третейское разрешение споров с помощью международных коммерческих арбитражей. Последние органы в настоящее время становятся главной инстанцией в разрешении чисто коммерческих споров между физическими и юридическими лицами отдельных государств. В случае, когда в отношениях одна из сторон представляет собой государственные органы, несмотря на формальное равноправие, выбор места судопроизводства остается именно за этими органами (за редчайшим исключением) и, разумеется, происходит в суде общей юрисдикции и арбитражном суде данного государства. Таким образом, третейское разбирательство (международный коммерческий арбитраж) следует рассматривать как еще один вид судебного разбирательства наряду с арбитражными судами.

Перед анализом внесудебных способов разрешения коммерческих споров с участием иностранных лиц следует сказать несколько слов об основных правилах ведения спора, соблюдение которых позволит прийти сторонам к взаимно устраивающему их соглашению.

- Умение правильно определить предмет спора и выделить пункты разногласия. Под предметом спора следует понимать те положения, которые подлежат обсуждению. Необходимо также осуществить четкий и грамотный перевод этих положений на язык контрагента.

- Постоянное отслеживание главных положений, из-за которых ведется спор. Нельзя дать себя увести в сторону и погрязнуть в мелки и незначительных деталях, разрешение которых ничего не даст. Тем более не следует позволять делать подобные вещи оппоненту.

- Четкое определение своей позиции в споре. Она должна быть ясной и понятной другой стороне и, что важно последовательной не смотря ни на что и вытекающей из предмета и целей спора. Лучше несколько раз повторить наиболее важные моменты, дабы убедиться, что иностранный гражданин или организация правильно поняли вашу позицию.

- Правильно пользоваться в споре понятиями. Необходимо убедиться, что обе стороны понимают одно и то же, употребляя одинаковые термины. Проблемы могут возникнуть не только из-за трудностей перевода, но и вследствие многозначности используемых терминов, а также из-за расширительного или наоборот уменьшительного толкования.

- Уважение к оппоненту и его требованиям. Демонстрация недовольства и презрения к другой стороне спора — лучший способ провалить переговоры, обострить отношения и добиться провала.

- Сохранение выдержки и самообладания в споре. Не следует поддаваться на провокации оппонента, наоборот их следует внимательно отслеживать. Неспособность противоположной стороны привести аргументы по существу спора свидетельствует о слабости ее позиции, что следует использовать в своих интересах.

- Обращение внимания на поведение оппонента, верная оценка его действий. Способность понять глубинные мотивы действий контрагента является одним из решающих факторов для достижения необходимого соглашения. Нередко помимо высказываемых аргументов у противоположной стороны есть и некоторые иные соображения, крайне важные для нее, но которые она не торопится озвучивать в силу ряда причин.

- Подбор убедительных аргументов для обоснования своей позиции и опровержения позиции собеседника. На первый взгляд это прописная истина, которую, тем не менее, многие не считают нужным соблюдать. Однако следует учитывать, что убедительными аргументы должны быть не для вас, а для противоположной стороны и окружающих. Разницу в менталитете, взглядах, подходах, ценностях и прочие нюансы между российскими и иностранными предпринимателями никто не отменял¹.

Исходя из вышеизложенного, в настоящей статье будут рассмотрены следующие способы разрешения коммерческих споров с иностранными гражданами и организациями: прямые переговоры, посредничество и медиация.

1. Переговоры — обмен мнениями для заключения какого-нибудь соглашения. Самая первая стадия, с которой начинается поиск компромисса и взаимовыгодного сотрудничества между сторонами. Любое сотрудничество между сторонами, в том числе и с участием иностранных лиц начинается со знакомства и следующих за ним переговоров, на которых вырабатываются условия будущих договоров по перемещению и поставке товаров, выполнению работ и оказанию услуг.

Согласно ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК), гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты.

Граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

Гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Товары, услуги и финансовые средства свободно перемещаются на всей территории Российской Федерации.

¹ Введенская Л. А. Павлова Л. Г. Риторика для юристов. Ростов н/Д: Феникс, 2007. С. 318–335.

Ограничения перемещения товаров и услуг могут вводиться в соответствии с федеральным законом, если это необходимо для обеспечения безопасности, защиты жизни и здоровья людей, охраны природы и культурных ценностей.

Иными словами все существенные условия договора, а также иные моменты, необходимые для долгого и плодотворного сотрудничества стороны формулируют в результате переговоров. Юридическая помощь отечественным предпринимателям (как индивидуальным предпринимателям, так и коммерческим организациям) в ходе данных переговоров — это важная составляющая профессиональной работы юриста-международника. В то же время необходимо учитывать, что помимо юристов интересы отечественных предпринимателей должны отстаивать экономисты, а также специалисты отрасли народного хозяйства, в которой предполагается вести коммерческую деятельность (например, при строительстве — снабженцы, инженеры и строители; в сельском хозяйстве — специалисты агропромышленного комплекса; в образовании — преподаватели и сотрудники административно-управленческого персонала).

Поскольку область международного частного права справедливо считается самым сложным направлением среди правовых дисциплин юристу-международнику помимо знания национального и международного права, а также права страны, резидентом которой является контрагент, необходима помощь иных специалистов для правильной выработки статей договора. В противном случае велика опасность, что формально правильно составленный договор окажется неисполнимым или трудно неисполнимым из-за отсутствия в нем четко прописанных и не поддающихся двусмысленному толкованию положений необходимых для конкретных исполнителей и работников.

Однако проведение переговоров не исчерпывается стадией предшествующей заключению договора. Жизнь всегда сложнее норм законодательства и достаточно часто возникают случаи, которые стороны не предусмотрели при составлении первоначального текста договора. Причем чем долгосрочней отношения, тем выше вероятность подобного сценария.

В хорошей ситуации стороны договариваются друг с другом о преодолении возникших разногласий, после чего повторяются все, что предшествовало заключению договора. Однако бывает, что контрагент не настроен в силу различных причин идти на изменение отношений. В это случае следует провести тщательную подготовительную работу перед и для проведения переговоров.

Начинать необходимо с составления протокола разногласий или претензии, в которой будет четко изложены спорные положения договора или его исполнения и предложения по их изменению. Данное обстоятельство позволит очертить круг вопросов, по которым стороны должны придти к соглашению. Кроме того, следует определиться с составом представителей на переговорах. Целесообразно при этом ориентироваться на самый худший результат переговоров и быть к нему готовым, смоделировав различные варианты развития событий.

Последним условием является определение сроков для переговоров. По их истечению они должны либо завершиться принятием и подписанием нового соглашения или стороны констатируют факт недостижения соглашения. В этом случае следует либо разрыв отношений с практически неминуемым судебным разбирательством либо использование других возможностей для поиска компромисса.

2. Посредничество как примирительная процедура — это способ урегулирования спорной ситуации с участием третьей нейтральной стороны. Цели обращения к примирительной процедуре могут быть самыми разными, но главным является осознанная необходимость найти взаимоприемлемое для всех сторон решение и сохранить дальнейшее сотрудничество сторон.

Следует отличать посредничество в международном частном праве от посредничества в международном публичном праве, где оно понимается как один из видов мирного разрешения споров между государствами путем переговоров с участием третьего государства (посредника) и на основе выдвинутых им условий. Это один из согласительных способов мирного разрешения споров, закрепленных еще в Гаагских конвенциях 1899 и 1907 годов и развитых в дальнейшем в Уставе ООН и Заключительном акте СБСЕ 1975 года. В данном случае субъектами выступают государство, государство-подобные образования, народы и нации, борющиеся за свое самоопределение и международные организации. Как правило, речь идет о территориальных и денежных претензиях друг к другу.

Кроме того, следует отличать посредничество как способ разрешения споров от торгово-посреднических операций, которые также относятся к области частного права и активно используются в экспортно-импортных сделках.

В зависимости от характера взаимоотношений между производителем-экспортером, потребителем-импортером и торговым посредником можно выделить следующие виды торгово-посреднических операций:

- операции по перепродаже (посредник выступает как покупатель для импортера, часто в пределах определенной территории или ограниченного срока; такие посредники носят название

дистрибьюторов-распространителей; деятельность оформляется договорами купли-продажи и лицензионными договорами на исключительные права — главы 30, 69, 72, 76 ГК, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров);

- комиссионные операции (посредник закупает товары для заказчика действуя от своего имени, но за его счет; распространенная форма при внешнеторговых сделках конгигнация — реализация товара со склада комиссионера; деятельность оформляется договорами купли-продажи и комиссий — главы 30, 51 ГК, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров);

- агентские операции (посредник заключает сделки от имени ИИИ за счет клиента, чаще встречается, чем комиссия в международном частном праве; деятельность оформляется договорами купли-продажи и агентирования — главы 30, 52 ГК, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров);

- брокерские операции (состоят в установлении через брокера-посредника контакта между заинтересованными друг в друге сторонами, брокеры не принимают участия в этих сделках НИИМенем, ни капиталом и обычно специализируются на продаже одного или двух видов товаров, как правило, связанных с аукционом или биржей; деятельность оформляется специальными брокерскими договорами — подзаконные акты, главные из которых Постановления Правительства РФ).

Все торгово-посреднические операции являются обычной нормальной хозяйственной деятельностью в отличие от посредничества как разрешения коммерческих споров, которое носит исключительный характер и применяется куда реже, комиссионные, агентские брокерские операции и сделки по перепродаже.

Разрешение споров с участием профессионального посредника называется медиацией, и данный институт будет посвящена заключительная часть статьи. Однако перед тем как к нему перейти необходимо рассмотреть общую ситуацию с посредничеством.

Посредником должно быть физическое лицо, которому доверяют все стороны коммерческого спора. Зачастую на практике им выступает либо лицо, с которым работали обе стороны, либо лицо, заинтересованное в исполнении обязательств контрагентами. Примером подобного посредника может выступать заказчик в случае спора между субподрядчиком и генподрядчиком, оптовый продавец при разногласиях между поставщиком и изготовителем. Иными словами, посредник выступает следующим звеном в цепи передвижения товаров, работ, услуг.

Поскольку посредник заинтересован в полном и всестороннем исполнении обязательств он будет стремиться сделать все от него зависящее, чтобы стороны смогли преодолеть свои разногласия. Разумеется, подобное развитие отношений возможно в случае, если стороны сами этого хотят и готовы идти друг другу на уступки. Однако в данном случае у посредника есть и серьезный аргумент для их убеждения — риск наступления неблагоприятных последствий для спорщиков в идее прекращения будущих отношений с посредником и репутационных издержек. Если посредник является достаточно крупным и известным игроком на своем рынке, то спорщики обязательно будут это учитывать.

В отличие от прямых переговоров наличие посредника означает участие в процессе разрешения спора третьего лица. При этом посредник занимает активную позицию и вносит предложения, которые обсуждаются сторонами. Его задача помочь прийти к соглашению, формулируя требования, условия и задачи. Выбор места и времени встречи также, как правило, является прерогативой посредника.

Работа посредника начинается с изучения проблемы и выяснение позиций сторон. Сбор информации имеет колоссальное значение. Изучить следует не только предмет спора и позиции сторон, но и собрать общие сведения о самих коммерческих организациях или индивидуальных предпринимателях, а также об их руководящих органах и лицах, делегированных на переговоры.

Потом необходимо выработать решение и предложить спорщикам текст соглашения, где будут прописаны все существенные условия. Для этого необходимо выяснить намерения сторон, запросив их пожелания. Лучше их рассматривать «в пакете», но при сложной проблеме, возможно целесообразным является ее разбивка на отдельные составляющие и поиск частичных решений, которые впоследствии будут объединены в единое целое¹.

После этого возможна корректировка данного соглашения с учетом замечаний сторон. Здесь можно уже четко понять завышенность выдвинутых требований или неадекватную расстановку акцентов в споре. В наихудшей ситуации будет вырисовываться незаинтересованность одной из сторон в успешном завершении спора в случае выдвигания заведомого неприемлемых требований, ультиматумов, отстаивание исключительно своих интересов, выдвигание требований по нарастающей или дополнительных требований в последний момент, просьбы еще раз все осудить и обдумать.

¹ Введенская Л. А. Павлова Л. Г. Риторика для юристов. Ростов н/Д: Феникс, 2007. С. 226–227.

По общему правилу, чем лучше будут сформулированы положения соглашения, выработанного посредником, тем меньше у сторон будет вопросов и тем быстрее они придут к согласию. При посредничестве также необходимо устанавливать предельные пресекательные сроки по выработке соглашения, поскольку действует принцип: кто хочет договориться — тот сможет.

3. Медиация. Применительно к коммерческим спорам с участием иностранных лиц под медиатором следует понимать независимое физическое лицо или физические лица, привлекаемые сторонами в качестве профессиональных посредников в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора.

Согласно ст. 8–9 ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» от 27.07.2010 №193-ФЗ (далее — закон) для проведения процедуры стороны должны заключить соглашение о проведении процедуры медиации и выбрать одного или нескольких профессиональных медиаторов. Соглашение о проведении процедуры медиации заключается в письменной форме и должно содержать сведения: о предмете спора; медиатора, медиаторах или об организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации; порядке проведения процедуры медиации; условиях участия сторон в расходах, связанных с проведением процедуры медиации; о сроках проведения процедуры медиации.

В отличие от обычного посредничества медиатор не вправе вносить самостоятельные предложения по разрешению спора. Однако он может встречаться и поддерживать связь как со всеми сторонами вместе, так и с каждой из них в отдельности.

В соответствии со ст. 15–16 Закона деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе. Непрофессиональными медиаторами могут быть совершеннолетние дееспособные лица, не имеющие судимости, однако их привлечение для разрешения сложных коммерческих споров с участием иностранных лиц представляется неоправданным.

Осуществлять деятельность медиатора на профессиональной основе могут лица, достигшие возраста двадцати пяти лет, имеющие высшее профессиональное образование и прошедшие курс обучения по специальной программе подготовки медиаторов. Только они вправе проводить медиацию по спорам, переданным на рассмотрение из третейских и арбитражных судов. При этом медиация проводится по любым спорам, связанным с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, за исключением споров с публичным интересом (например, налоговые и таможенные споры).

Медиаторами не могут быть лица, замещающие государственные и муниципальные должности в органах власти и управления Российской Федерации. Кроме того, медиатор не вправе:

- быть представителем какой-либо стороны;
- оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь;
- осуществлять деятельность медиатора, если при проведении процедуры медиации он лично (прямо или косвенно) заинтересован в ее результате, в том числе состоит с лицом, являющимся одной из сторон, в родственных отношениях;
- делать без согласия сторон публичные заявления по существу спора.

Наиболее спорным является требование законодателя о неотнесении деятельности медиатора к предпринимательской деятельности. Профессиональные медиатор, постоянно рассматривающий и разрешающий коммерческие споры, регулярно повышающий квалификацию, не может относиться к своей работе как не к основной, поэтому она де-факто будет являться для него предпринимательской, в противном случае непонятно почему она должна представлять для него интерес. Представляется правильной изменить подобную императивную норму законодателя, объединив ее с положением о возможности для медиаторов осуществлять любую иную не запрещенную законодательством Российской Федерации деятельность.

Соглашением сторон или правилами проведения процедуры медиации, утвержденными организацией, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, могут устанавливаться дополнительные требования к профессиональному медиатору. К их числу можно отнести знание иностранного языка, наличие специального образования или опыта работы в сфере деятельности спорщиков, положительный опыт разрешения споров с участием иностранных лиц, высокая репутация.

Процедура медиации должна определяться соглашением сторон и завершится в течение 60 дней как исключение с согласия сторон и медиатора в течение 180 дней. Процедура медиации прекращается либо заключением сторонами медиативного соглашения, знаменующее разрешение спора либо истечением срока и невозможностью придти к соглашению.

В целом можно сказать, что медиация призвана объединить положительные моменты, как посредничества, так и третейского разбирательства и в перспективе должна стать основным средством разрешения коммерческих споров, в том числе и с участием иностранных лиц.

МЕХАНИЗМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРАНСПОРТНЫХ ОТНОШЕНИЙ

КОССЕ Андрей Александрович,

преподаватель кафедры международного права юридического факультета
ФГБОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Правовое регулирование представляет собой сложный и многообразный процесс, осуществляемый с помощью определенных средств юридического воздействия на общественные отношения. Юридическая наука различает понятия правового воздействия и правового регулирования. В этом есть определенный смысл, право уже своим существованием оказывает значительное влияние на поведение субъектов. Как культурная и информационная ценность, право определяет направление человеческой деятельности, вводит ее в общие рамки цивилизованных общественных отношений. Именно в этом смысле правовое воздействие шире, чем правовое регулирование общественных отношений. Тем не менее, следует отмечать строго определенные средства правового воздействия на общественные отношения, специально предназначенные для их непосредственного регулирования. Эти средства образуют целый, системный юридический механизм, обеспечивающий урегулированность всей совокупности общественных отношений, которые являются предметом правового регулирования.

Транспортные отношения представляют собой разновидность правовых отношений, разнообразных по своему характеру, юридическому содержанию, по их участникам. Им свойственны все основные признаки любого правоотношения, как-то: первичность правовых норм, вследствие чего правоотношение есть результат регулирующего воздействия на данное общественное отношение данной правовой нормы, придающей ему юридическую форму.

Механизм правового регулирования — это система правовых средств, с помощью которых осуществляется упорядоченность общественных отношений в соответствии с целями и задачами современной мировой экономики.

Правовое регулирование в международном праве — важное условие создания стабильного правового порядка, институтов и учреждений, способных обеспечить упорядоченность, защиту и охрану от нарушений тех прав, свобод и законных интересов, которые закреплены действующими нормами права.

В теории права под правовыми средствами С. С. Алексеев понимает институциональные явления правовой действительности, воплощающие регулятивную силу права, его энергию, которым принадлежит роль ее активных центров¹.

Изучение механизма правового регулирования занимает ученых длительное время. Значительный интерес для разработки этой проблемы имели труды С.С. Алексеева, в частности его монографии «Механизм правового регулирования в социалистическом государстве» и «Теория права», где отмечалось, что категория «механизм правового регулирования» определена в теории государства и права для показа момента движения, функционирования правовой формы. Но со временем категория «механизм правового регулирования» стала уплотняться и в другом назначении, как «механизм правотворчества», «юридический механизм управления» и т.д.

По мнению И.П. Слободянюк, Е.В. Макагон, в настоящее время понятие «механизм правового регулирования» применяется как способ функционирования и система средств воздействия, как юридическая надстройка в системном «работающем» виде.²

Понятие «механизм правового регулирования» производно от понятия правового регулирования. С.С. Алексеев определяет правовое регулирование как осуществляемое при помощи системы правовых средств (юридических норм, правоотношений, индивидуальных предписаний и др.) результативное, нормативно-организационное воздействие на общественные отношения с целью их упорядочения, охраны, развития в соответствии с общественными потребностями³. Как видно, С.С. Алексеев определяет правовое регулирование через правовое воздействие. Однако не всякое правовое воздей-

¹ Алексеев С. С. Правовые средства: постановка проблемы, понятия, классификация // Советское государство и право. 1987. №6. С. 14.

² Теория государства и права: Учебник для вузов / Под ред. М. М. Рассолова, В. О. Лучина, Б. С. Эбзеева. М.: Юнити-дана, Закон и право, 2000. С. 337.

³ Алексеев С. С. Теория права. М.: БЕК, 2000. С. 145.

ствие составляет механизм правового регулирования. Понятие механизма правового регулирования уже понятия механизма правового воздействия.

Понятие «Воздействие» по объему более широко, чем «регулирование», замечает М. Н. Марченко, ибо воздействие включает как регулирование с помощью определенной правовой нормы, так и другие правовые средства и формы влияния на поведение людей¹. С. А. Комаров включает в механизм правового воздействия наряду с механизмом правового регулирования правовое сознание, правовую культуру, правовые принципы, правотворческий процесс².

Отличие правового воздействия от правового регулирования состоит в том, что правовое воздействие является частью социального воздействия. Как культурная и информационная ценность, право определяет направление человеческой деятельности, вводит ее в общие рамки цивилизованных общественных отношений. Именно в этом смысле правовое воздействие шире, чем правовое регулирование общественных отношений.

Традиционно в юридической науке выделяются следующие основные структурные элементы механизма правового регулирования:

1. Нормы права устанавливают общие и юридически обязательные правила поведения тех участников общественных отношений, которые находятся в сфере правового регулирования. ОНИ-Излагаются в различных по своей юридической силе источниках. Основополагающее регулирующее воздействие нормы права на общественные отношения состоит в том, что она определяет круг субъектов, на которых распространяется ее действие; формулирует обстоятельства, при которых данные субъекты руководствуются ее предписаниями; раскрывает содержание самого правила поведения; устанавливает меры юридической ответственности за нарушение указанных правил. Нормы права — это изначальный элемент механизма правового регулирования, определяющий его основу, те направления правового поведения, которые программируются в реальных общественных отношениях.

В юридической науке и практике правовые нормы совершенно справедливо считаются нормативной основой механизма правового регулирования, так как в них сконструирована та модель, которая соответствует потребностям и интересам государств, их юридических лиц и граждан. Воплощение предписаний правовых норм осуществляется через другие элементы механизма правового регулирования общественных отношений

2. Правоотношение — это важнейший и необходимый элемент реальной жизни права. В нем общие, обезличенные права и обязанности, закрепленные в нормах права, превращаются в конкретные взаимосвязанные права и обязанности индивидуальных субъектов, в соответствии с которыми те должны соотносить свое поведение.

Правоотношения устанавливает персональную меру возможного и должного поведения участников общественных отношений. При попадании в сферу конкретного правового влияния возможна реализация свободы действия в предусмотренных пределах. Перевод общих прав и обязанностей, содержащихся в правовой норме, в правоотношение дает механизм правового регулирования «возможность» завершить свою регулятивную функцию, то есть реально воплотить права и обязанности субъектов правоотношений в фактические общественные отношения.

3. Акты реализации юридических прав и обязанностей — это фактическое поведение субъектов правоотношений, осуществление их прав и обязанностей. Посредством этих актов достигаются цели правового регулирования, удовлетворяются конкретные законные интересы управомоченных и обязанных лиц. Как отмечалось ранее, основными формами реализации прав и обязанностей являются использование предоставленных нормами права возможностей, исполнение обязывающего правового предписания, соблюдение правовых запретов.

Важно отметить, что в российской науке утвердилось мнение, что исследование фактического действия права, возможно, только при условии комплексного изучения МПР, при этом сама категория МПР является «емкой и многогранной, допускающей разные подходы и позволяющей рассматривать ее в различных аспектах»³. Однако, изучение МПР, посредством простого выделения в нем таких элементов, как юридические нормы, правовые отношения, и акты реализации прав и обязанностей, и последующего их рассмотрения, представляется непродуктивным.

¹ Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М.: Юрист, 2000. С. 435.

² Комаров С. А. Общая теория государства и права в схемах и определениях. М.: Юрайт, 2002. С. 60.

³ Общая теория права и государства / Под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 307.

Данный вывод связан, прежде всего, с тем, что при таком подходе к пониманию МПР невозможно раскрыть в нем такое качество, как системность, а также показать его уровни и стадии.

При изучении МПР какой-либо группы правоотношений, необходимо разграничивать понятия «правовое регулирование» и «механизм правового регулирования». Профессор В.И. Червонюк отмечает, что правовое регулирование — это осуществляемое при помощи права и совокупности правовых средств упорядочение общественных отношений, их юридическое закрепление, охрана и развитие¹. В свою очередь, под механизмом правового регулирования понимается взятая в единстве вся совокупность юридических средств, при помощи которых обеспечивается правовое воздействие на общественные отношения². Однако, представляется, что такое определение не отражает стадийности и полисистемности МПР международных транспортных отношений, и не способствует выявлению динамики в правовом регулировании исследуемых правоотношений. Поэтому, под механизмом правового регулирования, мы предлагаем понимать определенную последовательность применения всей совокупности правовых средств, оказывающих регулирующее воздействие на общественные отношения. При таком подходе, в первую очередь, необходимо выделять не элементы МПР, а его стадии. При этом нужно учитывать, что три традиционно выделяемые стадии МПР не до конца отражают сущность МПР международных транспортных отношений, где есть особенности.

Так, стадия регламентирования международных транспортных отношений (нормотворчество), осложняется полисистемностью, так как нормотворчество осуществляется на публично-правовом и частноправовом уровне параллельно, а международно-правовое регулирование дополняется национальным регулированием на всех уровнях нормотворчества, начиная с федерального уровня и заканчивая правилами перевозок отдельных коммерческих структур.

Свои особенности имеет стадия действия правовых норм. Особенности обусловлены тем, что одни и те же транспортные отношения могут регулироваться по разному, в зависимости от субъектного состава.

Стадия реализации юридических прав и обязанностей участников международных транспортных правоотношений также отличается от классического ее понимания в теории права.

Генеральной целью правового регулирования является установление такого порядка в общественной жизни, который бы максимально соответствовал предписаниям правовых норм, заложенным в иных принципах социальной справедливости.

В международном праве особенностью МПР является то, что правотворческая стадия часто может совпадать со стадией действия международно-правовых норм. Так, проф. И.И. Лукашук отмечал, что, в международном праве нормы и правоотношения могут формироваться одновременно, или же сначала принимается норма и уже на ее основе возникает правоотношения³. Данный вывод является научно и практически обоснованным, в том числе, и в отношении регулирования международных транспортных правоотношений. Например, для возникновения правоотношений в области международных воздушных перевозок необходимо предварительное заключения международного договора о воздушном сообщении, что четко указывает на первичность правовых норм, а правовые нормы в отношении безопасности полетов устанавливаются на основании уже возникших правоотношений.

Международное транспортное право является одной из подотраслей права, которая обладает определенными особенностями, спецификой, определяемыми особенностями тех отношений, которые регулируются при помощи норм данной подотрасли. В первую очередь международное транспортное право регулирует межгосударственные отношения по организации транспортных потоков. Каждое государство объективно не имеет возможности урегулировать международные грузопотоки, так как его юрисдикция распространяется на определенную территорию, а международные перевозки осуществляются по территориям как минимум двух суверенных государств. Рассмотрению, таким образом, подлежат вопросы управления, проблемы управления, сущность управления, процесс управления, преломленные через призму межгосударственных отношений, публичных по своей природе. С другой стороны, международное транспортное право регулирует частноправовые отношения, складывающиеся между перевозчиками и их многочисленной клиентурой, взаимоотношения перевозчика и государства в лице лицензирующих, контрольных и надзорных органов.

¹ Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. И. Червонюка. М., 2006. С. 308.

² Алексеев С. С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М.: Юридическая литература, 1966 С. 30.

³ Лукашук И. И. Механизм международно-правового регулирования. Киев, 1980. С. 115.

Таким образом, предметная сфера регулирования МПР международных транспортных правоотношений характеризуется комплексностью, а применение норм внутригосударственного права свидетельствует в пользу полисистемного характера МПР международных транспортных отношений.

В современной науке международного права подтверждается определенное сочетание двух видов правового регулирования современных международных отношений: международно-правовое регулирование, объектом которого выступают как публичные так и частные отношения, дополняется национально-правовым регулированием. К примеру, положения Варшавской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте, дополняются положениями КТМ, Конвенции по морскому праву 1982 г., законом «О государственной границе РФ» и т.д.

Также, не оспаривается факт включения в МПР общественных отношений норм, имеющих различную отраслевую принадлежность. Как отмечает Р. З. Лившиц, «не удалось доказать тезиса о том, что определенной группе отношений соответствует одна и только одна отрасль права»¹. Ученый утверждает, что нельзя найти ни одной группы отношений, регулируемых признанными отраслями права, которые не регулировались бы в некоторой части и другими отраслями, поскольку предметы отраслей индивидуально определены и в то же время тесно связаны друг с другом. Более того, «частично предметы отраслей переплетаются, взаимно пересекаются», и этот процесс неизбежен, «он отражает объективный факт регулирования одних и тех же общественных отношений с разными целями, под разными углами зрения и, следовательно, разными отраслями»². Таким образом, полисистемность и комплексность являются существенными признаками МПР международных транспортных правоотношений.

При рассмотрении вопроса о комплексности МПР международных транспортных правоотношений, необходимо отметить, что данное качество проявляется не только в применении норм различных отраслей международного публичного права, международного частного права и внутригосударства, но также и в разнообразном составе правовых средств регулирования правоотношений, которые могут различаться как по форме, так и по содержанию.

В современной науке теории права под правовыми средствами понимаются юридические инструменты (институционные образования, формы, установления), реальное функционирование, использование которых приводит к фактическому осуществлению нормы права и удовлетворению интересов управомоченного лица³. Таким образом, налицо широкое понимание правовых средств, в перечень которых, применительно к международным транспортным отношениям должны быть включены не только международно-правовые акты, принципы, международные обычаи, но и институциональные учреждения, являющиеся международными транспортными организациями, либо выполняющие их функции, а также акты применения права, принимаемые такими учреждениями. Такому подходу корреспондирует концепция деления всех правовых средств МПР на нормативно-правовые и институционные, которую мы полностью разделяем, ввиду того значительного влияния, которую оказывают институционные учреждения на регулирование международных отношений.

В этой связи важно отметить, что в российской науке теории государства и права выделились два основанных подхода к пониманию МПР. С точки зрения формально-юридического подхода изучению подвергалось «специфически-юридическое воздействия, связанного с наделением субъектов юридическими правами и обязанностями»⁴. Впоследствии, механизм действия права стал изучаться не только с точки зрения его правовой природы, но и социально-психологической, что и обусловило расширение перечня правовых средств, оказывающих регулирующее воздействие на группы правоотношений.

Несмотря на различия в правовой природе средств правового регулирования, они все тесно взаимосвязаны между собой, и применение одного правового средства, обуславливает необходимость применения другого. К примеру, решение государств об установлении воздушного сообщения влечет необходимость назначения авиакомпаний на международные линии. Затем, государствам необходимо осуществлять контроль над деятельностью иностранных авиакомпаний. Таким образом, правовые средства, регулирующие международные транспортные правоотношения взаимосвязаны друг с другом,

¹ Лившиц Р. З. Теория права: Учебник. 2-е изд. М.: Бек, 2001. С. 115.

² Там же. С. 119.

³ Малыш А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. №8. С. 70–71.

⁴ Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 246.

несмотря на различия в их форме и содержании, и применяются комплексно в порядке, определенном международно-правовыми актами, либо обычной практикой межгосударственного сотрудничества.

Понятие и особенности норм международного транспортного права

На современном этапе развития в юридической науке господствует мнение, что международное транспортное право не обладает собственными особыми нормами, а представляет собой комплекс правовых норм различных отраслей права (международного частного права, складывающегося в настоящий момент международного административного права, международного торгового права и внутригосударственных отраслей права). Изучение этих норм как единого комплекса имеет лишь научные и учебные цели — регулирование деятельности различных видов транспорта как единой системы.

С таким мнением согласиться нельзя. В современных условиях развития экономики учение о транспортном праве в отдельно взятой цивилистической доктрине, или как простой совокупности норм, имеющих различную правовую принадлежность, устарело и нуждается в переработке с учетом последних достижений науки международного и международного частного права.

Предмет транспортного права представляет собой комплекс разнородных по своей правовой природе, преимущественно частно-правовых, общественных отношений, складывающихся в сфере деятельности транспорта, направленных прямо или косвенно на эффективную и качественную реализацию транспортом его функций и нуждающихся в силу своих особенностей в специальном правовом регулировании. При этом в указанном комплексе имущественные отношения в сфере деятельности транспорта (частноправовые по своей природе) являются определяющими, поскольку без указанных отношений нет, и не может быть реализации транспортом экономической функции обмена. Вместе с тем публично-правовые отношения также являются предметом транспортного права, поскольку транспортная деятельность, в силу своей общественной опасности и высокой значимости для государств, нуждается в согласовании воле государств на публично-правовом уровне, особом контроле со стороны государства и публично-правовом регулировании. Учитывая особенности правоотношений, следует говорить о том, что нормы международного транспортного права делятся на международные публично-правовые, международные частноправовые и внутригосударственные (тоже публичные и частные). Все эти нормы комплексно регулируют процесс перевозки.

Реализация норм международного транспортного права

Транспортные нормы реализуются путем деятельности компетентных органов, субъектов и участников, применяющих эти нормы. Непосредственным объектом транспортных правоотношений является перемещение грузов, пассажиров и багажа в пространстве.

Нормами транспортного права точно определяется, между какими субъектами должны возникать правоотношения, каковы будут права и обязанности сторон. Так, отношения, связанные с осуществлением международных перевозок, возникают при заранее определенных обстоятельствах, с определенными органами исполнительной власти, при этом права и обязанности сторон четко закреплены юридическими нормами.

В международном транспортном праве межгосударственные правоотношения дополняются управленческими. Управленческие отношения — это отношения, как власти и подчинения — вертикальные, так и горизонтальные, при этом в вертикальных отношениях обязательным субъектом является орган управления или его должностное лицо. В сфере управления различают два вида отношений. Существуют отношения, связанные непосредственно с управлением: например, между вышестоящим органом — Правительством — и министерством транспорта, между министерством и подчиненным ему органом и т.д. Эти отношения существуют, они регламентированы нормами внутригосударственного административного права. Но вторым видом отношений являются такие, которые возникают исключительно в правовой форме. Ранее, до правового регулирования, не было процессуальных отношений. Появилась потребность в том, чтобы достигнутая межгосударственная договоренность исполнялась в соответствии с какими-то правилами, нормами, чтобы существовал порядок применения норм. В международном транспортном праве появились процессуальные нормы. Поэтому, возникающие отношения, в форме правовых, потом обростают какими-то подробностями, которых норма не предусматривает, они становятся «жизненными».

Уровни правового регулирования

Полагаем возможным выделить два уровня правового регулирования — международно-правовой и национальный. В рамках внутригосударственного права принимаются нормы на основании и во исполнение достигнутых межгосударственных договоренностей, нормы не противоречащие международно-правовым актам и нормы, которые отсутствуют на международно-правовом уровне.

Важно отметить, что особенности МПР международных транспортных правоотношений проявляются и в пространственной сфере регулирования. Дубинкина С. Н. выделяет два вида международно-правового регулирования в зависимости от вида источников: двустороннее, выражающее согласованную волю двух государств, и многостороннее, выражающее согласованную волю группы государств, одного экономического региона (региональное), либо большинства государств, представляющих основные правовые системы мира (универсальное)¹.

Регулирование международных транспортных правоотношений характеризуется наличием всех трех видов правового регулирования.

На универсальном уровне закреплены межгосударственные договоренности между государствами относительно порядка использования их территории, открытых пространств и пространств со смешанным правовым режимом. Универсальное правовое регулирование присуще также транспортным правоотношениям, реализуемым в рамках международных транспортных организаций, созданных в качестве международных межправительственных организаций, либо при международных организациях, членство в которых имеет большинство государств международного сообщества.

Немаловажное значение имеет двустороннее правовое регулирование международных транспортных правоотношений. Связано это с тем, что принцип диспозитивности допускает создание новых или изменение действующих международных норм, в том числе, и путем принятия двустороннего соглашения по вопросам, уже урегулированным в универсальном акте, путем изменения его положений на основе принципа взаимности, или по вопросам, не нашедшим закрепления в универсальных договорах. В частности, двустороннее международное регулирование проявляется в следующих случаях:

- при установлении транспортных сообщений;
- при разрешении транспортных споров
- при достижения соглашения сторон о предоставлении преимуществ на взаимной основе;
- при подписании двустороннего договора, регулирующего отдельные вопросы транспортного процесса, носящие общий характер, и не связанные с изменением положений, принятых на универсальном уровне.

Необходимо отметить, что международно-правовые нормы не исключают других форм проявления двустороннего регулирования.

Таким образом, теоретическое исследование МПР международных транспортных правоотношений позволяет прийти к выводу о том, что в его содержании можно выделить такие существенные характеристики, являющиеся его особенностями, как стадийность, комплексность, полисистемность. При этом, МПР воздействует на фактические правоотношения, исходя из модельных норм и правоотношений, которые были разработаны в праве и нормативно закреплены в международно-правовых актах и обычно-правовой практике. Международное транспортное право имеет двойственный предмет, сочетая частноправовой и публично-правовой аспект, что роднит его с международным экономическим правом. МПР транспортных отношений двухуровневый, международно-правовое регулирование дополняется внутригосударственным, причем как публичных правоотношениях, так и в частно-правовых.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ ВАЛЮТНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ КАК СРЕДСТВО ОПТИМИЗАЦИИ МЕХАНИЗМА ВАЛЮТНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СОВРЕМЕННЫХ УСЛОВИЯХ

КРЫГИНА Ирина Александровна,

к.ю.н., доцент кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Одним из важнейших направлений международной деятельности государства в современных условиях является обеспечение реализации государственной валютной политики и стабильности валютного рынка России как факторов устойчивого развития российской национальной экономики и международного экономического сотрудничества.

¹ Дубинкина С. Н. Механизм международно-правового регулирования международных общественных отношений // Государство и право. 2007. №7. С. 108.

Необходимо отметить, что за последние годы валютная политика российского государства претерпела существенные изменения, что привело к формированию институтов валютно-финансового контроля и их упрочению в системе государственного управления в соответствии с «соблюдениями единых принципов законности, целесообразности и эффективности распорядительных и исполнительных действий по управлению валютно-финансовыми ресурсами»¹ в целях оптимизации выполнения функций государства в условиях активного развития международных экономических связей.

Главной целью правового регулирования валютных правоотношений является создание эффективного правового механизма валютного регулирования путем определения принципов осуществления валютных операций в Российской Федерации, полномочий и функций органов валютного контроля, прав и обязанностей субъектов в отношении распоряжения валютных ценностей и соблюдением валютного законодательства.

В настоящее время можно констатировать, что увеличение роли валютного регулирования в международном экономическом обороте России за последнее время, в значительной степени оказало влияние на развитие международных валютных правоотношений. Безусловно, это способствует формированию современной концепции российского валютного права как одной из важных отраслей российской правовой системы и обеспечит ее интеграцию в международное экономическое и правовое пространство.

В этой связи представляется, что в условиях интенсивно развивающихся международных связей, активным участником которых является Россия, создание эффективного механизма регулирования международных валютных правоотношения, является основным фактором, обеспечивающим позитивное развитие как национальной экономики, так и правовой системы России. При этом одна из главных целей данного процесса связана с оптимизацией включения российской правовой системы в мировое правовое пространство, а, следовательно, международные валютные правоотношения становятся необходимым элементом этого механизма, способные придать реальным отношениям форму, наиболее приемлемую к современной международной ситуации с точки зрения обоснованности интересов российского государства и потребностей общества.

В современной юридической теории любое правоотношение в своем структурном измерении представляется сложная конструкция, включающая в себя набор необходимых системообразующих элементов. Таковыми выступают субъекты правоотношений, то есть носители прав и обязанностей; объекты правоотношения — предмет и явления правовой действительности, по поводу которых возникает и приобретает свои регулятивные свойства конкретное правоотношение; субъективные юридические права и обязанности, выступающие содержанием правоотношений.

Особый интерес в этой связи представляют валютные правоотношения, так как с точки зрения их научно-теоретического освоения, они не вызывают единодушия в научной среде даже в отношении в отношении своей конкретизации, являясь предметом столкновения позиций ученых-представителей как правило экономической и юридической науки.

Так, с точки зрения экономической теории валютные правоотношения представляют собой урегулированные нормами права общественные отношения, возникающие между участниками валютных операций по поводу проведения таких операций, а также между участниками валютных операций и государственными органами в связи с регулированием порядка проведения валютных операций и контролем за его соблюдением².

Юридическая концепция в целом может быть представлена мнением, которое было сформулировано А.В. Емелиным, и в соответствии с которым «валютные правоотношения представляют собой урегулированные правом общественные отношения, возникающие по поводу или в связи с владением, пользованием и распоряжением валютными ценностями, а также по поводу или в связи с владением, пользованием и распоряжением нерезидентами валютой Российской Федерации и внутренними ценными бумагами»³. И хотя данная позиция не раскрывает, какие валютные правоотношения следует понимать под возникающими «по поводу», а какие в «связи» с владением, пользованием и распоряжением валютными ценностями или владением, пользованием и распоряжением нерезидентами валютой Российской Федерации и внутренними ценными бумагами, в целом же оно верно отражает их суть.

¹ Косаренко Н. Н. Валютное право. М., 2011. С. 4.

² Банковское законодательство / Под ред. проф. Н. Д. Эршавили. М., 2013. С. 343.

³ Емелин А. В. Проблемы финансово-правового регулирования валютных операций в РФ: Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2000. С. 16.

Учитывая, что главной особенностью современных международных экономических отношений заключается в глобализации мирохозяйственных связей, то прямым последствием данного процесса, с одной стороны, являются возрастающие возможности экономического и, соответственно, технологического характера, а, с другой стороны повсеместно наблюдается усиление неравномерности развития государства. При этом мировая валютная система становится фактическим детонатором данного процесса. Возрастает число валютных союзов и зон, в рамках которых государства проводят собственную валютную политику, что, в свою очередь «модифицирует мировую валютную систему и постепенно превращает ее в оптимальную совокупность валютных зон».¹ Таким образом, возникает международная валютная интеграция, которая непосредственным образом оказывает влияние на региональную экономическую интеграцию.

Вместе с тем, в условиях интенсивного развития международных связей России, созданием мирового торгового рынка и значительным увеличением мирового товарооборота, а также углублением международного разделения труда, обуславливающего интернационализацию мирохозяйственных связей, существенным образом актуализируются две, на наш взгляд важнейшие проблемы. Первая связана с развитием международных экономических правоотношений, а вторая — с международными валютными правоотношениями. Представляется, что сфера исследовательского интереса в этом направлении ее недостаточно концептуализирована, так как среди отечественных ученых до сих пор отсутствует единая позиция по поводу правовой природы международных валютных правоотношений.

Представляется, что при определении правовой природы валютных правоотношений, нельзя не обратить внимание на мнение Н.М. Артемова, согласно которому валютные правоотношения принадлежат к области именно публичного права². При всем при этом многие отечественные ученые, придерживающиеся этой позиции, ограничиваются в своем мнении лишь констатацией факта, что валютные правоотношения есть общественные отношения, возникающие в сфере валютного контроля и порождающие особый механизм ответственности за их нарушения³.

Анализ позиционных характеристик представителей отечественной юридической и экономической науки позволил нам рассматривать специфику международных валютных правоотношений через призму двух различных точек зрения. Первая синтезирует в себе так называемый широкий (комплексный) подход, на основании которого международные валютные правоотношения представляют собой совокупность публично-правовых и частноправовых отношений, возникающих по поводу валютных ценностей. В частности, С.С. Алексеев, конкретизируя свою позицию по данному вопросу, отмечал, что эти «правоотношения носят смешанный, одновременно публично-правовой и частноправовой характер»⁴. Представляется, что данная позиция может быть вполне разделяема, так как если апеллировать нормами Федерального закона №173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле в РФ», то именно данная позиция находит в нем свое нормативное подтверждение⁵.

Вторая точка зрения отражает предметный, то есть более узкий подход к пониманию правовой природы международных валютных правоотношений. Здесь последние отождествляются, как правило, только либо с публичными, либо же с частными правоотношениями. Безусловно, каждая позиция претендует на научную самостоятельность и заслуживает уважения.

Вместе с тем, рассматривая специфику природы международных валютных правоотношений, следует акцентировать внимание на некоторых моментах.

Прежде всего, валютные правоотношения — это понятие, имеющее сложную юридическую природу, поскольку включает в себя комплекс отношений, регулируемых методами, присущими различным нормативно-регулятивным системам. Валютные правоотношения входят преимущественно в предмет следующих отраслей права: конституционного, финансового, административного, уголовного, предпринимательского (хозяйственного), гражданского и международного (частного и публичного) и некоторых других.

¹ Гусаков Н. П., Белова И. Н. и др. Международные валютно-кредитные отношения. М., 2011. С. 4.

² Артемов Н. М. Проблемы и перспективы валютного регулирования в РФ (финансово-правовой аспект): М., 2002. С. 25.

³ См.: Дорофеев Б. Ю., Земцов Н. Н., Пушин В. Н. Валютное право России / Под общ. ред. Б. Ю. Дорофеева. М., 2010. С. 38

⁴ Алексеев С. С.

⁵ Федеральный закон РФ №173-ФЗ от 10.12.2003 «О валютном регулировании и валютном контроле» // Парламентская газета. 2003. 17 декабря.

Безусловно, что принципиальным разграничивающим основанием здесь является метод правового регулирования. При этом, методом юридического равенства сторон регулируются правоотношения, возникающие по поводу осуществления прав собственности на валютные ценности (право юридических и физических лиц иметь в собственности валютные ценности, а, следовательно, владеть, пользоваться и распоряжаться ими. Однако, здесь следует уточнить, что имеется в виду, прежде всего, право на пользование и распоряжение, а не сами пользование и распоряжение, которые, в свою очередь, регулируются совокупным методом, характеризующимся диспозитивными и императивными чертами). Методом же власти и подчинения регулируются правоотношения, возникающие по поводу перемещения валютных ценностей через таможенную границу РФ; правоотношения, возникающие по поводу осуществления компетентными органами и их агентами валютного регулирования и контроля.

Принципиальная особенность валютных правоотношений состоит в том, что в одном и том же материальном поведении сочетаются права и обязанности, имеющие разное происхождение. Часть из этих прав и обязанностей возникает в условиях свободного волеизъявления и юридического равенства, их содержание определяется юридическими действиями (сделкой, чаще договором). Другая часть устанавливается юридическими актами (законом или иными правовыми актами) и носит публично-правовой характер.

Оптимизируя данную позицию, представляется, что их можно объединить в две группы правоотношений: правоотношения, имеющих финансово-правовую природу и гражданско-правовые правоотношения.

Тем не менее, следует отметить, что валютные правоотношения, имеющие финансово-правовую природу, регулируются методом власти и подчинения. Данные правоотношения подчиненности возникают не между участниками договора, которые осуществляют имущественные права, а между органами валютного контроля и резидентами и нерезидентами, причем последние являются отношениями не имущественными, а по поводу имущества, то есть по поводу реализации прав на имущество.

Валютные правоотношения, регулируемые гражданским правом, возникают между хозяйствующими субъектами, участвующими в обороте товаров, работ или услуг. Подобные правоотношения включают правоотношения, возникающие по поводу перехода права собственности на валютные ценности, валюту РФ и внутренние ценные бумаги, по поводу получения или предоставления кредитов в иностранной валюте, а также использования валютных ценностей, валюты РФ и внутренних ценных бумаг в качестве средства платежа.

Таким образом, валютные правоотношения, имеющие гражданско-правовую природу, возникают в связи с владением, использованием и распоряжением валютными ценностями, а в определенных случаях валютой РФ и внутренними ценными бумагами, то есть представляют собой имущественные правоотношения, предусмотренные п. 1 ст. 2 ГК РФ, и соответственно нормы, регулирующие данные правоотношения, следует относить к гражданскому законодательству, а сами правоотношения к гражданским, имущественным отношениям. В данном случае гражданское законодательство понимается в широком смысле и включает в себя помимо нормативных актов гражданского права также акты международного частного и предпринимательского права.

К валютным правоотношениям, регулируемым гражданским правом, в полной мере применяются закрепленные ст. 1 ГК РФ принципы: равенство сторон гражданских правоотношений, неприкосновенность собственности, свобода договора, недопустимость постороннего вмешательства в отношения сторон (в том числе со стороны государственных органов), необходимость беспрепятственного осуществления прав, обеспечение восстановления нарушенных прав, их судебная защита.

Вместе с тем, учитывая особенности интеграционных процессов, происходящих в настоящее время в международном экономическом пространстве, которые порождают собой и особые механизмы, связанные с интернационализацией мирового валютного рынка, заставляя нас по-иному рассматривать юридическую природу международных валютных правоотношений.

Представляется, что в этих условиях уже становится неуместными присутствующие узко отраслевые трактовки валютных правоотношений, так как последние в настоящее время представляют собой особого рода системные связи, порождающие юридические отношения между субъектами, обладающими особыми правовыми статусами, прежде всего, это государства, содружества государств, международные организации и т.д. Следовательно, необходима новая, более расширенная трактовка валютных правоотношений, которая соответствовала бы складывающимся реалиям.

В этой связи вполне оправданной может рассматриваться трактовка международных валютных правоотношений как совокупность экономико-правовых отношений, складывающихся между субъектами, осуществляющими международные связи, в процессе обращения и функционирования валютных ценностей и опосредующих взаимный обмен результатами деятельности национальных хозяйств.

Конкретизируя особую юридическую природу международных валютных правоотношений, следует охарактеризовать их некоторые общие черты, позволяющие объединять их в единую категорию.

Во-первых, объектом международных валютных правоотношений является валюта РФ, внутренние и внешние ценные бумаги, иностранная валюта, которые в соответствии с действующим российским законодательством относятся к категории имущества.

Во-вторых, сфера обращения указанных объектов представляет собой часть международного экономического оборота и, следовательно, находится в сфере особого регулирования государством.

В-третьих, участниками международных валютных правоотношений являются как активные субъекты, осуществляющие валютное регулирование и валютный контроль, так и пассивные субъекты, то есть лица, деятельность которых является объектом регулирования и контроля. Первые представлены органами валютного регулирования и органами и агентами валютного контроля, а ко вторым относятся резиденты и нерезиденты.

В-четвертых, формирование международных экономических правоотношений всецело находится в юрисдикции государства, как особого статусного субъекта права, а, значит, системообразующим фактором их развития является направленность государственной политики в области валютного регулирования.

Безусловно, содержание правоотношений из за особых статусов субъектов не может измениться. Участники валютных правоотношений связаны между собой взаимными, корреспондирующими субъективными правами и обязанностями, которые и составляют содержание международных валютных правоотношений. Субъективное право представляет собой меру дозволенного поведения субъекта валютного правоотношения, а субъективная обязанность — меру его должного поведения.

Применительно к специфике валютного права субъектов валютных правоотношений можно подразделить на участников валютных операций (резидентов и нерезидентов) и на органы валютного регулирования, органы и агентов валютного контроля. При любом виде правоотношения в нем должны участвовать не менее двух субъектов — управомоченный и обязанный. Управомоченные и правообязанные лица в международных валютных правоотношениях противостоят друг другу и не могут существовать один без другого.

Участники валютных правоотношений вступают в правоотношения друг с другом при проведении валютных операций. Органы валютного регулирования, органы и агенты валютного контроля вступают в валютные отношения с участниками валютных операций при осуществлении соответственно валютного регулирования или контроля за выполнением требования валютного законодательства РФ при проведении валютных операций.

Специфика сферы обращения объектов валютных операций заключается в том, что она представляет собой область взаимодействия частных и публичных интересов. Соответственно по этому основанию валютные правоотношения подразделяются на частные и публичные. Частные правоотношения возникают при проведении валютной операции между ее участниками. Публичные правоотношения возникают при осуществлении властного государственного воздействия на участников валютных операций. Например, при установлении органом валютного регулирования валютных ограничений, истребовании органом валютного контроля у участника валютной операции документов, необходимых для выполнения контрольных функций.

В качестве общих признаков международных валютных правоотношений частного характера можно выделить имущественную и организационную самостоятельность их участников, их формально-юридическое равенство.

Для валютных правоотношений публичного плана характерны, прежде всего, соподчиненность, юридическое неравенство участников таких отношений.

Соотношение объема частноправовых и публично-правовых правоотношений предопределяется интенсивностью использования государством частноправовых и публично-правовых средств регулирования валютных отношений. Выбор же указанных средств преобладающим образом зависит от конкретных условий формирования экономики страны.

Таким образом, современные международные валютные отношения представляют собой особую совокупность общественных отношений, складывающихся при функционировании валюты в мировом хозяйстве, позволяющие осуществлять трансформацию валютных ресурсов, формирующихся в процессе функционирования международных экономических связей. При этом стабильность валютных систем всецело зависит от степени соответствия принципов построения их структур принципам формирования структуры мирового хозяйства, расстановке политических сил в международных отношениях и интересам мирового сообщества, что будет залогом эффективного развития и функционирования международных отношений.

ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ В ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ

ПАУТОВА Ольга Сергеевна,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Признание и приведение в исполнение решений иностранных арбитражей — актуальная и значимая проблема современного международного гражданского процесса. Включение Российской Федерации в мировое экономическое и правовое пространство обуславливает необходимость обеспечить свободный оборот судебных актов, разрешающих конфликты между участниками международного гражданского оборота. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений позволяет более эффективно защищать права иностранных и российских физических и юридических лиц, повышает привлекательность России как субъекта мировой экономики.

Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений представляет собой исключение из общего правила, согласно которому на территории государства обязательны и подлежат неукоснительному исполнению решения судов данного государства. Экстерриториальная судебная юрисдикция предполагает определенное самоограничение прав государства.

Некоторые авторы отмечают, что «исполнение иностранных решений является не просто вторжением, а вторжением в значительной степени в суверенитет запрашиваемого государства»¹.

С данным мнением нельзя согласиться, поскольку признание и приведение иностранных арбитражных решений не только не умаляет суверенитета признающей страны, но и вообще его не затрагивает. Иностранное судебное решение само по себе за пределами государства вынесения решения правовой силы не имеет и получает ее лишь постольку, поскольку процессуальное законодательство другого государства допускает признание и исполнение иностранных судебных решений².

Государство, на территории которого испрашивается исполнение, по своему усмотрению определяет возможность, процедуру и правовые условия для признания и исполнения на его территории иностранных арбитражных актов, посредством издания нормативных актов, заключения международных договоров и т.п.

В Российской Федерации принципы признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений закреплены в Конституции Российской Федерации, Федеральном конституционном законе от 31 декабря 1996 г. №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации», Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. №138-ФЗ (глава 45), Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации от 24 июля 2002г. №95-ФЗ (глава 31), Федеральном законе от 24 июля 2002 г. №102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации», Законе Российской Федерации от 7 июля 1993г. №5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

Признание в Российской Федерации иностранного арбитражного решения означает, что данное решение признается обладающим такой же юридической силой, какую имеют решения российских третейских судов, и может быть использовано для разрешения юридического конфликта.

Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. №1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» установил норму о том, что обязательность на территории Российской Федерации постановлений судов иностранных государств, международных судов и арбитражей определяется международными договорами Российской Федерации (ч. 3 ст. 6).

Признание и исполнение иностранных судебных решений предусмотрено двухсторонними договорами о правовой помощи, заключенными СССР и сохраняющими силу для России как правопреемника СССР, договорами о правовой помощи, заключенными самой Россией, рядом многосторонних международных соглашений, участницей которых является Российская Федерация.

Так, Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция) применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем

¹ Проблемы международного частного права / Под ред. Н. И. Марышевой. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2000. С. 204.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. С. 899.

то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений, по спорам, сторонами в которых могут быть как физические, так и юридические лица. Она применяется также к арбитражным решениям, которые не считаются внутренними решениями в том государстве, где испрашивается их признание и приведение в исполнение (п. 1 ст. 1).

Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в письме от 1 марта 1996 г. №ОМ-37 разъяснил, что Нью-Йоркская конвенция регулирует вопросы взаимного признания и исполнения на территории государств — участников конвенции не судебных, а арбитражных решений, то есть решений, принятых на территории другого государства арбитрами, избранными сторонами в международном коммерческом споре или назначенными органами коммерческого арбитража по согласованию со сторонами в установленном порядке. Эти органы именуются по терминологии, принятой в нашей стране, третейскими судами. В Российской Федерации к ним относятся Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, а также третейские суды, образуемые в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2002 г. №102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».

За рубежом третейское разбирательство по делам о коммерческих спорах между отечественными и иностранными предпринимателями организуют такие известные арбитражные органы, как Лондонский международный третейский суд, Международный арбитражный суд Международной Торговой палаты в Париже, Американская арбитражная ассоциация, Арбитражный институт Торговой палаты г. Стокгольма, Международный арбитражный суд Федеральной палаты экономики в Вене и др.

Договоры о взаимной правовой помощи по гражданским и уголовным делам, заключенные Российской Федерацией (а ранее — СССР) с иностранными государствами на двусторонней основе, а также подписанные в рамках СНГ многосторонние договоры: Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20.03.1992 и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22.01.1993, — предусматривают взаимное признание и исполнение решений судов по гражданским и семейным делам одного государства на территории другого. При этом под судами понимаются государственные (а не третейские) суды, которые правомочны принимать решения, получающие силу закона и подлежащие принудительному исполнению на территории государства, то есть суды общей компетенции и арбитражные (хозяйственные) суды.

Следует при этом иметь в виду, что некоторые из этих договоров (с Алжиром, Йеменом, Ираком) предусматривают взаимное признание и исполнение не только судебных, но и арбитражных решений, тогда как Нью-Йоркская конвенция регулирует вопросы признания и исполнения только арбитражных решений, то есть решений третейских судов.

Как подчеркивает бывший председатель Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации Комаров Александр Сергеевич: «На сегодняшний день существует международно-правовая инфраструктура исполнения арбитражных решений за рубежом. Например, решение государственного арбитражного суда, вынесенное в России, принудительно исполнить в подавляющем большинстве государств не представляется возможным, кроме как, если не прибегать к особой процедуре. А когда речь идет об международных арбитражных решениях, решениях иностранных третейских судов, то в этом случае действует Нью-Йоркская конвенция 1958 года, которая охватывает более 140 государств. Конвенция создает благоприятные возможности для приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного на территории одного государства, на территории другого государства, где находится ответчик либо принадлежащее ему имущество. Конвенция закрепляет в качестве основного принцип, что арбитражные решения подлежат принудительному исполнению, хотя и устанавливает ряд положений, которые могут быть использованы для того, чтобы не допустить такое исполнение. Основной смысл Конвенции заключается в том, что созданы благоприятные условия для быстрого, эффективного приведения в исполнение арбитражных решений, и в любом случае вынесенное арбитражным судом решение не может быть пересмотрено государственным судом, куда подано заявление о его признании и приведении в исполнение. Иными словами, государственным судом может быть отказано в признании решения и приведении его в исполнение, но пересмотр арбитражного решения по существу не возможен. Кроме того, в случае, если в одной стране не удастся исполнить арбитражное решение, его можно исполнить в других странах, где действует Конвенция, когда для этого имеются соответствующие предпосылки»¹.

В этой связи, остановившись на вопросе признания и принудительного исполнения арбитражного решения.

¹ См. там же.

Не любое решение международного арбитража может быть признано или исполнено на территории Российской Федерации. Установление правовых условий для признания и приведения в исполнение данных решений призвано защитить права и охраняемые законом интересы граждан, юридических лиц и государств, в первую очередь, от пороков чуждых правовой системе признающего государства принципов и норм.

В частности, как международные договоры, участником которых является Российская Федерация, так и национальное законодательство Российской Федерации содержат исчерпывающий перечень оснований для отказа российским арбитражным судом в признании и приведении в исполнение арбитражных решений на территории Российской Федерации.

Основания для отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений содержатся в статье 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и полностью соответствуют положениям статьи V Нью-Йоркской конвенции.

По смыслу статьи 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже», причинами к отказу в основном могут быть юрисдикционные (недееспособность стороны соглашения; недействительность самого соглашения; решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановление по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения) и процессуальные ошибки арбитража (ненадлежащее уведомление стороны, против которой вынесено решение о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве; состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или в отсутствие такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж). Причем по указанным основаниям может быть отказано в признании или приведении в исполнение арбитражного решения только по просьбе стороны, против которой оно направлено.

Независимо от воли сторон в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если суд найдет, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.

Таким образом, материально-правовое содержание спора, разрешенного арбитражем, исследуется лишь в последних двух случаях. Кроме того, международной правовой доктриной выработано положение о запрете пересмотра государственными судами арбитражных решений по существу.

Практика разрешения споров о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений свидетельствует об отсутствии формального подхода Российскими государственными судами к применению оснований, предусмотренных статьей 36 указанного закона.

Так, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Постановлении от 22 сентября 2009 г. №5604/09 указал, что отказывая фирме в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, суд первой инстанции пришел к выводу, что согласованная сторонами и включенная в контракт арбитражная оговорка предусматривала передачу возникающих из контракта споров на рассмотрение иного международного коммерческого арбитража, а не того, который вынес решение.

На этом основании суд, сославшись на подпункт «с» пункта 1 статьи V Нью-Йоркской Конвенции, пункт 1 статьи 36 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» и пункт 3 части 1 статьи 244 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, отказал в признании и приведении в исполнение решения Международного арбитражного суда при Палате экономики Австрии.

По существу, суд первой инстанции отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения по формальному основанию несовпадения наименования иностранного арбитража, указанного в арбитражной оговорке «с исключением подсудности общему суду, разрешению в арбитражном порядке Палатой промышленности и коммерции в Вене (Австрия) в соответствии с ее Регламентом», с наименованием международного арбитражного суда, вынесшего решение (Международный арбитражный суд при Палате экономики Австрии), и применения последним при рассмотрении спора правил своего Регламента.

При этом суд первой инстанции не принял во внимание, что при оценке возражений общества относительно компетенции Международного арбитражного суда при Палате экономики Австрии, как не основанной на арбитражной оговорке сторон контракта, ему следовало руководствоваться нормами права, подлежащего применению к этой оговорке с учетом положений подпункта «а» пункта 1 статьи V Нью-Йоркской Конвенции и пункта 2 статьи VI Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961), участниками которых являются Германия и Россия, и которые подлежат применению в данном деле.

Как вытекает из содержания арбитражной оговорки, стороны исключили из компетенции любых государственных судов рассмотрение споров, возникающих между сторонами из контракта или в связи с ним. Также сторонами бесспорно и однозначно было согласовано место любого будущего арбитражного разбирательства — Австрия, Вена. При оценке содержащегося в арбитражной оговорке указания на то, что спор подлежит рассмотрению в арбитражном порядке Палатой промышленности и коммерции в Вене (Австрия) суду первой инстанции следовало принять во внимание то, что Палата экономики Австрии, находящаяся в Вене, является организацией, аналогичной торгово-промышленным палатам, существующим в других странах, а Международный арбитражный суд при Палате экономики Австрии — единственным институциональным (постоянно действующим) международным коммерческим арбитражным судом, созданным при ней.

По указанным основаниям ВАС РФ пришел к выводу, что принятые по делу судебные акты нарушают единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права и, в соответствии с пунктом 1 статьи 304 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, подлежат отмене. Дело подлежит передаче на новое рассмотрение в суд первой инстанции¹.

Также Высший Арбитражный Суд Российской Федерации неоднократно обращал внимание нижестоящих судов на недопустимость рассмотрения вопросов о компетенции иностранного арбитража.

Так, в Постановлении от 14 июня 2011г. №1787/11 Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указал, что оснований для отказа компании в признании и приведении в исполнение решения арбитража иностранного государства на территории РФ нет, поскольку, рассмотрение вопросов о компетенции иностранного арбитража, действительности договора поручительства и иных положений направлено на пересмотр по существу решения о взыскании задолженности, что недопустимо².

Все указанное выше в совокупности является важной гарантией реализации ратифицированных Россией международных договоров в области внешнеэкономического арбитража и подтверждением со стороны государства права субъектов внешнеэкономической деятельности решать споры в частном порядке.

Российская судебная практика свидетельствует о незначительном проценте отказов в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, что подтверждает эффективность данного правового института.

Дополнительный механизм, способствующий разрешению споров в частном порядке, установлен статьей 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», согласно пункту 4 которой суд, в который подано ходатайство об отмене арбитражного решения, может, если сочтет это надлежащим и если об этом просит одна из сторон, приостановить на установленный срок производство по этому вопросу, с тем чтобы предоставить третейскому суду возможность возобновить арбитражное разбирательство или предпринять иные действия, которые, по мнению третейского суда, позволят устранить основания для отмены арбитражного решения.

Как отмечает проф. Комаров А. С., подобные случаи редко, но бывают в практике. Так, в частности, истец попросил суд приостановить разбирательство, чтобы дать возможность вернуться к арбитражу и устранить процессуальное нарушение, на которое ссылался ответчик. Как правило, если истец говорит, что допущенную арбитражным судом ошибку, можно исправить в возобновленном арбитражном процессе, то государственному суду нет необходимости отказывать в том, чтобы эта ремиссия состоялась. И тогда стороны возвращаются к тому же составу арбитража и просят либо рассмотреть дело, исключив допущенное ранее нарушение, либо дать дополнительную мотивировку, своего решения, которая должна прояснить занятую им ранее позицию»³

Курс на увеличение ВВП и рост предпринимательской активности в России и за рубежом влечет за собой усиление роли международного коммерческого арбитража как наиболее эффективного способа разрешения международных коммерческих споров.

Итак, можно сделать вывод, что нормы российского законодательства, регулирующие признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, полностью соответствуют международным конвенциям и договорам в этой сфере.

¹ СПС «Гарант».

² Там же.

³ Интернет-интервью с председателем Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации Комаровым А. С. «Практика разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде: сегодняшний день и перспективы» // СПС «Гарант».

ДИСКРИМИНАЦИЯ ПО ПРИЗНАКУ РЕЛИГИОЗНОЙ ПРИНАДЛЕЖНОСТИ: МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

РЫБАК Светлана Викторовна,

к.ю.н., доцент кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Одной из важнейших категорий для описания проблемы религиозной принадлежности является дискриминация, которая по-прежнему присутствует во многих сферах жизни общества, причем по всему миру. Дискриминация по признаку религиозной принадлежности имеет глубокие исторические корни, так как на протяжении тысячелетий человеку строго предписывалось исповедовать только государственную религию. Столь же строго карались любые отклонения в рамках государственного культа. Признание права человека на свободу религии имеет гораздо более короткую историю, нежели конфессиональная нетерпимость. Этот принцип в качестве базового условия свободы личности только недавно утвердился в международном праве и до сегодняшнего дня не нашел реального воплощения ни только в практике, но и в конституционно-правовом установлении многих стран.

В процессе исторического развития постепенно распространялось понимание необходимости религиозной терпимости и свободомыслия, правовой защиты людей разных мировоззренческих ориентаций. Эта проблема давно уже перешагнула национальные границы и стала частью международных обсуждений и приоритетным направлением в деятельности ведущих мировых организаций¹.

Поощрение и развитие уважения «к правам человека и основным свободам для всех без различия...» в числе своих целей провозгласила ООН². Следует отметить, что защита от дискриминации по признаку религиозной принадлежности — одна из центральных тем в международных документах по правам человека. Основополагающим актом здесь является Всеобщая декларация прав человека 1948 г. Значительное внимание уделяется также: Пакту о политических и гражданских правах и Пакту о социально-экономических и культурных правах, а также трем региональным конвенциям, посвященным правам человека: Европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека 1950 г., Американской конвенции о правах человека 1969 г. и Африканской хартии прав человека и прав народов 1981 г.

Как подчеркивает Л.Н. Завадская, выработка международных стандартов защиты от дискриминации проходили в двух основных направлениях: как утверждение одного из основополагающих принципов прав человека, так и в рамках защиты прав отдельных категорий индивидов³.

Определение дискриминации содержит две принципиально важные составляющие: различие, в основе которого не лежит объективное и разумное оправдание, и отсутствие разумной пропорциональности между целями и средствами, которые используются для ее достижения. При этом, как отмечает А.М. Лушников, определение дискриминации во многом зависит от того, что такое равенство, а равно трактовка неравенства и как с ним бороться⁴. Большинство современных исследователей согласны с тем, что дискриминация есть отрицание равенства, а важнейшим условием равенства является отсутствие дискриминации.

В Конвенции №111 Международной организации труда «О дискриминации в области труда и занятий» 1960 г. (ратифицирована СССР в 1961 г.) содержались два определения исследуемого понятия. В широком смысле дискриминация — нарушение прав, провозглашенных во Всеобщей декларации прав человека. В узком, — применительно к трудовым отношениям, термин включал в себя «всякое различие, недопущение или предпочтение, проводимое по признаку расы, цвета кожи, пола, религии, политических убеждений, иностранного происхождения или социального происхождения, приводя-

¹ Вальденфенс Г. Религия в современном мире научных исследований // Религиоведение. 2002. №2. С. 157–168.

² Устав ООН. Действующее международное право. Т. 1. М., 1996. С. 10–11.

³ См.: Завадская Л. Н. Равенство полов: международные акты и национальная политика // Социальное государство и защита прав человека / Под ред. Е. А. Лукашевой. М., 1994. С. 118.

⁴ См.: Лушников А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Гендерное равенство в семье и труде: заметки юристов. М., 2006. С. 117.

щее к уничтожению или нарушению равенства возможностей или обращения в области труда и занятий» (ст. 1)¹.

В советском энциклопедическом словаре категория «дискриминация» определяется как умаление прав какой-либо группы граждан в силу их национальности, расы, пола, вероисповедания и т.п.² В.Е. Чиркин подчеркивает, что под дискриминацией следует понимать — установление законом неравных прав граждан не соответствующих общечеловеческим ценностям, ущемление в правах. Это установление неравенства правом, правовыми нормами³. Дискриминация, по утверждению Н.Н. Семенюты, это ограничение или лишение прав определенной категории граждан по какому-либо признаку, не оговоренному в соответствующем нормативном акте. Дискриминацией, продолжает автор, является и предоставление необоснованных льгот, преимуществ отдельным лицам или категориям граждан⁴. Полагаем, что дискриминация, таким образом, выступает «обратной стороной», отрицанием равенства.

Однако следует отметить, что в отношении понятия «дискриминация» нет единого подхода ни в доктрине международного права, ни в практике отдельных государств. Более того, в теории права пока еще не сложилось четкого разграничения оснований форм и видов дискриминации. Вместе с тем, по утверждению А.М. Лушникова, следует различать следующие формы дискриминации: 1) прямая и косвенная в зависимости от открытости и категоричности; 2) внутрисекторная (в рамках одной отрасли хозяйства, сферы деятельности и др.) и межсекторная, в зависимости от сферы осуществления; 3) вертикальная (субординированные отношения власти-подчинения) и горизонтальная (координированные отношения равных в должностном положении субъектов), в зависимости от уровней осуществления; 4) различие (различное отношение к субъектам права по различным признакам), исключение (субъекты права исключаются из каких-либо общественных отношений без законного основания) или предпочтение (предоставление преимуществ определенным субъектам права вне зависимости от требований законодательства), в зависимости от ее направленности; 5) «пересекающаяся» или межсекционная дискриминация, основанная на сочетании дискриминации по неменяющимся (пол, раса) и меняющимся особенностям (религиозные воззрения, социальное положение, состояние здоровья)⁵.

Как подчеркивает С. В. Поленина, в науке и в законодательстве, в зависимости от целей и последствий дискриминации, различают ее «негативные» и «позитивные» подвиды. Последние в свою очередь могут быть проявлениями не только прямой, т.е. закрепленной в законах (дискриминация de jure), но и косвенной, т.е. складывающейся в реальной жизни (дискриминация de facto) дискриминации⁶.

В международном праве чаще всего разграничивается прямая, т.е. менее благоприятное обращение с лицом или группой лиц на основании признаков личного статуса, и косвенная дискриминация, определяемая как формально нейтральное обращение, которое для представителей определенной группы имеет особо негативные последствия. Вместе с тем практика толкования и применения соответствующих международно-правовых актов позволяет говорить о том, что под запретом находятся обе разновидности дискриминации.

В юридической литературе совокупность прав и обязанностей в области религии и в отношении религии принято называть свободой совести. Правовые аспекты свободы совести не являются чем-то самодовлеющим, то есть они не являются тем, что существует само по себе и ни от чего другого не зависят⁷. Свобода совести, по нашему мнению, может быть реализована только в контексте всех других прав и свобод человека в демократическом обществе.

Свобода совести (устойчивый международный термин — Freedom of conscience (англ.)) — одно из основных личных прав человека, относящееся к основам демократии; означает, прежде всего, свободу индивидуума от любого идеологического контроля, право каждого самостоятельно выбирать для

¹ См.: Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. М., 2002. С. 68–70.

² Советский энциклопедический словарь. М., 1980. С. 400.

³ Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 2009. С. 71.

⁴ Семенюта Н. Н. Запрет дискриминации в трудовых отношениях // Вестник Омского университета. 1997. Вып. 2. С. 94.

⁵ См.: Лушников А. М. и др. Указ. раб. С. 124.

⁶ См.: Поленина С. В. Права женщин в системе прав человека: международный и национальный аспект. М., 2000. С. 18–19.

⁷ Права человека: итоги века, тенденции, перспективы. М., 2002. С. 37.

себя систему духовных ценностей. Наряду с понятием «свобода совести» часто употребляется понятие «свобода вероисповедания» (устойчивый международный термин — Freedom of religion (англ.)) — право человека свободно следовать своим религиозным убеждениям, выполнять вытекающие из них ритуалы, обряды, открыто исповедовать веру в соответствии со своими религиозными убеждениями)¹. Несмотря на известную близость этих понятий, их нельзя смешивать.

К числу важнейших международно-правовых актов, где наиболее полно определены все стороны принципа свободы совести, относятся Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г.; Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (1976 г.), Декларация об устранении всех форм нетерпимости и дискриминации в связи с религией и убеждениями (ООН, 1981 г.)².

В ряде международных актов, таких как Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, подписанная 4 ноября 1950 г. представителями государств — первоначальных членов Совета Европы и являющаяся основополагающим документом Совета Европы, Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 30 июля 1 августа 1975 г.) и других содержания мировоззренческих прав и свобод было расширено и уточнено в такой формулировке: «Свобода мысли, совести, религии и убеждений». В частности, в указанном документе провозглашалось, что «... Государства-участники будут уважать права человека и основные свободы, включая свободу мысли, совести, религии и убеждений для всех, без различия расы, пола, языка и религии... В этих рамках Государства-участники будут признавать и уважать свободу личности исповедовать, единолично или совместно с другими, религию или веру, действуя согласно велению собственной совести... В области прав человека и основных свобод Государства-участники будут действовать в соответствии и целями и принципами Устава ООН и Всеобщей декларации прав человека. Они будут также выполнять свои обязательства, как они установлены в международных декларациях и соглашениях в этой области» (VII)³.

Во всех последующих международных правовых актах при обращении к проблемам мировоззренческих свобод неизменно употребляется выражение: «свобода мысли, совести, религии и убеждений». Именно в указанном контексте и должна рассматриваться вся система прав и свобод в области свободы совести.

Современные универсальные международные стандарты принципа свободы совести включают в себя такие положения: равенство всех религий перед законом, право граждан исповедовать любую религию или не придерживаться никакой религии; право на атеизм; равное право на распространение религиозных, атеистических и иных мировоззренческих убеждений; светский характер государства, отделение от государства религиозных и других, созданных по мировоззренческому принципу, организаций, светский характер образования; свободное отправление религиозных культов, поскольку они не нарушают общественного порядка и законодательства и не покушаются на личные права, здоровье, честь граждан; равенство всех граждан перед законом, независимо от их отношения к религии; запрет на разжигание религиозных распрей. Обращаем специальное внимание на то, что современные трактовки понятия свободы совести понимают гораздо шире простого признания права на исповедание любой религии, но это право понимается, как право на свободу мысли вообще, убеждений, право на свободу придерживаться любых мировоззренческих доктрин, если они не вредят общественной и личной безопасности. Поэтому вне зоны действия свободы совести находятся шовинистические, расистские, любые человеконенавистнические идеи и, тем более, действия, основанные на них⁴.

Право на исповедование любой религии предполагает отсутствие дискриминации, независимо от того, принадлежит ли человек к крупной церкви или маленькой секте, традиционной или нетрадиционной религии. На этом же настаивает положение о равенстве всех конфессий перед законом. Принципиально важным является понимание того, что свобода совести дает человеку право быть религиозно

¹ Вишнякова И. Н. Конституционно-правовое регулирование свободы вероисповедания: Автореф. дис. ... канд юрид. наук. М., 2000. С. 5–6.

² Сосковец Л. И. Религиозная толерантность и свобода совести: история и теория вопроса // Социально-экономические и гуманитарные науки. Известия Томского политехнического университета. 2004. Т. 307. №2. С. 177–178.

³ Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. д.ю.н., проф. В. А. Карташкин, д.ю.н., проф. Е. А. Лукашева. 2-е изд., доп. М., 2002. С. 562–576.

⁴ Международные акты о правах человека: Сборник документов / Сост. д.ю.н., проф. В. А. Карташкин, д.ю.н., проф. Е. А. Лукашева. 2-е изд., доп. М., 2002. С. 38–42.

индифферентным или вообще отрицать любую религиозную систему. При этом государство не должно понуждать его принимать, скажем, государственную религию или религию большинства. Более того, как верующие любых конфессий, так и атеисты должны иметь равные права не только на защиту своих убеждений, но и на их распространение. Так, к примеру, в 2005 г. по иску одного из атеистов Окружной федеральный суд (его компетенция распространяется на пять западных штатов США) вынес решение об исключении из гимна американскому флагу слов о Боге. При этом следует отметить, что в США принимают присягу на Библии, на ней же клянутся свидетели в судебном процессе.

Не должно вызывать правового осуждения ситуация смены человеком религиозного исповедания. Никто не может принуждать его к вступлению в какую-либо религиозную организацию и препятствовать выходу из нее. Вызывает определенные коллизии право на получение религиозного образования, вернее, не само право, а возможность его реализации. Здесь следует иметь в виду, что в условиях отделения церкви от государства, система государственного образования не должна брать на себя заботу о религиозном образовании и, тем более, отдавать в этом предпочтение какой-то одной религии. Остальные же негосударственные институты обучения могут участвовать в решении задач религиозного образования.

Международные документы, провозглашающие принципы свободы совести, не только дают их самую расширительную трактовку, но и содержат стандарты в сфере обеспечения гарантий этой свободы. В упоминавшейся уже Декларации ООН по ликвидации всех форм нетерпимости и дискриминации на основе религии или убеждений 1981 г. дано определение этих понятий. Дискриминация определяется как «любое различие, исключение, ограничение или предпочтение, основанное на религии или убеждениях и имеющее целью или следствием уничтожение или умаления признания, пользования или осуществления прав человека и основных свобод»¹. Подобная дискриминация рассматривается как оскорбление достоинства личности и нарушение прав человека. Однако, по мнению ряда отечественных правоведов, существуют и четко выраженные представления, что же все-таки может ограничивать свободу совести, чтобы оно (ограничение) было правомерным: ограничения должны предусматриваться законом и иметь целью охрану общественной безопасности, порядка, здоровья и морали, а также основных прав и свобод других лиц².

Государство должно одновременно охранять и ограничивать свободу вероисповедания. Любая религия неизбежно влияет на общественные взгляды и нравственность. Верующий человек оценивает право с точки зрения норм своей религии, а законопослушный гражданин может оценивать нормы той или иной религии с точки зрения права. И не всегда эти оценки объективны. Между религией и правом в светском государстве складываются весьма сложные взаимоотношения: закон без религии деградирует в казуистику, а религия без закона теряет свою эффективность. По мнению ряда отечественных исследователей, можно выделить следующие основные проблемы, возникающие в области права при осуществлении свободы вероисповеданий: 1) отрицание многими религиями возможности проходить военную службу с оружием в руках; 2) тайна вероисповедания и злоупотребление этим правом; 3) поддержка правительством или государственными служащими определенной религии; 4) попытки религиозных верующих внедрить программы обучения в школах; 5) собственность религиозных организаций в секуляризованных обществах; 6) существование новых религиозных движений: «маргинальных религиозных движений», «сект», «культов», «деструктивных религиозных организаций», «оппозиционных религиозных организаций» (в литературе можно встретить различные определения этих организаций)³.

Вплоть до 1993 г. Европейский Суд по правам человека фактически не рассматривал прямых заявлений граждан о свободе религии или убеждений. Одним из первых решений, вынесенных Европейским Судом по вопросам религиозной свободы, основанным на ст. 14 Европейской конвенции — дело «Тлимменос против Греции» от 06.04.2000⁴. Ст. 14 Конвенции нарушается не только в случае различ-

¹ Рудинский Ф. М., Шапиро М. А. Свобода совести и религия: международно-правовые пакты и национальное законодательство // Государство и право. 1992. №5. С. 16.

² Там же. С. 16–17.

³ Эпифанова Т. В., Вертий М. Ю. Государственная политика в области обеспечения свободы совести: правовые ориентиры // Философия права. 2007. №1. С. 119–123.

⁴ Заявитель в деле Тлимменоса был членом Свидетелей Иеговы, обвиненным в несоблюдении субординации в 1983 г. за неисполнение воинского долга во время всеобщей мобилизации на основании своих религиозных убеждений. Он был приговорен к четырем годам тюремного заключения, что в последующем явилось основанием для дисквалификации для гражданской службы (не позволило ему получить должность присяжного бухгалтера).

ного отношения государства к личности в аналогичных ситуациях без определенного объективно и обоснованного оправдания. Согласно мнению Суда, право не подвергаться дискриминации при пользовании правами, гарантированными Конвенцией, нарушается и в том случае, если государство без объективного и обоснованного оправдания наносит ущерб личностям, находящимся в отличающихся условиях. В этой связи Суд признал, что поведение, вызванное личной верой, обосновывает относительную дифференциацию при определении последствий уголовного обвинения. В частности, когда индивид обвинен в уголовном преступлении за отказ от военной службы по религиозным убеждениям, он может на законных основаниях обращаться с жалобой по поводу исключения из общего правила, которое запрещает людям, обвиненным в уголовном преступлении, занимать должности на гражданской службе. Определенная аналогия усматривается в деле «Фредерик Фузн против Франции». Убеденный противник военной службы по соображениям совести считает себя жертвой нарушения Францией ст. 18, 19 и 26 в совокупности со ст. 8 Международного пакта о гражданских и политических правах.

Современное состояние реализации свободы совести в Российской Федерации в значительной мере связано с Федеральным законом «О свободе совести и о религиозных объединениях», принятом в 1997 г. Необходимо отметить, что ряд положений ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях» вступает в противоречие с принципами, закрепленными многосторонними международными договорами, участниками которых является Россия. В частности, закрепление Законом привилегированного положения отдельных религий (преамбула п. 4–5); разграничение между религиозными объединениями и религиозными группами (ст. 6–7), лишающее последних прав юридического лица (п. 1 ст. 7); разграничение «традиционных» конфессий и религиозных организаций, не имеющих документа, подтверждающего их существование на соответствующей территории не менее 15 лет (п. 1 ст. 9), что приводит к лишению последних многих прав (п. 3 ст. 27); противоречие международным нормам ограничений свободы религии по соображениям «национальной безопасности» (п. 2 ст. 3).

По распространенному мнению современных исследователей, формально-юридической гарантией обеспечения равенства возможность современной и защиты от дискриминации является антидискриминационное законодательство¹. Антидискриминационные законы предоставляют лицам, пострадавшим от дискриминации, возможность выбора средств защиты (специализированные органы по обеспечению равенства и недискриминации, суды, органы административной юстиции). Для современных антидискриминационных законов характерным является закрепление не только негативных обязательств (не осуществлять дискриминацию), но и позитивных обязательств (предпринимать определенные действия) с целью обеспечения равноправия и искоренения дискриминации.

В Российской Федерации нет специального антидискриминационного законодательства, более того законодательство, правоприменительная практика и даже научная литература не предлагают определения и толкования понятий «дискриминация», «ограничение прав», «создание препятствий реализации прав», «умаление прав», «законное или незаконное поведение различий» (исключение составляет ст. 136 УК РФ в которой впервые была предпринята попытка дать дефиницию категории «дискриминация»). Конституционный Суд РФ также не предпринимал попытки дать свое толкование термина «дискриминация»². Так, по мнению Конституционного Суда, принцип правового равенства означает недопустимость проведения произвольных и необоснованных различий (Постановление №7-П от 6 июня 1995 г.). Напротив Суд указал, что установление обоснованных и законных предпочтений или ограничений не означает нарушения конституционного принципа равенства (Постановление №19-П от 27 декабря 1999 г.)³. Большинство правовых норм российского законодательства, относящихся к равноправию и дискриминации, являются материальными нормами, и в законодательстве явно не хватает процедурных гарантий против дискриминации. В целом, как представляется, российский механизм антидискриминационного законодательства отличается крайне низкой эффективностью.

Свобода совести, по нашему мнению, может быть реализована только в контексте всех других прав и свобод человека в демократическом обществе. Диалог и дискуссия в межконфессиональных отношениях будут более реальны и плодотворны при равноудаленности государства от всех церквей

¹ См.: Защита личности от дискриминации: Хрестоматия. Т. 1. М., 2009. С. 156–175.

² См.: Защита личности от дискриминации: Хрестоматия. Т. 1. М., 2009. С. 301.

³ См.: Комкова Г. Н. Запрет дискриминации в российском и международном праве. Саратов, 2003. С. 49–75; Кряжков В. А. Конституционное правосудие на защите прав человека // Российская юстиция. 2002. №3. С. 35–36.

и при отсутствии государственной религии. Именно указанное обстоятельство, по нашему глубокому убеждению, гарантирует нейтралитет государства к различным вероучениям, что в свою очередь обеспечит равные шансы для религиозных организаций и их членов; реально обеспечит религиозную свободу, ограничит государственное вмешательство во внутренние дела религиозных организаций.

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ДОГОВОРА К ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ ХАРТИИ (ДЭХ)

ШИЯНОВ Алексей Владимирович,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры международного права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Данное исследование предпринимается с целью обобщения процедурных аспектов возникновения, изменения и прекращения обязательств по ДЭХ. Представляя собой один из немногих договоров, регулирующих международные энергетические отношения в рамках Евразийского континента, рассматриваемый международно-правовой акт содержит интересные нас нормы в ч. VIII¹, сложность которых сообразуется с его предметом.

Отметим, что участниками договора по состоянию на начало 2012 г. являются 53 государства и Европейский союз, после 2009 г. осуществляющий международные обязательства Европейских сообществ, инициировавших в 1991 г. переговоры по его разработке². Большинство договаривающихся сторон, включая ряд стран Содружества Независимых Государств, выразили окончательное согласие на обязательность ДЭХ в упрощенном порядке в сроки, указанные в ст. 38, то есть с 17 декабря 1994 г. до 16 июня 1995 г., поскольку ранее присоединились к Европейской энергетической хартии (ЕЭХ). В соответствии с п. 1 ст. 44, договор вступил в силу 16 декабря 1997 г. на 90 день с даты сдачи на хранение Кипром правительству Португалии, выполняющему функции депозитария по ДЭХ ратификационного документа. При этом акт официального подтверждения, полученный от Европейских сообществ, не был засчитан в общее число документов, подтверждающих согласие на обязательность договора, поскольку соответствующий акт дополнил бы ратификационные грамоты, полученные от их государств-членов, что противоречит п. 3 ст. 44 ДЭХ.

После закрытия ДЭХ для подписания, его равноправным участником, как указано ст. 41, можно стать в порядке присоединения, для чего государству или организации региональной экономической интеграции (ОРЭИ) необходимо согласиться на обязательность ДЭХ и Протокола по вопросам энергетической эффективности и соответствующим экологическим аспектам (ПЭЭСА). На основании утвержденной процедуры кандидату следует представить заявку Конференции по Хартии и Секретариату для рассылки всем договаривающимся сторонам. В случае согласия участников ДЭХ, Конференция по Хартии предлагает кандидатам подписать ЕЭХ и начать процесс присоединения. Далее Секретариат доводит до кандидата общие условия, касающиеся процедур присоединения и график консультаций. В соответствии с выводами, сделанными в процессе консультаций, Секретариат подготавливает доклад для Конференции по Хартии, которая предлагает кандидатам присоединиться к ДЭХ на условиях принятия обязательств, содержащихся в ДЭХ, Поправке к связанным с торговой положением и в решениях Конференции, действующих на данный момент. При присоединении к ПЭЭСА требуется принятие обязательств, содержащихся в протоколе и во всех решениях и заключениях, относящихся к ПЭЭСА, действующих на момент присоединения. После этого Генеральный секретарь извещает кандидата о возможности присоединения к ДЭХ и ПЭЭСА.

Заключительный этап процесса присоединения включает национальную ратификацию ДЭХ, ПЭЭСА и Торговой поправки, после чего, соответствующие акты сдаются на хранение депозитарию

¹ Используемый текст договора и приложений к нему опубликован в источнике: *Договор к Энергетической хартии и связанные с ним документы. Правовая основа для международного энергетического сотрудничества. Брюссель, Секретариат Энергетической хартии, 2004.* // <http://www.encharter.org/index.php?id=28&L=1>. с. 41 176.

² По данным Секретариата по Энергетической хартии. URL: <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1>.

договора. При выражении окончательного согласия присоединяющемуся участнику необходимо учитывать предписания ст. 46 ДЭХ, запрещающие делать односторонние заявления под любым названием, исключающие или изменяющие юридическое действие определенных положений договора. Для присоединившегося участника ДЭХ и Торговая поправка вступают в силу на 90 день после сдачи на хранение его акта о присоединении, а ПЭЭСА — на 30 день с момента сдачи на хранение акта о присоединении к нему и после того, как соответствующее государство или ОРЭИ становится договаривающейся стороной¹.

ДЭХ исходит из необходимости немедленного урегулирования определенных отношений между участвующими сторонами, и предусматривает в ст. 45 возможность временного применения до окончания процедур выражения согласия на его обязательность. На основании п. 1 ст. 45 ДЭХ каждая подписавшая сторона соглашается временно применять договор впрямь до его вступления в силу на 90 день с даты сдачи на хранение ратификационной грамоты, в той степени, в которой такое применение не противоречит ее конституции и законодательству. Пункт 7 ст. 45 ДЭХ распространял на государства или ОРЭИ, которые до вступления ДЭХ в силу могли к нему присоединиться на условия временного применения, права и обязанности подписавшей стороны, сохранившиеся и после приобретения договором юридической силы.

Указанные нормы не применялись к подписавшей стороне, сделавшей при подписании заявление депозитарию о том, что она не может согласиться с временным применением. Такие заявления в разное время были сделаны Австралией, Исландией, Японией и Норвегией. Заявление о несогласии с временным применением может быть отозвано в любое время путем уведомления, направленного депозитарию в том же порядке. На Россию с 17 декабря 1994 г., то есть с момента подписания Заключительного акта Конференции по Энергетической хартии, до 18 октября 2009 г., когда истекли 60 дней с момента официального уведомления о намерении не становиться договаривающейся стороной, распространялись условия о временном применении. В настоящее время единственным государством, подписавшим, но не ратифицировавшим ДЭХ и не подавшим заявление о его неприменении на временной основе, является Беларусь².

Следует иметь в виду, что участники ДЭХ, предпринявшие соответствующие меры, не освобождаются от обязанности соблюдать институциональные положения договора относительно участия в Конференции по Хартии, прав на участие в голосовании, нести расходы на финансирование деятельности Секретариата по Хартии. Данное положение сохранялось до вступления Договора в силу для такой подписавшей стороны в соответствии со ст. 44. Кроме того, подп. b п. 2 ст. 45 ДЭХ лишает подписавшую сторону, сделавшую заявление о невозможности временного применения, и участников хозяйственной деятельности, имеющих ее национальность, возможности требовать преимущества на основе принципа взаимности. Поскольку до 1998 г. все положения ДЭХ были временно применимыми, п. 4 б ст. 45 ДЭХ учреждали временные Конференцию и Секретариат в качестве органов, составлявших институциональную основу договора. Для цели финансирования их деятельности позволялось использовать формулу распределения расходов по ЕЭХ.

На основании п. 3 рассматриваемой статьи любая подписавшая сторона вправе прекратить временное применение ДЭХ путем письменного уведомления депозитария о своем намерении не становиться его договаривающейся стороной. Прекращение данной разновидности участия в договоре вступает в силу по истечении шестидесяти дней с даты получения депозитарием письменного уведомления. При этом необходимо иметь в виду, что подп. b п. 3 ст. 45 ДЭХ оставляет в силе еще в течение 20 лет обязательства соответствующей стороны, принятые ею в сфере поощрения и защиты капиталовложений и разрешения инвестиционных споров, относительно инвестиций, осуществленных на ее территории в период временного применения, инвесторами других участников. В настоящее время названная оговорка приобрела обязательный характер в связи с прекращением применения Приложения РА. Ратифицировав ДЭХ и уведомив об этом депозитария, Чешская Республика, Германия, Венгрия, Литва, Польша и Словакия, входившие в Приложение РА, тем самым отказались от неприменения обязательства относительно сохранения преимущественных прав инвесторов других договаривающихся сторон в течение указанного периода.

¹Процедурные требования для присоединения к ДЭХ // Договор к Энергетической хартии. Путеводитель для читателя. Брюссель, Секретариат Энергетической хартии, 2002. URL: <http://www.encharter.org/index.php?id=28&L=1>. С. 76–79.

²По данным Секретариата по Энергетической хартии. URL: <http://www.encharter.org/index.php?id=61&L=1>.

В данном аспекте представляет интерес ст. 6 Поправки к связанным с торговлей положениям ДЭХ, предусматривающая ее временное применение участниками, временно применяющими договор, или ратифицировавшими его и согласившимися применять поправку без признания ее обязательности в установленном порядке¹. Пункт 2 ст. 6 поправки позволяет таким сторонам в течение 90 дней, отсчитываемых с 24 апреля 1998 г., передать депозитарию заявление о несогласии с ее временным применением, что и было сделано Австралией, Исландией, Норвегией, Турцией и Японией. Каждая из сторон, временно применяющих поправку, вправе прекратить такое применение в порядке, аналогичном предусмотренному в подп. а п. 3 ст. 45 ДЭХ².

При применении договора необходимо учитывать ст. 48, из норм которой следует, что приложения к ДЭХ являются его неотъемлемой частью. Первоначальный текст договора содержал 14 приложений, детализировавших правила ДЭХ. Так, Приложение EM, содержащее перечень энергетических материалов и продуктов, и NI, назвавшее неприемлемые материалы по определению «хозяйственной деятельности в энергетическом секторе» энергетические материалы и продукты, определяют предметную сферу ДЭХ. Из числа приложений, содержащих перечни участников Договора, добровольно принявших на себя обязательства в отношении определенных его предписаний в сфере торговли, необходимо выделить Приложение N, определившее договаривающиеся стороны, участие которых в транзите требует, по меньшей мере, трех отдельных территорий в соответствии с подп. а п. 10 ст. 7 ДЭХ. В Приложении T для стран с экономикой переходного периода предусматривались изъятия, предоставлявшие этим государствам возможность привести законодательство в соответствие с ДЭХ.

Поправка к связанным с торговлей положениям ДЭХ добавила новые приложения и внесла изменения в ранее действовавшие. В частности, Приложение EQ I фиксирует перечень связанного с энергетикой оборудования в соответствии с п. 4 bis ст. 1 Договора, Приложение EM I заменяет Приложение EM первоначального текста ДЭХ. Приложение G, предусматривавшее временное применение Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) 1947 г. и связанных с ним документов участниками ДЭХ, не являвшимся договаривающимися сторонами ГАТТ, заменено Приложением W. Внесены соответствующие изменения и дополнения в Приложение D. Следующие приложения относятся к возможным обязательствам договаривающихся сторон для тех позиций, которые могут быть включены позднее. Энергетические материалы и продукты как они предусмотрены в п. 4 ст. 1 и перечень связанного с энергетикой оборудования на основании п. 4 bis ст. 1 ДЭХ могут быть включены, соответственно, в Приложения EM II и EQ II. Перечни договаривающихся сторон, которые согласятся не повышать никакие таможенные пошлины или другие сборы выше уровня, вытекающего из их обязательств или любых применимых к ним положений Соглашения об учреждении ВТО, как это предусмотрено в п. 7 ст. 29 ДЭХ, должны будут вноситься в Приложения BR и BRQ.

Некоторые приложения к Договору в настоящий момент утратили свое значение. Так, Приложения TRM и TFU не действуют, поскольку никакие уведомления, ими предусматривавшихся, сделано не было, а переходные периоды уже истекли. В связи с истечением 1 июля 2001 г. предельного срока прекращения всех временных приостановлений, перестало применяться Приложение T. Приложения W и D перестанут применяться, когда все договаривающиеся стороны ДЭХ присоединятся к Соглашению об учреждении ВТО.

В отличие от приложений, решения к ДЭХ отражают соглашения, достигнутые между всеми участниками переговоров, в связи с его заключением, и являются средством толкования Договора, наряду его текстом, преамбулой, и приложениями, в чем наблюдается их сходство с пониманиями и декларациями. Последние представляют собой документы, составленные одними участниками переговоров в связи с заключением ДЭХ, и принятые другими его участниками в качестве документов, относящихся к нему.

Договор был заключен с учетом того, что условия, в которых он принимается, будут меняться, и потому включил положения о пересмотре с учетом возможных изменений. Поскольку поправки могут оказывать существенное влияние на права и обязанности договаривающихся сторон и, с

¹ В настоящее время 10 договаривающихся сторон ДЭХ, применяют Торговую поправку на временной основе // Секретариат Энергетической хартии. Статус ратификации Поправки к связанным с торговлей положениям ДЭХ по состоянию на август 2012 г. URL: <http://www-encharter.org/index.php?id=26&L=1>.

² Договор к Энергетической хартии и связанные с ним документы. С. 232.

целью предотвращения возможных конфликтов, ст. 42 ДЭХ наделяет участников равным правом предлагать изменения и дополнения. Процедура принятия поправок к ДЭХ представляется более сложной, чем применявшаяся при заключении самого договора. Это подтверждает процесс принятия и вступления в силу Поправки по связанным с торговлей положениям ДЭХ, начавшийся в апреле 1998 г. и завершившийся в январе 2010 г., являющийся первым и единственным случаем пересмотра правил договора¹.

В начале Секретариат по Хартии сообщает текст предложенной поправки всем участникам ДЭХ, не ранее, чем за три месяца до той даты, на которую намечается ее рассмотрение Конференцией по Хартии. Текст поправки, в случае ее одобрения всеми присутствовавшими и голосовавшими в ходе заседания Конференции договаривающимися сторонами, сообщается Секретариатом депозитарию для направления ее всем участникам договора для ратификации, принятия или утверждения. Ратификационные грамоты, акты официального подтверждения, акты о принятии или утверждении поправок к ДЭХ сдаются на хранение депозитарию.

Пункт 4 ст. 42 ДЭХ предусматривает порядок вступления в силу принятой поправки, исходя из невозможности синхронных действий в этой области всех участников Договора. Для договаривающихся сторон, ратифицировавших, принявших или утвердивших поправку, она приобретает юридически обязательный характер на 90 день после получения депозитарием соответствующих грамот или актов, по меньшей мере, от трех четвертей от общего числа участников ДЭХ. Действующая поправка подлежит применению оставшимися договаривающимися сторонами в случае изъятия ими в предусмотренном порядке согласия на ее обязательность посредством ратификации, принятия или утверждения. Столь длительный срок вступления в силу изменений и дополнений призван нивелировать различия в применяемых договаривающимися сторонами в соответствующей ситуации положений внутреннего права.

Каждое государство или ОРЭИ, имеющие право стать участником договора, может присоединиться к ДЭХ с учетом внесенных изменений и дополнений. Соглашение о внесении поправок не связывает государство или ОРЭИ, уже являющиеся договаривающимися сторонами ДЭХ, но не ставшие участниками соглашения о внесении поправок. В отношениях между стороной, для которой ДЭХ действует с учетом поправок, и участником договора в предыдущей редакции, применяется вариант, обязательный для обеих сторон. Государство или ОРЭИ, признавшие обязательность для себя договора после вступления в силу соглашения о внесении поправок, если только оно не заявляет об ином, считается участником ДЭХ с учетом изменений.

Договор в ст. 33 предусматривает возможность заключения соглашения об изменении ДЭХ двумя или более участниками в целях уточнения, дополнения, расширения или развития его положений. На основании подп. а п. 13 ст. 1 Договора, соответствующий акт, именуемый протоколом, означает договор, переговоры по которому санкционированы и текст которого принят Конференцией по Хартии консенсусом либо большинством в три четверти голосов присутствовавших и голосовавших договаривающихся сторон. В переговорах по протоколам может участвовать любая подписавшая Хартию сторона. Протокол применяется только к договаривающимся сторонам, выразившим согласие быть связанными им, и не должен ущемлять права и обязательства государств или ОРЭИ, не являющихся его сторонами. Понимание в отношении ст. 33 ДЭХ, включенное в Заключительный акт Конференции по Хартии, ставило задачу перед временной Конференцией организовать переговоры по протоколам в перечисленных в ч. III ЕЭХ областях сотрудничества. Однако единственным примером переговоров по проектам протоколов до сих пор является Протокол по транзиту². Конференция по Хартии может санкционировать проведение переговоров по декларациям к ЕЭХ, не имеющим на основании подп. б п. 13 ст. 1 ДЭХ обязательной силы.

Прекращение действия ДЭХ может быть вызвано субъективными и объективными причинами, освобождающими участников договора от всякого обязательства его выполнять в дальнейшем, предусмотренные для многосторонних договоров Венскими конвенциями о праве международных договоров 1969 г.³ и о праве договоров между государствами и международными организациями или между

¹ Секретариат Энергетической хартии. Статус ратификации Поправки к связанным с торговлей положениям ДЭХ по состоянию на август 2012 г.

² Протокол по транзиту: история переговоров, нынешняя ситуация. URL: <http://www.encharter.org/-index.php?id=37&L=1>.

³ Раздел 3 ч. V Венской конвенции о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) // Сборник международных договоров СССР. Вып. XLII.-М., 1988. С. 171–197.

международными организациями 1986 г.¹ Статья 47 договора специально оговаривает только одно основание для прекращения, обусловленное возможностью выхода из ДЭХ любой договаривающейся стороны. Таким образом, Договор предусматривает односторонний отказ от обязательности своих предписаний, но допускает это в порядке денонсации на условиях п. 1 и 2 названной статьи. В результате денонсации всеми договаривающимися сторонами он прекратит свое действие. После вступления в силу решения о выходе из ДЭХ данное правило применяется между денонсировавшим государством или ОРЭИ и каждой из оставшихся договаривающихся сторон.

Поскольку произвольное использование правила о прекращении действия договора представляют собой существенную угрозу для его надежности, ДЭХ предусматривает обязательную последовательность выхода из Договора, нарушение которых означает неправомерный отказ от ДЭХ, и может повлечь за собой ответственность для соответствующей договаривающейся стороны за международно-противоправное деяние. Как следует из содержания п. 1 ст. 47, право на выход из договора возникает только по истечении пяти лет после его вступления в силу для государства или ОРЭИ. Кроме того, п. 4 ст. 47 указывает, что все протоколы, стороной которых является договаривающаяся сторона, теряют для нее силу одновременно с выходом из ДЭХ. Тем самым презумпция о том, что возможна только денонсация договора в целом, распространяется на соглашения двух или более участвующих в нем сторон, направленные на конкретизацию положений ДЭХ.

Выход из договора оформляется письменным уведомлением депозитарию и вступает в силу по истечении одного года с даты его получения, либо с такой более поздней даты, которая может быть указана в уведомлении. В названном документе должны быть указаны меры, которые предполагается принять в отношении ДЭХ, а также их обоснования. Возможность заявления об отказе от денонсации Договор не предусматривает, исходя из того, что подобные акты весьма редко встречаются в международных отношениях.

Договаривающиеся стороны в п. 3 ст. 47 обязались в течение 20 лет с момента выхода продолжать применять раздел ДЭХ о защите и поощрении инвестиций. Все нормы договора, касающиеся обязательств в области торговли, теряют обязательный характер для соответствующего государства или ОРЭИ по истечении годичного срока, закрепленного в п. 2 ст. 47 ДЭХ.

Исследование заключительных положений ДЭХ, показывает, что относительно порядка подписания, выражения окончательного согласия на обязательность, запрета делать оговорки, вступления в силу, рассматриваемый договор представляет собой типичный пример кодифицированного источника современного международного права. Специфика ДЭХ проявляется в нормах, устанавливающих порядок присоединения, применения и выход из договора, демонстрирующих намерение его участников предусмотреть дополнительные гарантии единообразной реализации прав и обязанностей, содержащихся в основных разделах договора.



¹ Статьи 54–64 Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (Вена, 21 марта 1986 г.) // Действующее международное право. Т. 1. М.: Московский независимый институт международного права, 1996. С. 372–409.



РАЗДЕЛ IV




*Цивилистика
как сфера развития
юридической науки*



СЕКЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОМ СОДЕРЖАНИИ ЮБИЛЕЙНОГО РАЗВИТИЯ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА ЮФУ

ЛУКЬЯНЦЕВ Александр Анатольевич,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой гражданского права
ФГОАУ ВПО «Южный федеральный университет»,
Заслуженный работник Высшей школы РФ

Отмечая замечательные достижения нашего факультета за 65-летний период его деятельности, не могу не позволить себе бросить цивилистический взгляд на историю его развития и содержание.

Но вначале о становлении и развитии кафедры гражданского права.

Кафедра гражданского права является одной из самых старейших и самой крупной на юридическом факультете РГУ, а ныне ЮФУ. Создана она была приказом Министерства высшего образования СССР №1472 от 11 октября 1948 года. Первоначально ее возглавлял профессор М.А. Тарасов, проработавший на кафедре более 20 лет.

М.А. Тарасов, являющийся известнейшим специалистом в области транспортного права, опубликовал более 100 работ в избранной отрасли научных исследований. К работе над проблемами транспортного права М.А. Тарасовым были привлечены многие сотрудники и аспиранты кафедры. Кандидатские диссертации по этим проблемам были защищены С.И. Дудниковым, И.А. Андриановым, С.А. Зинченко, Р.Я. Вишневецкой, Н.Г. Рыженковой.

Ученый Совет факультета 10 марта 1962 года признал, что «в университете сложилось и оформилось научное направление — транспортное право (профессор М.А. Тарасов)».

В разное время на кафедре работали известные в стране ученые: с 1954 по 1963 год профессором кафедры был А.М. Ладыженский — крупный специалист в области гражданского, семейного и международного права, опубликовавший более 200 работ.

В числе преподавателей кафедры с 1952 по 1954 год был известнейший в стране цивилист профессор М.П. Ринг, работы которого были посвящены исковой давности и проблемам научно-технического прогресса.

После смерти М.А. Тарасова, с 1968 по 1975 год, кафедру возглавлял доцент С.И. Дудников — замечательный организатор, прекрасный методист и лектор, кандидатская диссертация которого была посвящена проблемам правового регулирования трубопроводного транспорта в СССР.

С 1975 по 1977 год исполняла обязанности заведующего кафедрой доцент И.С. Вишневская, которой в 1994 году было присвоено ученое звание профессора за большой вклад в научную разработку жилищных правоотношений, теме исследования которых ею было посвящено пять монографических работ.

С 1977 по 1989 год кафедру возглавлял другой довольно известный цивилист — специалист в области гражданского процесса профессор Е.И. Филиппов, монографические работы которого, посвященные судебной защите прав граждан и работе товарищеских судов в СССР, украсили научно-педагогический потенциал кафедры.

С 1989 по 1993 год кафедру возглавлял известнейший ученый — специалист в области гражданского и арбитражного процесса доцент В.Н. Гапеев, из под пера которого вышло более 90 научных работ, из которых две монографических («Правосудие и арбитраж» и «Участники гражданского и арбитражного процесса» изданных в РГУ).

С 1994 года и по настоящее время кафедру гражданского права стал возглавлять автор настоящей статьи профессор А.А. Лукьянцев, читающий курсы гражданского и римского частного права, защитивший докторскую диссертацию по проблемам применения гражданского-правовой ответственности. Им опубликовано свыше 200 научных работ, из которых 6 — за рубежом (Германия, Куба). Имея опыт работы в правоохранительных органах (9-летний стаж в должности государственного арбитра), в течение двух лет работал за границей в должности советника декана на факультетах права в университетах Сантьяго-де-Куба и Гаваны.

В настоящее время активно занимается вовлечением членов кафедры в научно-исследовательскую деятельность и под его научным руководством защищено 46 кандидатских диссертаций. Его опыт работы на кафедре применяется в Полпредстве Президентства в ЮФУ, где он участвует в работе в качестве эксперта, а также в университетской системе образования, где он является Председателем КТС (комиссии по трудовым спорам) ЮФУ.

В последние годы активизировали работу над докторскими диссертациями доценты кафедры Н.Н. Мисник, И.В. Бакаева, Т.С. Яценко — все они имеют также право научного руководства кандидатскими диссертациями аспирантов. Подобное право имеют также и другие доценты кафедры (В.Е. Стрегло, Л.Н. Кравцова, Е.С. Селиванова, Е.К. Орлянкина).

Будучи созданной как кафедра гражданского права и процесса, она с самого начала была кафедрой многоотраслевой. И наряду с гражданским правом преподаватели читали курсы римского частного права, предпринимательского права, гражданского процесса, трудового права, природоресурсного права, земельного права, право социального обеспечения, семейного, жилищного права. Однако в связи с укрупнением юридического факультета РГУ, а также совершенствованием гражданского законодательства после принятия нового ГК РФ, состоящего из целых четырех частей, в последние годы от кафедры гражданского права и процесса отпочковались, выделившись в самостоятельные, несколько кафедр, которые возглавили преподаватели кафедры.

Это: кафедра хозяйственного права, которую возглавлял профессор С.А. Зинченко; кафедра трудового права с возглавлявшей ее профессором Е.М. Акоповой; кафедра гражданского процесса с возглавлявшей ее доцентом В.Н. Гапеевым, а затем профессором В.А. Лапачем и доцентом И.П. Зиновьевым.

В настоящее время кафедра гражданского права, будучи самой крупной на факультете, имеет высокий кадровый потенциал и является полностью «остепененной». Не считая почасовых совместителей, в ее составе 19 человек: профессора А.А. Лукьянцев, И.С. Вишневская, доценты В.Е. Стрегло, И.В. Бакаева, Л.Н. Кравцова, Н.Н. Мисник, Т.В. Ткаченко, Е.К. Орлянкина, Т.С. Яценко, Е.С. Селиванова, Е.А. Храпунова, О.В. Михайленко, Л.В. Лапач, И.В. Аксюк, Е.Г. Джиоева, О.В. Дмитриева, старшие преподаватели (к.ю.н.) Е.В. Муравьева, И.Е. Рудик, преподаватель К.А. Жирикова.

Осуществляя научную и учебно-педагогическую деятельность ведущие доценты кафедры являются также и заместителями декана факультета: В.Е. Стрегло — по учебной работе, Т.С. Яценко по научной работе, Е.Г. Джиоева — по воспитательной работе, а И.В. Бакаева — по работе с аспирантами.

В современных условиях, в связи с практически полным обновлением гражданского законодательства и расширением сферы его регулирования, активным обсуждением Концепции дальнейшего развития гражданского законодательства в нашей стране, перед коллективом кафедры поставлена задача совершенствовать сами принципы обучения праву на всех родственных подразделениях факультета, ибо юридический факультет, по меткому выражению заведующего кафедрой гражданского права МГУ профессора Евгения Алексеевича Суханова, должен готовить специалистов-юристов, а не стряпчих.

С этой целью кафедрой в последнее время организовано проведение ряда международных конференций с активным участием преподавателей (И.В. Бакаевой, В.Е. Стрегло, Л.Н. Кравцовой, Т.В. Ткаченко, Е.К. Орлянкиной, Т.С. Яценко, Е.С. Селивановой, О.В. Дмитриевой, А.А. Лукьянцевым и др.), принято участие в написании современных учебников по гражданскому праву (И.С. Вишневская, Е.С. Селиванова, В.А. Лапач, А.А. Лукьянцев). По результатам изменений, внесенных в Гражданский кодекс РФ, после завершения обсуждения в Государственной Думе уже упомянутой Концепции дальнейшего развития гражданского законодательства, кафедрой планируется чтение на факультете соответствующих спецкурсов для студентов и приглашенных работников правоохранительных органов. Аналогичные мероприятия планируется провести силами сотрудников кафедры и на других факультетах и подразделениях ЮФУ (профессорский клуб, ректорат и др. структуры).

Кафедрой также разработана и утверждена программа магистерской подготовки студентов на втором этапе обучения.

А теперь о цивилистическом взгляде автора на проблемы совершенствования гражданского законодательства в нашей стране.

«Благосклонно ли вы отнесетесь к необходимости дальнейшего совершенствования гражданского законодательства?» — часто спрашивают у меня как цивилиста. Другого ответа, кроме утвердительного, от меня услышать невозможно. Я бы привел известный афоризм Бернарда Шоу: «Каждый человек должен знать законы; если он знает их достаточно, чтобы не попадаться к ним в лапы, из него получается неплохой адвокат». Теперь ближе к вопросу.

Иначе как бурным развитие гражданского законодательства в современных условиях не назовешь. Ведь нынешний (третий по счету в нашей стране) Гражданский кодекс, состоящий из четырех частей, по своему объему втрое превышает своего однотоминого предшественника — ГК 1964 года. Освоить весь заложенный в нем потенциал в условиях российской рыночной экономики непросто. Поистине — нет юриста без цивилиста.

Как очень метко заметила профессор Л.В. Щенникова, только в единстве частных и публичных интересов, их гармоничном сочетании гражданско-правовое регулирование может обеспечить свое основное предназначение — обеспечить на деле поступательное развитие в нашей стране нормальных экономических отношений¹.

Внесенный нашим прежним Президентом Д.А. Медведевым в Государственную Думу Проект Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского Кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» несколько снизил накал цивилистических споров вокруг его содержания, но не устранил их до окончательного внесения предложенных изменений в действующий Гражданский Кодекс РФ после процедуры рассмотрения и принятия его Законодательным собранием. К сожалению ожесточенная дискуссия юристов вокруг реализации этого Проекта еще далеко не завершена и на сегодняшний день. Указами Президента В.В. Путина от 30 декабря 2012 года и от 11 февраля 2013 года внесены изменения лишь в главы 1, 2, 3, и 4 части первой Гражданского кодекса РФ и в Федеральный закон «О некоммерческих организациях»².

Значительные изменения предлагается внести в части 1, 3, 4 ГК и в некоторые главы части 2 ГК (в так называемые «финансовые сделки»). После ожесточенных споров не повышается минимальная величина уставного капитала для ООО — сохраняется ее прежний минимум в 10 тыс. руб., что, на наш взгляд, будет способствовать более широкому привлечению к участию в предпринимательских отношениях среднеобеспеченных инициативных граждан нашей страны, которые к тому же получают возможность заключения таких корпоративных договоров, как акционерные соглашения.

Оправдано предлагается разделение юридических лиц на публичные и непубличные, введение понятий «лицо, контролирующее юридическое лицо» и «аффилированность».

Предлагаемое введение обязательной нотариальной формы сделок с недвижимостью позволит усилить правовое поле их содержания за счет участия в их оформлении квалифицированных и юридически подготовленных специалистов-нотариусов, что должно повлечь уменьшение количества недействительных и оспоримых сделок.

Закрепление владения как самостоятельного института вещного права наряду с правом собственности безусловно усилит возможности защиты добросовестных владельцев — не собственников от ущемления их правомочий владения. К тому же, это будет замечательной рецепцией римского частного права, где прекрасно и эффективно наряду с правом собственности (dominium) существовал и самостоятельный параллельный институт — право владения (possessio), защищаемый более упрощенными способами — преторскими интердиктами. Нижайший поклон за это нововведение Дмитрию Анатольевичу Медведеву — инициатору изданной в 2008 году его Указом Концепции дальнейшего развития гражданского законодательства РФ, и это плод его цивилистического происхождения, ведь он успешно, как известно, наряду с гражданским правом читал и курс Римского частного права в Санкт-Петербургском университете.

Хотелось бы отметить, что далеко не все предложения о внесении изменений в действующий Гражданский кодекс воспринимаются беспрекословно цивилистами и порой для их узаконения приходится прибегать даже к помощи руководителей нашего государства, в особенности там, где это затрагивает не только частные, но и публичные интересы.

Примером вышесказанного может служить ожесточенная дискуссия вокруг содержания и самого понятия НКО (некоммерческих организаций), где оппозиция пыталась ввести в их состав «ино-

¹ См.: Щенникова Л. В. Публичный интерес в гражданском праве // Цивилистические записки Кубанского госуниверситета. Краснодар. 2012. С. 19.

² См.: Российская газета. 15 февраля 2013 г.

странных агентов», которые могли бы заниматься и неконтролируемой политической деятельностью с непрозрачным финансированием НКО. Понятно, что такой подход породил бы возможность бесконтрольного проведения на территории нашей страны всевозможных антиполитических митингов и демонстраций, вносящих непредсказуемый раздрай в жизнь и общественное сознание населения нашей страны.

И как нельзя удачным и своевременным вмешательством в эту дискуссию явилось выступление Президента В.В. Путина на заседании Комитета по делам общественных объединений при рассмотрении поправок к закону о деятельности НКО.

В.В. Путин обоснованно предложил сделать деятельность «иностранцев агентов» по участию и финансированию НКО, которые занимаются политической деятельностью на территории России, прозрачной для гражданского контроля.

Причем в этом президентском заключении было отмечено, что к политической деятельности не относится деятельность в области науки, культуры, искусства, здравоохранения, профилактики и охраны здоровья граждан, социальной поддержки и защиты граждан, защиты материнства и детства, соцподдержки инвалидов, пропаганды здорового образа жизни, физической культуры и спорта, защиты животного и растительного мира, благотворительной деятельности. Действие закона не должно также распространяться на религиозные организации, госкорпорации и на создаваемые госкорпорациями НКО. По инициативе В.В. Путина при этом увеличено свое собственное финансирование НКО в три раза, то есть с 1 миллиарда до 3 миллиардов рублей¹.

Сейчас в сфере экономических отношений господства частного права приводит к тому, что инициатива не сковывается, экономические отношения развиваются интенсивнее, хотя, конечно, одновременно устранить недостатки нельзя.

Конечно, публичный интерес должен присутствовать и в гражданском праве, но растворенным в нем через систему институтов, пределов и правил.

Передав объекты общенародной собственности (Русал, Роснефть, Газпром и др.) в частную собственность, государство не ввело параллельно механизм защиты публичных интересов, защиты социальных прав граждан. Только за последние годы у нас появились новоиспеченные миллиардеры на базе крупного бизнеса — О.В. Дерипаска, В.О. Потанин, Р.А. Абрамович, получившие миллиардные прибыли. Разве здесь не ущемляется публичный интерес? Хотя бы тем, что колоссальные прибыли и миллиардные доходы облагаются такими же налоговыми ставками (13 процентов), как заработки любого работника, уборщицы, грузчика, доцента, предпринимателя малого бизнеса, которые обретают этот заработок своим физическим или умственным трудом.

Почему бы государству не вводить прогрессивный налог на такие сверхкрупные доходы? Ведь в этом и кроется публичный интерес в сфере частного бизнеса, получившего в собственность объекты общенародной собственности.

Хорошим подспорьем правоприменителям послужит и недавно принятый в нашей стране Федеральный закон «О противодействии коррупции».

О поразившей Российское государство (и общество в целом) коррупции, ее проявлениях, ее причинах и последствиях, о необходимости решительной и бескомпромиссной борьбы с ней сказано и написано, как в исторической ретроспективе, как и в последнее время, как с высоких трибун, так и в СМИ, столько всего, что нам сложно не затронуть эту тему.

Подобно злокачественной опухоли коррупция поражает государственный организм и извращает его жизнедеятельность. Параллельно с законной властью и властью закона, часто оттирая и подавляя их, возникает и существует теневая власть взятки и nepотизма (сиречь кумовства). Коррупция препятствует становлению правового государства и гражданского общества, тормозит экономическое развитие регионов и целой страны и самореализацию отдельной личности, дискредитирует и государственную власть, и местное самоуправление. Взятка развращает и того, кто ее берет. Особенно тяжелые последствия имеет коррупция в правоохранительных органах и в судах.

У всех на виду и на слуху паразитические успехи в бизнесе, которые сопутствуют предпринимательской деятельности близких родственников и друзей высокопоставленных государственных чиновников, да и муниципальных деятелей. В обиходе закрепился даже свой термин («кошелек») для обозначения такого бизнеса: скажем, муж — высокопоставленный чиновник. А его жена — супер-

¹ См.: Хамраев В., Иванов М., Горяшко С. НКО поставили президентские рамки // «Коммерсант». 2012. №125; Зекатнова А. Сенаторы посчитали агентов // Российская газета. 2012. №156; Шкель Т. Как вас теперь называть? // Российская газета. 2012. №154.

удачливая «бизнесвумен» — играет при своем муже роль «кошелька», конвертируя его властные возможности в деньги. Нередко про ту или иную крупную и удачливую корпорацию (точнее — про ее хозяев) говорят, что она является «кошельком» того или иного губернатора или министра, и часто это является сущей правдой. О какой конкуренции и о каких рыночных механизмах регулирования можно говорить, пока существуют и процветают подобные «родственные» или «дружеские» властям поддерживаемым бизнес-структуры?

На отсутствие широкого научного обсуждения проблем реализации идей справедливости и равенства в нормах гражданского законодательства при обсуждении Проекта уже упомянутой Концепции справедливо ссылалась и доцент нашей кафедры О. В. Дмитриева¹.

Особо скажем о коррупции в правоохранительных органах и в суде. Там, где должен торжествовать закон, там, где должны восстанавливаться и защищаться нарушенные права граждан и организаций, — там особенно нетерпима коррупция, как и пресловутое «телефонное право». Закон не должен «прогибаться» ни перед денежным мешком, ни перед высоким кабинетом. Незаконные и необоснованные судебные решения должны неукоснительно отменяться вышестоящими судебными инстанциями. Сотрудники правоохранительных органов и судьи должны являть пример честности — только тогда они смогут успешно бороться с коррупционными преступлениями государственных и муниципальных служащих. А сейчас сотрудники правоохранительных органов и судьи зачастую являют собой примеры противоположного свойства вкупе с обогащением из весьма «темных» источников, когда реальные доходы и расходы тех же прокуроров и судей явно несоизмеримы с их официальным жалованием.

СОДЕРЖАНИЕ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ

АКСЮК Инна Васильевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»,
адвокат, член Адвокатской палаты Ростовской области

Свободное распоряжение гражданами и юридическими лицами, принадлежащими им субъективными правами, осуществление их по своему усмотрению является основным принципом, характеризующим частное право. Вместе с тем свобода распоряжения субъективными правами по усмотрению названных лиц не беспредельна: гражданское законодательство предусматривает ряд ограничений и требований к осуществлению этих прав. Следует отметить, что согласно распространенному в литературе подходу, в качестве одного из способов (форм) ограничений субъективных прав рассматриваются субъективные обязанности, установленные в нормативных актах.

Основные международные документы по правам человека определяют цели установления ограничений, необходимых и допустимых в демократическом обществе, а также их пределы. В наиболее концентрированном виде цели ограничений зафиксированы в ч. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека, где, в частности, сказано, что «при осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе»².

Несоблюдение упомянутых ограничений и требований к осуществлению гражданских прав влечет за собой столкновение с правами других лиц, что рассматривается как нарушение гражданских прав. В этом случае лицу, чьи права и законные интересы нарушены, приходится прибегать к защите своего субъективного гражданского права.

В «Толковом словаре русского языка» С. И. Ожегова понятие «защищать» определяется следующим образом: «охраняя, оградить от посягательств, от враждебных действий, от опасности»³. Таким образом, по своему филологическому смыслу защита направлена на преодоление каких-либо препятствий на пути достижения ее целей.

¹ См.: Дмитриева О. В. Проблемы воплощения идей равенства и справедливости в нормах института гражданско-правовой ответственности // Сборник научных трудов Ростовской таможенной академии «Современные тенденции развития частного права». Ростов н/Д, 2012. С. 50–57.

² П. 2 ст. 29 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. // Российская газета. 1995. 5 апреля.

³ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1992. С. 196.

По мнению многих авторов, защита гражданских прав — деятельность по устранению препятствий на пути их реализации, осуществляемая субъектом защиты (т. к. существует самозащита права), либо уполномоченными государством лицами и органами¹. Право на защиту — возможность требовать от компетентных органов совершить действия (или осуществить их самостоятельно), направленные на восстановление нарушенного права, обеспечение законных интересов, побуждение обязанного лица выполнить возложенную на него обязанность, а также на применение к нему соответствующих санкций². В некоторых работах защита характеризуется как предусмотренная законом система мер, направленных на обеспечение неприкосновенности права и ликвидацию последствий нарушения³; либо как система юридических норм, направленных на предупреждение правонарушений и устранение последствий правонарушений⁴, как система правового регулирования гражданско-правовых отношений, которая предотвращает правонарушение, а в случае их совершения устанавливает ответственность за допущенное правонарушение⁵.

Однако, как отмечает Н.Н. Тарусина, — общая теория права до настоящего времени не предложила отраслевым юридическим наукам сколько-нибудь удовлетворительного определения защиты субъективных прав и интересов, а также критериев формирования ее системы⁶.

В современной гражданско-правовой науке нет единого мнения о природе права на защиту. Право на защиту определяется как одно из правомочий субъективного права⁷ либо в качестве самостоятельного субъективного гражданского права⁸. По мнению Д.Н. Кархалева, право на защиту в регулятив-

¹ Базилевич А. И. Формы защиты субъективных гражданских прав. Диссертация на соискание степени канд. юрид. наук. Ульяновск, 2001. С. 44; Бутнев В. В. К понятию механизма защиты субъективных прав. В кн.: Субъективное право: проблемы осуществления и защиты. Владивосток, 1989. С. 9; Вершинин А. П. Способы защиты гражданских прав в суде. СПб, 1997. С. 17; Иванов О. В. Право на судебную защиту // Советское государство и право. 1970. №7. С. 40; Крашенинников Е. А. Право на защиту в кн.: Методологические вопросы теории правоотношений. Тезисы научно-практической конференции. Ярославль, 1986. С. 8; Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2006; ФилипповИ. М. Судебная защита и правосудие в СССР. Саратов, 1987. С. 18.

² Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 106–108; Абова Т. Е. Охрана хозяйственных прав предприятий. М., 1975. С. 101.

³ Басин Ю. Д. Основы гражданского законодательства и защита субъективных гражданских прав. Саратов, 1971. С. 34; Зыкова И. В. О правовой природе защиты гражданских прав // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. №1; Юрченко О. О. Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве. Тверь, 2004. С. 35.

⁴ Маленин Н. С. Гражданский закон и право личности. М., 1981. С. 192.

⁵ Стоякин Г. Я. Защита абсолютного субъективного права в кн.: Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР. Межвузовский сборник научных трудов / под ред. О. А. Красавчикова. Вып. 53. Свердловск, 1977. С. 53.

⁶ Тарусина Н. Н. Основы совершенствования законодательства о защите субъективных прав и интересов в кн.: Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав / Под ред. В. В. Бутнева. Ярославль, 1988. С. 40.

⁷ Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 108–109; БрагинскийМ. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 1. Общие положения. М., 2001. С. 424; ГрибановВ. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М., 1972. С. 14; Долинская В. В. в кн. Гражданское право: Учебник / Отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. Ч. 1. М., 2005. С. 159; Ем В. С. Понятие права на защиту в кн.: Гражданское право. Учебник в 2-х т. Т. 1 / Под ред. Е. А. Суханова. М., 1998. С. 409; Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2000. С. 20; Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 225.

⁸ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М., 1976. С. 72–79; Вавилин Е. В. Некоторые проблемы механизма защиты субъективных гражданских прав // Правоведение. 2002. №3. С. 180; Вершинин А. П. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб, 2000. С. 44; Павлов А. А. Признание к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав. СПб, 2001. С. 14; Сабикинов С. Некоторые вопросы защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов советских граждан. Проблемы государства и права. Вып. 9. М., 1974. С. 64–66.

ном правоотношении — правомочие, а в охранительном — охранительное субъективное гражданское право¹. Существует также определение, согласно которому защита — принудительный (в отношении обязанного лица) способ осуществления субъективного права, применяемый в установленном законом порядке компетентными органами либо самим управомоченным лицом в целях восстановления нарушенного права².

Между тем, представляется неверным рассмотрение права на защиту как правомочия субъективного права. Последнее всегда конкретно — возникает у определенного субъекта в отношении определенного объекта на основании определенного юридического факта. Таким образом, без факта правонарушения не может быть в составе субъективного права правомочия защиты в качестве потенциальной «возможности» в случае нарушения права предъявлять требование о защите нарушенного гражданского права. В регулятивном правоотношении нет места защите как правомочию субъективного права. Абстрактная возможность защиты субъективного права — право на защиту должна рассматриваться как составная часть содержания правоспособности.

Как справедливо отмечала В.С. Кичатова, — субъективное право — это право на что-то конкретное, т.е. право на возмещение убытков в определенной сумме, а не право на возмещение убытков вообще; вреда, как и обязанности его возмещения, нет, пока не совершено правонарушение³. Следовательно, право-возможность защиты любого субъективного права «превращается» из абстрактной возможности в субъективное право на защиту только в рамках охранительного правоотношения на основании юридического факта — правонарушения: само правоотношение возникает из нарушения права и направлено только на его защиту.

В научной литературе предпринимались попытки разграничить понятия правовой охраны и правовой защиты, в конечном счете, имеющие одну цель — реализацию (осуществление) прав, свобод и обязанностей граждан и других лиц. При этом предлагались разнообразные варианты такого различия: одни авторы отождествляют эти понятия⁴, другие — считают, что это самостоятельные категории⁵, третьи признают, что понятие «охрана прав», являясь более широким по зна-

¹ Кархалев Д. Н. Субъективное право на защиту // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. №1.

² Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита. Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1972. С. 11–13; Чечот Д. М. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб, 2005. С. 62–63.

³ Кичатова В. С. Гражданско-правовая ответственность в отношениях по подряду на капитальное строительство. Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Л., 1989. С. 29.

⁴ Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 91–92; Анисимов П. В. Права человека и правозащитное регулирование. Проблемы теории и практики. Волгоград, 2004. С. 107, 132–133 и след.; Арзамасцев А. Н. Охрана социалистической собственности по советскому гражданскому праву. Л., 1956. С. 21; Донцов С. Е. Гражданско-правовые внедоговорные способы защиты социалистической собственности. М., 1980. С. 6–7; Черданцев А. Ф. в кн. Основы теории государства и права / Под ред. С. С. Алексеева. М., 1971. С. 339; Явич Л. С. Общая теория права. Л., 1976. С. 219.

⁵ Базилевич А. И. Формы защиты субъективных гражданских прав. Диссертация на соискание степени кандидата юридических наук. Ульяновск, 2001. С. 34; Бутылин В. Н. Институт государственно-правовой охраны конституционных прав и свобод граждан // Журнал российского права. 2001. №12. С. 83; Воеводин Л. Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972. С. 111; Мордовец А. С., Магомедов А. А., Силантьева Л. В., Чинчиков А. А. Права человека и деятельность органов внутренних дел. Саратов, 1994. С. 93; Мусияка В. А. Солидарная ответственность за причинение вреда. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1976. С. 8; Тарасова В. А. Охрана прав граждан в пенсионном обеспечении. М., 1978. С. 29–36; Тархов В. А. Охрана имущественных прав трудящихся по советскому гражданскому законодательству: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1966. С. 8; Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита. Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1972. С. 11–13. Толкачев К. Б., Хабибулин А. Г. Органы внутренних дел в механизме обеспечения личных конституционных прав и свобод граждан. Уфа, 1991. С. 65–80; Тыртычный С. А. Гражданско-правовая защита имущественных прав собственника (Вещно-правовой аспект): Монография. М.: ЭкОУнис, 2010. С. 5; Ушаков Т. Б. К вопросу об охране интеллектуальной собственности // Российский следователь. 2007. №24.

чению, включает в свое содержание защиту прав¹. Так, по мнению Н.И. Матузова, — «охрана и защита субъективного права или охраняемого законом интереса — не одно и то же: охраняются они постоянно, а защищаются только тогда, когда нарушаются. Защита есть момент охраны, одна из ее форм»².

В «Толковом словаре русского языка» С.И. Ожегова понятие «охранять» определяется как «беречь», «бережно относиться». Следовательно, с филологической точки зрения, в самом слове «охранять» в отличие от «защищать» акцент сделан на превентивности действий³.

Нормы, регулирующие нормальные отношения, принято называть регулятивными нормами гражданского права. Так, А.С. Мордовец считает, что охрана прав и свобод есть состояние правомерной реализации прав и свобод под контролем социальных институтов, но без их вмешательства. Меры защиты предполагают активное вмешательство органов государства в процесс реализации прав и свобод⁴. По мнению С. Сабикенова, понятие охраны в юридическом смысле — это позитивное, статичное состояние норм права, направленных непосредственно на ограждение осуществления субъективных прав и законных интересов граждан от возможных нарушений⁵.

В случае нарушений субъективных прав или законных интересов участников гражданского оборота подлежат применению нормы гражданского законодательства, которые принято называть нормами охранительными. Эти нормы гражданского права направлены на поддержание имущественного положения потерпевшего от правонарушения в положении, существовавшем до нарушения его прав или законных интересов, на восстановление нарушенного права или компенсацию субъекту защиты причиненных ему убытков.

Таким образом, и регулятивные, и охранительные нормы гражданского законодательства определяют поведение участников гражданских отношений: первые — в нормальных отношениях, вторые — при нарушении или оспаривании субъективных гражданских прав и законных интересов.

В отличие от охраны гражданских прав, которая обеспечивает их нормальное осуществление и защиту посредством властных предписаний, содержащихся в гражданском законодательстве, защита гражданских прав осуществляется посредством действий (в некоторых предусмотренных законом случаях — посредством бездействия) самим управомоченным лицом, права которого нарушены, либо по его требованию уполномоченным органом. Целью защиты прав является обеспечение осуществления конкретным лицом принадлежащих ему прав, восстановление положения, существовавшего до нарушения, и возмещение причиненных убытков.

К уполномоченным органам относятся судебные органы, а в некоторых случаях, специальные установленные законом, — административные органы.

Охрана гражданских прав и защита гражданских прав, очевидно, близки по цели, но различны:

— по субъектам воздействия (охранительные правила адресованы неопределенному кругу лиц, способы защиты — правонарушителю);

¹ Автаева Н. Е. Истребование государственного, кооперативного и общественного имущества из чужого незаконного владения по советскому гражданскому праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1975. С. 8–9; Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 168; Иоффе О. С. в кн.: Гражданско-правовая охрана интересов личности / под ред. Б. Б. Черепахиной. М., 1969. С. 3–4; Сергеев А. П. в кн.: Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 335; Терехин В. А. Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики). Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 9.

² Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов, 1987. С. 131.

³ Ожегов С. И. Толковый словарь русского языка / Под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1992. С. 499.

⁴ Мордовец А. С. Социально-юридический механизм обеспечения прав человека и гражданина. Саратов, 1996. С. 88.

⁵ Сабикенов С. Некоторые вопросы охраны субъективных прав и законных интересов граждан / Проблемы государства и права на современном этапе: Труды науч. сотрудников и аспирантов. Вып. 6. М., 1973. С. 53; Он же. Некоторые вопросы защиты субъективных прав и охраняемых законом интересов советских граждан / Проблемы государства и права. Труды науч. сотрудников и аспирантов. Вып. 9. М., 1974. С. 61–68.

— по субъектам реализации (охранительные предписания — сфера деятельности органов законодательной и исполнительной власти, защита осуществляется потерпевшим от правонарушения и специально уполномоченными органами);

— по характеру действий (в первом случае принимаются нормативные правовые акты, во втором — осуществляются действия, непосредственно направленные на защиту прав конкретных лиц).

«Инициатива защиты в гражданско-правовом порядке всегда принадлежит субъекту защиты», — писал Г.Ф. Шершеневич¹. В силу этого принципом защиты гражданских прав является положение, согласно которому недопустимо понуждение частного лица к осуществлению каких-либо действий по защите его субъективных прав. Только субъект защиты вправе решать, осуществлять ли ему какие-либо действия, направленные на защиту его субъективных прав, или отказаться от их осуществления; обращаться ли ему к помощи органа, обладающего полномочиями по принятию обязательного для сторон решения, или использовать средства правовой защиты, доступные ему самому. Таким образом, субъекты гражданских отношений не только имеют право на защиту принадлежащих им субъективных гражданских прав, но и обладают возможностью отказаться от защиты нарушенных прав или охраняемых законом интересов.

Необходимость в защите субъективных прав и охраняемых законом интересов возникает в случаях, когда они нарушены, оспариваются, не признаются либо существует угроза их нарушения. Таким образом, защита, как отмечается некоторыми исследователями, возможна не только после, но и до совершенного правонарушения², кроме того, по мнению автора, в ряде случаев, защита необходима и при отсутствии правонарушения (в том числе и потенциальной угрозе правонарушения), как, например, при оспаривании или непризнании права. Таким образом, как справедливо отмечает Е.Е. Богданова, — нельзя полагать, что основанием для применения защиты гражданских прав является только нарушение субъективного права, поскольку это приведет к ограничению возможности применения адекватных способов защиты гражданских прав³. По мнению Н. Н. Тарусиной, — именно правовой конфликт, а не правонарушение или «состояние спорности» правового отношения является категорией, обозначающей отклонения от нормального развития правовых связей⁴.

В гражданском законодательстве предусмотрена защита не только субъективных прав, но и законных интересов⁵. Процессуальное законодательство также закрепляет возможность защиты не только прав участников гражданского оборота, но и их законных интересов⁶. Как отмечал Н. С. Малеин, — «интересы выражены во всех нормах права»⁷.

В юридической науке существует несколько подходов к определению категории «интерес». В свое время Р. Иеринг отмечал, что «Интерес в смысле субъективном указывает на чувство зависимости в жизни. Основание, в силу которого меня интересует известная вещь или отношение, лежит в том, что я чувствую в моем существовании и благосостоянии, в моем довольстве или счастье от них свою зависимость»⁸. Развивая данную идею некоторые авторы исходят из понимания интереса как зависимости субъекта от предметов и отношений, с которыми он связывает ожидание пользы или вреда⁹.

¹ Шершеневич Г. Ф. Наука гражданского права. М., 2003. С. 217.

² Остапюк Н. В. Понятие и формы защиты гражданских прав. Особенности нотариальной защиты гражданских прав // Юрист. 2006. №4.

³ Богданова Е. Е. Проблема основания защиты субъективных гражданских прав // Журнал российского права. 2004. №10.

⁴ Тарусина Н. Н. Основы совершенствования законодательства о защите субъективных прав и интересов в кн.: Проблемы совершенствования законодательства о защите субъективных гражданских прав / под ред. В. В. Бутнева. Ярославль, 1988. С. 43–44.

⁵ Ст. ст. 13, 31, 55, 152, 177 ГК РФ.

⁶ Ст. ст. 2, 4 АПК РФ; ст. ст. 2–4 ГПК РФ.

⁷ Малеин Н. С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. 1980. №1. С. 29.

⁸ Иеринг Р. Интерес в праве. Ярославль, 1880. С. 83.

⁹ Першин М. В. Частноправовой интерес (понятие, правообразование, реализация). Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Новгород, 2004. С. 23.

Другие ученые исходят из того, что интерес — это определенная потребность в чем-либо. Наиболее четко такую точку зрения в свое время выразил В.П. Грибанов: «Потребность составляет содержание интереса. Форма же, в которой эта потребность проявляется в деятельности, в поведении людей, может быть различной, но она всегда выражает определенную целенаправленность их действий»¹. Аналогичное мнение относительно природы интереса среди современных юристов высказывает С.В. Михайлов: интерес — «потребность субъекта, имеющая общественный характер и проявляющаяся в деятельности по осознанию и реализации целей в общественных отношениях»².

Сторонники третьей позиции предлагают понимать интерес как общественное отношение. Например, А.Т. Ханипов отмечает следующее: «потребность как внутренняя побудительная сила деятельности выступает одним из источников интереса, вследствие чего его направленность на удовлетворение потребностей составляет неотъемлемую сторону интереса. Однако из признания данного факта еще не следует вывода, будто потребность и есть интерес и что между этими понятиями нет существенного различия. Их нельзя изолировать друг от друга, но нельзя и отождествлять. Присущая всякому социальному субъекту деятельная позиция, выражая его избирательное отношение к объективным возможностям, тенденциям общественного развития, и есть интерес»³.

Легальное понятие способа защиты гражданских прав на сегодняшний день не определено. В юридической литературе единого мнения по данному вопросу нет. Сложность формулирования рассматриваемого понятия во многом связана с существованием близких по значению терминов: «средство», «мера», «форма». По мнению одних ученых, понятия «способ» и «мера» равнозначны, способы защиты есть меры защиты, меры ответственности, меры принудительного характера⁴. Другой подход заключается в определении способа защиты как средства, с помощью которого могут быть достигнуты: пресечение, предотвращение, устранение нарушения права, его восстановление и (или) компенсация потерь, вызванных нарушением права⁵. Ряд авторов⁶ опираются на филологическое значение слова «способ»: действие или система действий, применяемые при исполнении какой-нибудь работы, при осуществлении чего-нибудь⁷.

По мнению автора, определение понятия «способ защиты гражданских прав» через термин «мера» является не вполне удачным. Традиционно, мерами в юридической науке именуются меры ответственности. Вместе с тем, мерами гражданско-правовой ответственности способы защиты гражданских прав не исчерпываются. Кроме того, термин «правоохранительная мера» также вызывает возражения в силу существующей дискуссии о разграничении понятий «охрана гражданских прав» и «защита гражданских прав». Представляется неправильным характеризовать способ защиты и как действие, которое является реализацией защиты, но никак не самим способом, существующим потенциально (закрепленным в законодательстве) независимо от действий каких-либо субъектов. Наиболее приемлемым с точки зрения юридической техники выглядит использование термина «средство», если исходить из того, что под ним понимается определенный правовой механизм⁸.

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001. С. 239.

² Михайлов С. В. Интерес как общенаучная категория и ее отражение в науке гражданского права // Государство и право. 1999. №7. С. 88.

³ Ханипов А. Т. Интересы как форма общественных отношений. Новосибирск, 1987. С. 80–81.

⁴ Ем В. С. в кн.: Гражданское право: Учебник. Т. 1 / под ред. Е. А. Суханова. М., 2004. С. 188; Зыкова И. В. О правовой природе защиты гражданских прав // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. №1; Павлов А. А. Присуждение к исполнению обязанности в натуре как способ защиты гражданских прав в обязательственных правоотношениях. Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. СПб, 2001. С. 19–20.

⁵ Витрянский В. В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота. Автореф. дис. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 14.

⁶ Гудым В. Понятие способа защиты права налогоплательщика в арбитражном суде // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. №1; Юрченко О. О. Право на защиту и способы защиты охраняемого законом интереса в гражданском праве. Тверь, 2004. С. 42.

⁷ Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1992. С. 674.

⁸ Вавилин Е. В. Некоторые проблемы механизма защиты субъективных гражданских прав // Правоведение. 2002. №3. С. 179; Малько А. В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. №8. С. 66–67; Хропанюк В. А. Теория государства и права. М., 1993. С. 244–245.

Поэтому, представляется, что способ защиты гражданских прав можно характеризовать как установленные законом средство или совокупность средств защиты субъективного гражданского права, направленных на восстановление имущественной сферы потерпевшего.

Существует точка зрения, согласно которой правовые нормы, регламентирующие защиту прав, находятся на стыке материального и процессуального права¹, а сами способы защиты гражданских прав могут быть как материально-правовыми, так и процессуальными². Однако, по мнению М.К. Треушникова, — способ защиты права — категория материального (регулятивного) права, а под формой защиты права следует понимать определенную законом деятельность компетентных органов по защите права, т.е. по установлению фактических обстоятельств, применению норм права, определению способа защиты права и вынесению решения³.

В ст. 12 ГК РФ законодатель обозначил способы защиты гражданских прав, которые носят универсальный характер, а значит, могут быть использованы для защиты, за некоторыми исключениями, любого субъективного права. Этот перечень не является исчерпывающим. Законом могут быть предусмотрены и другие способы защиты. К иным способам защиты относятся, как правило, специальные способы защиты. Их предназначение: защита только конкретных видов гражданских прав либо защита от определенных нарушений. Например, самостоятельные способы защиты прав учредителей (участников) юридических лиц.

Какой способ следует или целесообразно применить, зависит от характера охраняемого материального права⁴, от существа правоотношений, самого способа защиты или субъекта гражданского права⁵.

В соответствии с ч. 2 ст. 45 Конституции РФ каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Вместе с тем из положений ГК РФ прямо следует, что защита гражданских прав может осуществляться только теми способами, которые непосредственно предусмотрены законом (ст. 12).

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

АНДРЕЕВ Юрий Николаевич,

д.ю.н., профессор Центрального (г. Воронеж) филиала Российской академии правосудия, судья Воронежского областного суда,

Право собственности имеют решающее для всего человечества политическое, социальное, экономическое, правовое, социально-психологическое и нравственно-этическое значение. Собственность — это источник имущественного и душевного благосостояния человека, позволяющая наделять каждого индивида определенным имуществом, материальными благами, удовлетворить его насущные имущественные и личные неимущественные потребности. Собственность — это экономическая и политическая основа цивилизованного общества и государства, институтов политической власти и демократии, гарантия достойного существования человека на земле.

Право собственности продолжает оставаться объектом пристального внимания цивилистической науки, законодателя и правоприменителей. Существуют различные точки зрения по определе-

¹ Вершинин А. В. Выбор способа защиты гражданских прав. СПб, 2000. С. 43; Воложанин В. П. Несудебные формы разрешения гражданско-правовых споров. Свердловск, 1974. С. 5–6.

² Вершинин А. П. Способы защиты гражданских прав в суде. СПб, 1997. С. 29–69.

³ Треушников М. К. Судебная защита гражданских прав. Учебник гражданского процесса. М., 1996. С. 20.

⁴ Об этом писал, в свое время, Грибанов В. П. в своей монографии «Пределы осуществления и защиты гражданских прав». М., 1972. С. 155.

⁵ На это обращается внимание в работе: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. М.: Статут, 1997. С. 629.

нию этого уникального правового феномена¹, ибо на формирование категории права собственности влияют многогранность и многоаспектность обсуждаемого явления, его постоянный динамизм и изменчивость, совокупность методологических, исторических, экономических и правовых подходов к изучению поднятой проблемы, идеологические, политические, нравственные, эстетические, житейские взгляды самих исследователей по вопросу собственно-нравственных отношений.

Еще в XIX в. возникли два основных направления в понимании сущности права собственности. Приверженцы первого направления трактовали право собственности как отношение человека к вещи, закрепляющее его господство над вещью². Странники другого направления утверждают о собственности как об отношении между людьми.

На наш взгляд, право собственности — это совокупность правовых норм, регламентирующих общественные отношения в сфере присвоения имущественных благ (имущества) с целью последующего исключительного, абсолютного, наиболее полного, бессрочного экономически-хозяйственного господства путем владения, использования, распоряжения ими и осуществления иных действий по отношению к другим лицам по поводу этого имущества и к этому имуществу, не запрещенных законом и не нарушающих права и охраняемые законом интересы других лиц и общества в целом, по своему усмотрению и в своем интересе с надлежащим исполнением обязанностей по содержанию своего имущества (бремя собственника) с обеспечением допустимой неприкосновенности собственности и защиты субъективных правомочий, вытекающих из права собственности³.

В цивилистической науке отмечаются различные свойства права собственности. По нашему мнению, для права собственности характерны: а) прямое (непосредственное) правовое отношение лица к собственности вещи и другим субъектам права по поводу этой вещи (господство лица над вещью); б) полнота; в) исключительность; г) абсолютность; д) единство права; е) эластичность; ж) бессрочность; з) предусмотренный законом закрытый перечень оснований возникновения права; к) право на индивидуально-определенные вещи; л) защита посредством вещно-правовых исков; м) право следования; н) право преимуществва.

По нашему убеждению, невозможно закрепить все правомочия собственника на законодательном уровне. Право собственности — это вещное право, предоставляющее собственнику наиболее полное господство над вещью, в том числе путем владения, пользования и распоряжения ею, а также совершения в отношении нее любых действий, не запрещенных законом и не нарушающих права и охраняемые законом интересы других лиц.

Представляется, что существует необходимость сохранения управленческих полномочий со стороны государства по контролю и охране земельных и иных природных ресурсов, принадлежа-

¹ См., например: Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории. М.: Норма, 2008. С. 9, 25, 27; Алексеев Н. Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 190; Власова М. В. Право собственности в России: возникновение, юридическое содержание, пути развития. М., 2002. С. 41; Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 1. 7-е изд., перераб. и доп. / Под ред. Ю. К. Толстого. М.: Проспект, 2009. С. 409; Гражданское право: учебник. В 3 ч. Ч. 1 / Под ред. В. П. Камышанского, Н. М. Коршунова, В. И. Иванова. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Эксмо, 2010. С. 420; Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В. А. Белова. М.: Юрайт, 2008. С. 488; Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М.: Статут (Классика российской цивилистики), 1998. С. 192; Российское гражданское право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права // Отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. М.: Статут, 2011. С. 509-510; Собственность как экономическая основа формирования гражданского общества в России / Под ред. Ю. А. Дмитриева. М., 2009. С. 85–86; Тархов В. А., Рыбаков В. А. Собственность и право собственности. 3-е изд, доп. М.: Юрист, 2007. С. 15, 49; Хейне П. Экономический образ мышления / Пер. с англ. 2-е изд. М.: Дело, 1994. С. 325.

² См., например: Голевинский В. О происхождении и делении обязательств. СПб, 1872. С. 4; Мейер Д. И. Русское гражданское право. В 2-х ч. Ч. 2. М.: Статут, 1997. С. 4; Райхер В. К. Абсолютные и относительные права (К проблеме деления хозяйственных прав) // Вестник гражданского права. 2007. №2. Т. 7. С. 150–151.

³ Об определении права собственности, предлагаемом авторами Концепции развития гражданского законодательства См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / Вст. статья А. Л. Маковского. М.: Статут, 2009. С. 79.

щих государству и частным лицам, в целях осуществления внутренних и внешних функций государства.

Право собственности едино, а его отдельные виды или подвиды отличаются друг от друга лишь некоторыми специфическими особенностями. В теоретическом (исследовательском) плане право собственности можно дифференцировать на несколько видов и подвидов. Критериями (основаниями) такой классификации могут служить: 1) функциональное (целевое) назначение имущества и хозяйственной деятельности собственника (осуществление публичных или частных функций); 2) служение публичным или частным интересам; 3) характер присвоения имущества и 4) способы использования, распоряжения и управления им; 5) особенности правового статуса публичного или частного собственника.

По нашему мнению, действующее отечественное законодательство предусматривают два основных вида права собственности: 1) **частное** (право частной собственности) и 2) **публичное** (право публичной собственности). В свою очередь, названные основные виды права собственности распадаются на подвиды. Так, право частной собственности можно дифференцировать на: 1) право частной собственности физических лиц (граждан, иностранных граждан, лиц без гражданства, лиц с двойным гражданством) и 2) право частной собственности юридических лиц (коммерческих и некоммерческих организаций). Последний подвид можно конкретизировать на: а) право собственности хозяйственных товариществ и обществ; б) право собственности производственных кооперативов; в) право собственности общественных объединений и организаций; ж) право собственности религиозных организаций и т.д. Право публичной собственности разделяется на: 1) право собственности Российской Федерации; 2) право собственности субъектов Российской Федерации (государственная собственность); 3) право собственности муниципальных образований (муниципальная собственность).

В свою очередь, названные разновидности права собственности можно детализировать на более конкретные направления с учетом объектов и субъектов, содержания права собственности и иных оснований дополнительной классификации. Так, в зависимости от объектного содержания собственности право собственности можно классифицировать на: 1) право собственности на землю и иные природные ресурсы (земельная собственность, лесная собственность и т.д.); 2) право собственности на жилые помещения (жилищная, коммунальная собственность); 3) право собственности на здания, строения, сооружения; 4) право собственности на имущественные комплексы (предприятия); 5) право собственности на движимые имущественные объекты; 6) интеллектуальная собственность и т.д.

Под **публичной** собственностью понимаются отношения, связанные с имуществом и обеспечивающие реализацию интересов социальной общности как целого, т.е. носящий публичный характер. Будучи разновидностью собственности вообще, публичная собственность отражает отношения по поводу присвоения, пользования и распоряжения имуществом между Российской Федерацией, ее субъектами, муниципальными образованиями, общественными группами и отдельными членами общества в целях национальной и экологической безопасности, экономической независимости, социальной защищенности. Публичная собственность способствует созданию и воспроизводству публичных благ, подвержена прямому регулированию со стороны государства. Публичная собственность в России, как относительно самостоятельный вид собственности, включает в себя государственную и муниципальную собственность. Общественные отношения, связанные с публичной собственностью, регулируются посредством норм публичного и частного права.

Термин **«всеобщее достояние»**, утверждающий о принадлежности собственности всему народу, не совсем корректен с позиции гражданского права, ибо не имеет необходимых для права собственности элементов: субъекта, объекта (обособленного имущества) и т.д. Будучи субъектом конституционного права, народ не является субъектом гражданского права. Названный термин является скорее идеологическим пожеланием, нежели юридически обоснованной нормой. В то же время, в целях усиления защиты общественных (общенародных) интересов в отношении особо ценных и социально значимых объектов публичной собственности на конституционном и гражданско-правовом уровне допустимо урегулировать вопросы, связанные с национальным достоянием (общенародной ценностью). Правовой режим имущества, отнесенного к общенародному достоянию, должен отличаться жесткой регламентацией, исключением или ограничением оборота, служением имущества всему народу (обществу).

Действующее отечественное законодательство не предусматривает такой вид собственности как «общественная собственность», а указывает на собственность общественных организаций, относя-

щихся к категории некоммерческих организаций (юридических лиц, владеющих имуществом на праве частной собственности). Отечественное законодательство советского периода позволяло смешивать общественную собственность с общенародной, а общенародную — с государственной, рассматривало общественную собственность в качестве самостоятельной разновидности социалистической собственности. С гражданско-правовых позиций общество (социум людей) не является субъектом права собственности. Инициативность же общественных (некоммерческих) организаций принадлежит самому юридическому лицу.

Предлагаемый отделными исследованиями термин «**коллективная**» собственность не предусмотрен действующим российским законодательством и является, по существу экономической, а не правовой категорией. Этот термин свидетельствует лишь о вкладе трудового коллектива той или иной коммерческой или некоммерческой организации в создание прибавочного продукта, получение предпринимательской прибыли, характеризует, по существу, социально-экономический характер, форму хозяйственной деятельности собственника (индивидуальный, коллективный труд). Члены трудового коллектива (за исключением членов производственных кооперативов) не принимают участие в распределении прибыли, полученной организацией (юридическим лицом), занимающейся предпринимательской деятельностью. Наемные работники трудового коллектива получают лишь заработную плату (часть полученной юридическим лицом прибыли) за продажу своего живого труда в процессе расширенного воспроизводства и не несут ответственность за результаты свободного (предпринимательского) труда учредителей корпорации, юридического лица в целом. Экономические формы присвоения материальных благ (индивидуальные, коллективные, общественные, смешанные) не соответствуют юридическим видам права собственности, а сами трудовые коллективы не имеют своего обособленного имущества, не являются субъектами гражданского права, участниками имущественного оборота.

Собственность юридических лиц относится к частной собственности, как самостоятельному виду собственности, и не относится к разряду коллективной собственности.

Характеризуя правовую природу собственности производственных кооперативов, специфику распределения кооперативного дохода, кооперативную ответственность, демократизм управления делами кооператива, обязательность личного трудового участия в кооперативе, социальное назначение производственного кооператива, можно сделать вывод о функционировании особого вида частной собственности — **кооперативной**, и, соответственно, права кооперативной собственности в системе права частной собственности.

Понятие «**акционерная собственность**» не свидетельствует о том, что собственность юридического лица, действующего в виде акционерного общества, принадлежит акционерам: оно принадлежит самому юридическому лицу. Акционерам принадлежат лишь акции и корпоративные права (правомочия) имущественного и неимущественного характера. Термин «акционерная собственность» близок к терминам экономической теории, а не к юридической терминологии.

Анализ ч. 2 ст. 8 Конституции РФ не позволяет утверждать о существовании **личной** собственности граждан (наряду с частной и публичной собственностью). Имевшееся ранее в советском законодательстве словосочетание «личная собственность» заменено ныне действующим законодательством и гражданско-правовой доктриной на «частную собственность». Такая замена является не просто сменой вывески, а принципиально новым подходом цивилистики к пониманию содержания видов собственности в государстве с либерально-рыночной экономикой.

Названные в Конституции РФ **формы** собственности являются, по существу, основными видами собственности (частная и публичная собственность). Использование законодателем советского периода термина «форма права собственности» подчеркивало ведущую роль социалистической собственности, возможность принадлежности к ней самых различных (неограниченных законом) объектов собственности, ее повышенную (по сравнению с иными формами собственности) юридическую защиту.

Утверждение многих исследователей о существовании **типа** собственности также является данью многолетнему учению классиков марксизма-ленинизма об общественно-экономических формациях, о первобытно-общинном, феодальном, буржуазном и социалистическом типах права, и имеет, скорее, идеологическую, социально-экономическую окраску, нежели юридическое значение.

Добросовестное, непрерывное, бесспорное давностное владение имуществом как своим (ст. 234 ГК РФ) является фактическим обстоятельством (а не субъективным правом), на основе которого узупник может признать право собственности на владемую вещь по истечении давностного срока владения в установленном законом порядке.

СПРАВЕДЛИВОСТЬ ЦЕНЫ В ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЯХ НА ПРИМЕРЕ ДОГОВОРОВ ПОСТАВКИ НЕФТЕ-И ГАЗОПРОДУКТОВ ТРУБОПРОВОДНЫМ ТРАНСПОРТОМ

БАБИЧЕВА Марина Михайловна,
ведущий юрисконсульт Департамента управления делами
ФБУ «Государственная регистрационная палата
при Министерстве юстиции Российской Федерации»,
аспирант кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В гражданско-правовой науке неоднозначным является решение вопроса о необходимости выделения справедливости цены в качестве ее обязательного признака наряду с такими признаками, как «денежность»: цены, ее определимость (или определенность) и истинность цены¹. При этом последний из названных признаков — «истинность цены» призван ограничить возмездные договоры от квазивозмездных, то есть таких договоров, в которых цена назначена лишь для вида. Истинность цены рассматривается как направленность воли сторон договора на возникновение между ними обязательств, вытекающих из установления цены как таковой, то есть как одного из условий договора. Необходимо иметь в виду, что истинность цены и ее справедливость — категории различные.

В отличие от истинности цены, которая является качественной категорией, справедливость цены непосредственно связана с ее размером, а потому выступает количественной категорией.

Вопрос о справедливости цены является одним из наиболее спорных моментов при ее формировании. Противоречивость эта присуща данному признаку «от природы» ввиду того, что он носит объективно-субъективный характер, поэтому споры вокруг данного признака всегда были, есть и будут. Другое дело, что законодатель должен по возможности сократить количество таких споров.

К примеру, И.А. Покровский со ссылкой на Дигесты Юстиниана указывает, что не требуется, чтобы *pretium* было *justum* (fr. 22. 3. D. 19. 2: «in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et ita invicem se circumscribere» — при купле и продаже допускается естественным образом покупать за меньшую цену то, что стоит дороже, продавать за большую цену то, что стоит дешевле, и таким образом допускается, чтобы стороны обходили друг друга)².

В то же самое время Д.И. Мейер уже со ссылкой на Пандекты Тибо отмечал, что справедливость цены, при которой ценность эквивалента [в договоре купли-продажи] более или менее должна подходить к ценности продаваемого предмета, признавалась существенным признаком цены в римском праве³. Следовательно, можно констатировать, что в римском праве данный вопрос не был решен однозначно.

Мнения более современных авторов относительно необходимости признака справедливости цены также различаются. Не признают справедливость признаком цены, в частности, П.П. Цитович и Д.И. Мейер⁴.

¹ См. напр.: Покровский И. А. История Римского права. М. 1998. С. 424; Пендюрин К. П. Категория цены в современном обязательственном праве России: дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук: 12.00.03. Ростов н/Д, 2009. С. 36–62.

² Покровский И. А. Там же.

³ А. Вицын. Русское гражданское право. Чтения Д. И. Мейера. СПб, 1868. С. 456.

⁴ П. П. Цитович. Конспект лекций по русскому гражданскому праву. Киев. 1887. С. 45; Д. И. Мейер писал: «Наше юридическое воззрение хотя требует *pretium verum*, но не требуется *pretium justum*; у нас берет перевес соглашение: предмет имеет ту цену, какую приписывают ему контрагенты, следовательно, продает ли лицо дорого или дешево, сделка считается действительно куплею-продажей, как скоро покупатель соглашается заплатить требуемую цену, лишь бы только эта цена уже не становилась мнимой, не была бы вне всякого соответствия с ценностью покупаемого предмета. Поэтому справедливо, что до некоторой степени купля-продажа у нас может служить для прикрытия дарения, пока цена продажи может быть признаваема за эквивалент, хотя и не вполне достаточный, сравнительно с ценностью продаваемого предмета». См. подробнее: Мейер Д. И. Указ. соч. С. 456.

Как правило, авторы, говоря о справедливости цены, рассматривают главным образом случаи, когда слишком низкая цена устанавливается для прикрытия дарения, оставляя без внимания ситуацию обратную, когда цены, устанавливаемые продавцом, являются непомерно высокими («несправедливо» высокими), как это имеет место быть в монополизированных отраслях хозяйства.

Так, А.А. Симолин указывает, что французское законодательство предусматривает возможность расторжения договора купли-продажи по причине *laesio enormis*¹. Но применительно к монополизированным отраслям промышленности, к которым, в частности относится и поставка нефте-и газо-продуктов, покупателя интересует не возможность расторжения договора поставки, а возможность приобрести товар по справедливой цене. Поэтому правило о *laesio enormis* здесь не ратуют. Представляется, что обеспечить соблюдение интересов покупателя в данном случае может (и должен) законодатель, разработав и нормативно закрепив критерии справедливой цены для тех рынков товаров, на которых фактически присутствуют признаки монополизированности, безотносительно к тому, отнесены ли они к таковым на законодательном уровне. Такой подход к нормативному регулированию складывающихся отношений, как представляется, делает право «живым», практически применимым, идущим в ногу с развивающимися гражданско-правовыми отношениями.

Г.К. Трейтчке, будучи сторонником признания справедливости в качестве неотъемлемого признака цены, предлагает считать таковой цену, которая не превышает установленного законом максимума². Его подход к справедливой цене является довольно механистическим, не допускающим каких-либо вариантов, что в целом свойственно духу германского права, которое, тем не менее, зарекомендовало себя как действенное и эффективное, а Германское гражданское уложение, как известно, было взято за образец при составлении гражданских кодексов многих стран, в том числе и Российской Федерации. Интересен подход автора к разрешению ситуации, когда указанный максимум цены окажется превзойденным: он предлагает не считать сделку недействительной, но закрепить за покупателем право уплатить «законную цену» или же потребовать возврата уплаченного сверх этой «законной цены»³.

В российском законодательстве понятие «справедливая цена», как и собственно понятие «цена», отсутствуют.

Под справедливой ценой, вместе с тем, обычно понимают цену, соответствующую действительной стоимости товара. Тогда возникает другой вопрос, что означает действительная стоимость товара?

Нормативное определение действительной стоимости объекта в российской законодательстве отсутствует, но смысловое содержание данного термина можно вывести из анализа действующих правовых актов.

Вопрос о справедливости цены, а, следовательно, о действительной стоимости объекта, встает тогда, когда возникает спор по поводу такой цены, что также подтверждает Федеральный закон «Об оценочной деятельности в Российской Федерации», в котором содержится правило об обязательности проведения оценки при возникновении спора о стоимости объекта оценки⁴. При этом в случае, если конкретный вид стоимости объекта оценки не определен, установлению подлежит рыночная стоимость данного объекта⁵.

Следовательно, законодатель считает справедливой, в случае возникновения спора о цене объекта, его рыночную стоимость. При этом он ничего не говорит о ситуации, когда такой спор между сторонами по сделке отсутствует, из чего можно сделать предположение о том, что в отсутствие спора между сторонами цена считается справедливой, то есть действует презумпция справедливости цены товара (работы, услуги) по договору.

¹ То есть когда цена несоразмерна стоимости предмета. См. *подробн.*: А. Вицын. Указ. соч. С. 456.

² К товарам, на которые должно распространяться правило о справедливости цен в указанном смысле Г. К. Трейтчке относит товары первой необходимости: мясо, хлеб, медикаменты и т.п. См. *подробн.*: Treitschke, G. C. Der Kaufcontract in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel mit röm. См. *подробн.* Rechte und den wichtigsten neueren Gesetzgebungen / Dargest. von Georg Carl Treitschke — „, durch...erw. u. verb. Aufl. ... bearb. von Friedrich Albert Wengler Gera: Kanitz, 1865 — XII. S. 49 67. В этот перечень в сложившихся условиях по полному праву на сегодня могут быть включены в том числе и нефть с газом.

³ Там же.

⁴ Ст. 8 Федерального закона от 29.07.1998 №135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»// СЗ РФ. 1998. №31. Ст. 3813.

⁵ Там же. Ст. 7.

В отличие от справедливой цены и действительной стоимости объекта законодатель дает определение (и не одно) его рыночной цены. Так, Закон об оценочной деятельности понимает под ней наиболее вероятную цену, по которой данный объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине цены сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства¹. Налоговый же кодекс трактует ее как цену, сложившуюся при взаимодействии спроса и предложения на рынке идентичных (а при их отсутствии — однородных) товаров (работ, услуг), в сопоставимых экономических (коммерческих) условиях². Если исходить из главного в данных определениях, то можно уловить его схожесть по смыслу с характеристикой цены, которая содержится в п. 3 ст. 424 ГК РФ. В соответствии с данной нормой, в случаях, когда в возмездном договоре цена не предусмотрена и не может быть определена исходя из условий договора, исполнение договора должно быть оплачено по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги.

Несмотря на наличие такого, казалось бы, надежного инструмента для определения цены в возмездных договорах, как названное правило, призванное восполнить пробел в регламентации гражданско-правовых отношений сторон, судебная практика делает данное правило мертвым в том случае, если стороны не достигнут соглашения по цене, которая определена по правилам п. 3 ст. 424. То есть достаточно возражения одной из сторон, чтобы такой договор считался незаключенным³.

Нам представляется не совсем справедливой такая позиция судебных органов, которая, как мы полагаем, делает указанное положение Гражданского кодекса формальным, если учесть тот факт, что, несмотря на отсутствие законодательного закрепления в Российской Федерации общеобязательности судебных решений (прецедентное право), тем не менее, никто не отменял принцип единства судебной практики⁴. Поэтому целесообразно в целях обеспечения стабильности гражданского оборота дополнить статью 424 ГК РФ пунктом 4 следующего содержания: «В случае возникновения спора при определении цены в порядке, предусмотренном пунктом 3 настоящей статьи, договор считается незаключенным только в случае, если условие договора о цене является существенным в соответствии с пунктом 1 статьи 432 настоящего Кодекса». Закрепление данного положения позволит, в частности, эффективно применять биржевой механизм формирования цен. Например, если учесть тот факт, что в договорах поставки нефте- и газопродуктов трубопроводным транспортом, как и в любом договоре поставки, цена не является существенным условием договора, то становится возможным заключать и исполнять обязательства по договорам, в которых цена не указана, используя при этом цену, установленную в результате биржевых торгов.

Итак, как удалось выяснить, в случае возникновения спора законодатель ставит знак равенства между справедливой и рыночной ценой объекта, которая определяется в установленном законом порядке.

Из приведенных нормативных определений рыночной цены следует, что она существует лишь в условиях конкуренции, а как же быть со справедливостью цен в сфере деятельности субъектов-монополистов (коммунальные услуги, поставка нефте- и газопродуктов, транспортные услуги (жд, авиаперевозки) и др.)? В данном случае на защиту интересов общества должно вступать государство в лице компетентных органов, задача которых — «сдерживать» аппетит монополистов путем установления определенных рамок их возможной свободы усмотрения в указанном вопросе. В качестве таких рамок, границ в настоящее время выступают устанавливаемые государством тарифы на товары

¹ Там же ст. 3. Вообще Закон дает определение понятию «рыночная стоимость», но раскрывает его уже через «цену», в связи с чем это приводит к дополнительной «нагруженности» закона понятиями, разницу между которыми законодатель четко не проводит, что приводит к дополнительным вопросам участников рынка. Вследствие проведенного нами анализа цены как экономической категории, можно сделать вывод, что законодатель в данном случае описывает именно рыночную цену.

² Ст. 40 Налогового кодекса Российской Федерации. Часть вторая от 31.07.1998 №146-ФЗ // СЗ РФ. 1998. №31. Ст. 3824.

³ П. 54 Постановления Пленума Верховного Суда РФ №6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ №8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 1996. №152.

⁴ См. подробнее: А. Л. Бурков. Статус Постановлений Пленума Верховного суда РФ в законодательстве и судебной практике// правоведение. 2011. №5. С. 172–186.

и услуги, которые в свою очередь разрабатываются в соответствии с критерием их экономической обоснованности, то есть, прежде всего, подтвержденности расходов на их оказание¹.

Вместе с тем, учитывая существующую в рыночной экономике многих государств тенденцию к монополизации в различных отраслях промышленности², государство может не всегда оперативно реагировать на пресечение возможных в связи с этим злоупотреблений путем издания соответствующих нормативных актов. В связи с чем полагаем необходимым признать «справедливость» признаком цены как условия договора там, где имеются признаки монополизации и установить ее критерии. Это, в частности, относится к сфере поставок нефтепродуктов, поскольку нефть (в отличие от газа) не входит в перечень продукции, на которую распространяется государственное регулирование цен³. Для рынка нефти и газа полагаем возможным признать справедливой цену, сформированную на «развитых» биржах, на которых реализуется значительные объемы указанных ресурсов. Какая конкретно биржа будет признана таким ориентиром, должен, как представляется, определить законодатель. В то же самое время, учитывая гражданско-правовой характер отношений поставок нефти и газа, необходимо оставлять коридор «свободному усмотрению сторон» договора, в связи с чем полагаем допустимым законодательно закрепить норму отклонения от биржевой цены. Например, на уровне 5%, что соответствует зарубежной антимонопольной практике⁴.

НЕМАТЕРИАЛЬНЫЕ БЛАГА И ЛИЧНЫЕ НЕИМУЩЕСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В ПРЕДМЕРЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ: ДОКТРИНА И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

БАКАЕВА Ирина Владиленовна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В цивилистической литературе справедливо выделяется системообразующая роль объектов гражданских прав в механизме гражданско-правового регулирования. Это выражается в том, что они определяют структуру его предмета, основные черты метода и в особенности автономный статус субъектов как обладателей имущественных и неимущественных благ, выступающих объектами

¹ См. например: Постановление Правительства РФ от 29.12.2007 №980 «О государственном регулировании тарифов на услуги субъектов естественных монополий по транспортировке нефти и нефтепродуктов» // СЗ РФ. 2008. №2. Ст. 104; Постановление Правительства РФ от 26.02.2004 №109 «О ценообразовании в отношении электрической и тепловой энергии в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. №9. Ст. 791; Постановление Правительства РФ от 29.12.2000 №1021 «О государственном регулировании цен на газ и тарифов на услуги по его транспортировке на территории Российской Федерации» // СЗ РФ. 2001. №2. Ст. 175; Приказ Минэнерго России от 29.11.2011 №553 «Об утверждении типовой формы Соглашения с субъектом Российской Федерации о поэтапном доведении цен (тарифов) на розничных рынках электрической энергии до экономически обоснованного уровня» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. №11.

² Д. И. Мейер называл данную тенденцию естественным «атрибутом» эволюционирующей промышленности. См. подробнее: Мейер Д. И. Воздействие Правительства на железнодорожные тарифы. СПб, 1912. С. 13.

³ Постановление Правительства РФ от 07.03.1995 №239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» // СЗ РФ. 1995. №11. Ст. 997.

⁴ Так, Федеральное картельное ведомство Германии в своих предварительных расследованиях в газовой отрасли придерживается допустимой границы отклонения в 5%. Верховный суд Германии (BGH) в своем решении по одному из дел не оспаривал порог значительности в размере от 5% (минимум), содержащийся в решении Высшего земельного суда (OLG) Дюссельдорфа как нижней инстанции. См. подробн.: OLG Dusseldorf, Stadtwerke Mainz, Beschluss v. 17.03.2004 (решение не вступило в силу), Az. VI — Kart 18/03 (V), S. 11.

гражданских прав, без которых данная отрасль законодательства утрачивает всякий конструктивный смысл¹. Однако, несмотря на теоретическую и практическую значимость категории объекта гражданских прав, соответствующая проблематика не получила исчерпывающего научного осмысления.

Утвердившиеся в процессе преобразования общественного строя РФ новые аксиологические принципы развития российского общества как гражданского, а государства как правового получили концентрированное выражение в конституционном провозглашении человека, его прав и свобод высшей социальной ценностью (ст. 2 Конституции РФ) и предопределили общий вектор развития отечественного законодательства. Их наиболее значимыми проявлениями в сфере гражданско-правового регулирования стали, в частности, законодательное признание нематериальных благ в виде объектов гражданских прав, а также системное изменение структуры предмета отраслевого регулирования, касающееся личных неимущественных отношений, объектами которых выступают нематериальные блага. Такие отношения доктринально принято обозначать как личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными.

Историко-правовой анализ развития гражданского законодательства РФ выявляет достаточно последовательную позицию законодателя относительно интеграции указанных личных неимущественных отношений в предмет гражданско-правового регулирования. Напомним, что применительно к личным неимущественным отношениям, связанным с имущественными, возможность их прямого включения в предмет отрасли теоретически была обоснована именно данным свойством, т.е. связью с имущественными отношениями. В данном качестве усматривалось их сходство (однородность) с отношениями имущественными, что с позиций отраслевого деления права по критерию предмета правового регулирования допускало применение к ним единого метода отраслевого правового регулирования. Однако личные неимущественные отношения вне подобной связи не давали оснований для какого-либо методологического компромисса. Они включались в предмет гражданско-правового регулирования только в силу специального указания закона.

Так, согласно ст. 1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (далее — Основы ГЗ 1961 г.) и ст. 1 Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. (далее — ГК РСФСР) гражданским законодательством регулировались связанные с имущественными личные неимущественные отношения, а в случаях, предусмотренных законом, также и иные личные неимущественные отношения. Однако круг последних был достаточно узким вследствие крайне незначительного числа законодательно установленных видов нематериальных благ, по поводу которых складывались такие отношения. В Основах ГЗ 1961 г. содержалась всего одна норма о защите чести и достоинства граждан и организаций (ст. 7), а в ГК РСФСР — две: аналогичная норма о защите чести и достоинства (ст. 7) и об охране интересов гражданина, изображенного в произведении изобразительного искусства (ст. 514).

Важные новеллы относительно нематериальных благ как объектов гражданских прав и возникающих в связи с ними личных неимущественных отношений были введены Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее — Основы ГЗ 1991 г.). Несмотря на то, что, как и ранее, в предмет отраслевого регулирования прямо включались только связанные с имущественными личные неимущественные отношения (абз. 1 п. 1 ст. 1 Основ ГЗ 1991 г.), в них явно прослеживается тенденция к расширению сферы гражданско-правовой регламентации иных личных неимущественных отношений, объектами которых выступают нематериальные блага. В своем суждении мы исходим, во-первых, из законодательно закрепленной в п. 2 ст. 1 Основ ГЗ 1991 г. презумпции их гражданско-правовой принадлежности: личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, регулировались гражданским законодательством, поскольку иное не предусматривалось законодательством Союза ССР и республик либо не вытекало из существа личного неимущественного отношения. Во-вторых, нематериальные блага впервые были обособлены и законодательно (ст. 4 Основ ГЗ 1991 г.) закреплены наряду с вещами, деньгами, ценными бумагами, иным имуществом, в том числе имущественными правами, изобретениями, промышленными образцами, произведениями науки, литературы и искусства, иными результатами интеллектуальной деятельности, а также другими материальными благами в качестве самостоятельной разновидности объектов гражданских прав. В-третьих, количество нематериальных благ, признаваемых объектами гражданских прав, было несколько расширено за счет деловой репутации (ст. 7 Основ ГЗ 1991 г.).

Неоднозначное отношение законодателя к гражданско-правовому регулированию рассматриваемой группы личных неимущественных отношений, возникающих по поводу нематериальных благ, демонстрирует Гражданский кодекс РФ 1994 г. (далее — ГК РФ). Первоначальная редакция его абз.

¹ Зинченко С. А., Лапач В. А., Шапсугов Д. Ю. Проблемы объектов гражданских прав. Ростов н/Д: СКАГС, 2001. С. 5, 7.

1 п. 1 ст. 2 свидетельствовала об абсолютной доминантности в предмете отрасли имущественной составляющей, поскольку эти отношения, как и прежде, рассматривались в качестве его структурного элемента только вследствие своей связи с отношениями имущественными. Более того, указанием на предоставление неотчуждаемым правам и свободам человека и другим нематериальным благам гражданско — правовой защиты, если иное не вытекает из существа этих нематериальных благ (п. 2 ст. 2 ГК РФ), личные неимущественные отношения, не связанные с имущественными, формально были выведены из предмета гражданско-правового регулирования.

С другой стороны, имела место и положительная динамика развития гражданского законодательства, выявляющая тенденцию к увеличению области именно регулятивного, а не охранительного его воздействия на личные неимущественные отношения по поводу нематериальных благ вне их связи с имущественными. В частности, нематериальные блага сохранили статус объектов гражданских прав и занимают самостоятельное место в их общей системе (ст. 128 ГК РФ), был значительно расширен их перечень с одновременным указанием на его открытость и принадлежность нематериальных благ гражданам от рождения или в силу закона (абз. 1 п. 1 ст. 150 ГК РФ), а правила относительно имени (ст. 19 ГК РФ) и места жительства (ст. 20 ГК РФ) гражданина, охраны его изображения (ст. 152.1 ГК РФ) закрепляют ряд позитивных правомочий правообладателя и т.д. Указанные нормы имеют выраженную регулятивную природу.

Впервые в структуре ГК РФ как отраслевом кодифицированном акте был обособлен самостоятельный раздел — глава восьмая «Нематериальные блага и их защита», куда вошли посвященные им правовые нормы: первоначально ст. 150-о нематериальных благах, ст. 151-о компенсации морального вреда и ст. 152-о защите чести и достоинства. Федеральным законом от 18.12.2006 г. №231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹ в данную главу дополнительно была включена названная ранее ст. 152.1 об охране изображения гражданина.

Однако принципиальные законодательные новеллы связаны со структурным изменением предмета гражданско-правового регулирования системного характера. Действующей с 01.01.2008 г. новой редакцией абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ упразднено традиционное для всего предшествовавшего гражданского законодательства дихотомическое деление личных неимущественных отношений на связанные и не связанные с имущественными, в результате чего гражданско-правовое регулирование распространено на все виды личных неимущественных отношений, отвечающих отраслеобразующим критериям юридического равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников.

ГК РФ (ст. 150) в числе нематериальных благ как объектов гражданских прав прямо называет жизнь, здоровье, честь, доброе имя, деловую репутацию, неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, право свободного передвижения, выбора места пребывания и жительства, право на имя, право авторства, а также иные личные неимущественные права и другие нематериальные блага. Выраженный в указанной норме подход к пониманию нематериального блага, объединяющий в едином понятии и само благо, и личное неимущественное право, объектом которого данное благо является, инициировал в цивилистической литературе продолжительные дискуссии об их соотношении. А ведь еще в начале прошлого столетия один из выдающихся отечественных цивилистов Г. Ф. Шершеневич достаточно образно, но предельно четко охарактеризовал соотношение между ними, указав, что «субъективное право есть средство для обеспечения пользования благами, но последнее также мало принадлежит к понятию прав, как сад к садовой ограде»².

Наличие обширной литературы, содержащей критический анализ подобной расширительной трактовки нематериальных благ³, позволяет ограничиться с учетом объема настоящей статьи только положительной оценкой законодательных новаций, содержащихся в проекте ФЗ №47538–6 «О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴, принятого Госу-

¹ Собрание законодательства РФ. 2006. №52. Ст. 5497.

² Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М.: 1912. С. 613.

³ См., например: Ермолова О. Н. Нематериальные блага и их защита: автореф. ... дисс.канд. юрид. наук. Саратов, 1998. С. 7,10; Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита / М. Н. Малеина. М.: МЗ Пресс, 2000. С. 14; Мозолин В. П. Современная доктрина и гражданское законодательство // СПС «Консультант-Плюс»; Бакаева И. В. Понятие и признаки нематериальных благ: законодательство, теория и практика // Законы России. 2012. №4. С. 10.

⁴ URL: <http://www.rg.ru/2011/09/14gk-izm-site-dok.html> (дата обращения: 11.09.2012 г.).

дарственной Думой в первом чтении 27.04.2012 г. (далее — проект ГК), связанных с уточнением перечня нематериальных благ. Во-первых, из него исключены личные неимущественные права, что позволяет обеспечить более четкое разграничение нематериального блага как объекта гражданских прав и личного неимущественного права в качестве субъективного права лица, выступающего наряду с субъективной гражданской обязанностью элементом юридического содержания гражданско-правового отношения. Однако сохранение в базовой для всего гражданского законодательства норме, закрепленной п. 2 ст. 2 ГК РФ, формулировки «неотчуждаемые права и свободы человека и другие нематериальные блага» свидетельствует о том, что данные права и свободы рассматриваются законодателем как собственно нематериальные блага. Поэтому проблема соотношения понятий свобод, личных неимущественных прав и нематериальных благ не утрачивает методологической значимости. Во-вторых, в число нематериальных благ в Проекте ГК РФ дополнительно включается неприкосновенность жилища.

Важной гарантией неприкосновенности частной жизни может стать предлагаемая Проектом ГК РФ к принятию норма, устанавливаемая ст. 152.2 «Охрана частной жизни гражданина»¹.

Среди новелл проекта ГК РФ относительно нематериальных благ заслуживают также несомненной поддержки и нормы, закрепляющие специальные способы защиты нематериальных благ и личных неимущественных прав. В их числе: признание судом факта нарушения личного неимущественного права, принадлежащего гражданину; публикация решения суда о допущенном нарушении и пресечение или запрещение действий, нарушающих или создающих угрозу нарушения личного неимущественного права либо посягающих или создающих угрозу посягательства на нематериальное благо. Подчеркнем, что употребляемое при изложении данной нормы слово «в частности» не исключает возможности применения наряду с ними и иных установленных ГК РФ и другими законами способов защиты нематериальных благ и личных неимущественных прав.

В ГК РФ отсутствует определение понятия нематериальных благ. Нет его и в проекте ГК РФ. В цивилистической литературе разработаны различные доктринальные определения данного понятия. Практически всеми авторами в числе его признаков выделяются неотчуждаемость нематериального блага, отсутствие у него имущественного (материального) содержания, невозможность его денежной оценки, неразрывная связь с личностью носителя, общая направленность на обеспечение существования личности. С учетом анализа п. 2 ст. 2 и п. 1 ст. 150 ГК РФ есть основания признать такие свойства нематериальных благ, как принадлежность определенному лицу, неотчуждаемость и непередаваемость, иным способом в качестве конституирующих их признаков.

Однако в самой этой констатации присутствует формальное преувеличение юридически признаков нематериальных благ. Сопоставление природной и юридической неотчуждаемости свидетельствует, что они имеют разную основу и юридическая неотчуждаемость применима в известной мере условно. Это объясняется возможностью отделения нематериального блага от его носителя, в том числе после смерти. Так, ряд исследователей еще в советский период достаточно осторожно высказывались о том, что конкретные нематериальные блага «в какой-то степени могут быть даже каким-то образом и «отделимы» от личности»². Некоторые нематериальные блага, возникнув, автономизируются и не сливаются с личностью (например, деловая репутация), но могут подвергаться уменьшению или присвоению при посягательстве третьих лиц³. Указанный взгляд разделяется и современными авторами. В частности, М.Н. Малеина считает возможным признание «объективно существующих интересов умерших, которые «переживают» человека (интересов автора, изобретателя, наследодателя, интересы, нашедшие выражение в защите чести, посмертной реабилитации и др.)»⁴.

Еще одним доказательством, что непередаваемость нематериального блага нельзя рассматривать в качестве только ему присущего специфического свойства, является наличие аналогичного признака у некоторых имущественных прав, к примеру, данным свойством в силу ст. 383 ГК РФ обладает право на получение алиментов.

¹ Более подробно об этом см.: Михайлова И. А. Личные неимущественные права и нематериальные блага: традиционное понимание и новые подходы // Законы России. 2012. №4. С. 4–5.

² Тагайназаров Ш. Т. Гражданско-правовое регулирование личных неимущественных прав граждан в СССР. Душанбе, 1990. С. 24.

³ Подробнее об этом: Мезрин Б. Н. Личные неимущественные отношения в предмете советского гражданского права // Актуальные проблемы гражданского права. Свердловск, 1986. С. 28.

⁴ Малеина М. Н. Указ. соч. С. 15.

Должна быть критично оценена в качестве критерия и сама нематериальность духовных благ. Закон, в частности, не дает определения жизни, здоровья, деловой репутации. Однако смысловые контексты предполагают, что употребление этих понятий лишь отчасти касается духовных благ и преимущественно они затрагивают материальную основу человеческого бытия. В этом смысле не природа благ, а их аксиологическая интерпретация, осознание личной и социальной ценности позволяют отнести их к нематериальным благам. Именно ценностное, а не «нематериальное» содержание соответствующих благ определяет невозможность точной компенсационной денежной оценки при посягательстве на принадлежащие лицу нематериальные блага.

Анализ современного гражданского законодательства РФ ставит под сомнение и такой признак нематериальных благ, как невозможность денежной оценки. В частности, деловая репутация для коммерческих организаций значима не только как нематериальное благо, но и вполне реальный актив, отражаемый в финансовой отчетности (ст. 4 Положения по бухгалтерскому учету «Учет нематериальных активов (ПБУ 14/2007)»¹). Деловая репутация может быть предметом договора коммерческой концессии (п. 2 ст. 1027 ГК РФ), а также вкладом по договору простого товарищества (п. 1 ст. 1042 ГК РФ) и подлежит денежной оценке.

Таким образом, по основным направлениям анализа нематериальных благ как объектов гражданских прав нами выявлены дискуссионные положения, что актуализирует необходимость их дальнейшего теоретического анализа в целях совершенствования гражданского законодательства и практики правоприменения.

ЗАВЕЩАТЕЛЬНАЯ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ КАК МЕТОДОЛОГИЧЕСКАЯ И НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ КАТЕГОРИЯ

Барков Алексей Владимирович,

д.ю.н., профессор кафедры гражданско-правовых дисциплин
НОУ ВПО «Московская академия экономики и права»;

БАРКОВ Роман Алексеевич

аспирант НОУ ВПО «Московская академия экономики и права»

В научной литературе можно встретить термин «завещательная правосубъектность», под которым предлагается понимать не что иное, как право гражданина и способность его своими действиями определять на случай смерти судьбу своих прав и обязанностей, которые могут переходить по праву наследования, а также сделать другие распоряжения на случай смерти². Однако данное определение, на наш взгляд, не в полной мере отражает сущность возникающих отношений, так как для действительности завещания и, следовательно, реализации его впоследствии необходимо соблюдение следующих условий:

— во-первых, кто в соответствии с действующим законодательством вправе распоряжаться своим имуществом на случай смерти;

— во-вторых, кому завещатель имеет право завещать свое имущество.

Иными словами, в данном определении не в полной мере представлен круг лиц — участников наследственных правоотношений, обладающих завещательной правосубъектностью, определение которых в настоящее время проблематично.

Проблема обостряется тем, что по данному вопросу в доктрине и наследственном законодательстве отсутствует единство мнений, что обуславливает актуальность рассмотрения данного вопроса, а также в первую очередь необходимость обращения к научной разработке понятия и содержания категории «завещательная правосубъектность» в связи с ее дискуссионностью. Данная проблема обостряется в связи с тем, что в наследственном законодательстве отсутствует легальное определение указанной категории. Представляется, что ее изучение целесообразно начать с рассмотрения соотношения терминов «завещательная правосубъектность», «наследственная правосубъектность» и «гражданская правосубъектность», являющихся, на наш взгляд, методологическим ключом к решению вопроса, отражающего сущность дефиниции, ее практическое и теоретическое значение.

¹ Российская газета. 02.02.2008. №22.

² См.: Андрияхина А. М. Все о наследственных спорах. М., 2008. С. 8.

Возникновение настоящей проблемы следует связывать с принципиальными изменениями в ходе развития наследственного права, обусловленными известными октябрьскими революционными событиями 1917 года, на долгое время определившими дальнейшее направление цивилистической науки в вопросах завещательной правосубъектности. Как бы странно это ни звучало, но, по образному выражению О.Е. Блинкова, «история наследственного права советского периода ведет свой отчет с отмены наследования»¹. Революционная эйфория, сопровождавшая декларируемое построение коммунизма в считанные годы, в свете реализации заветов Маркса, считавшего, что «исчезновение права наследования будет естественным результатом того социального переустройства, которое упразднит частную собственность на средства производства»², выразилась в принятии одного из первых актов советского гражданского законодательства — Декрета ВЦИК от 27 апреля 1918 года «Об отмене наследования»³.

Отказ от общечеловеческого правового принципа свободы завещания и отмена наследования привели к возникновению механизма государственно-правовой защиты нетрудоспособных наследников, представляющей «некий суррогат социального обеспечения и наследования»⁴. Несмотря на то, что впоследствии Декретом ВЦИК от 22 мая 1922 г. «Об основных частных имущественных правах, признаваемых РСФСР, охраняемых ее законами и защищаемых судами РСФСР»⁵ институт наследования возвращается, но уже в полностью извращенном виде. Настоящий Декрет, повлиявший на формирование наследственного права, зафиксированного в Гражданском кодексе РСФСР 1922 года, и принятые в соответствии с ним и практически ничем от него не отличающиеся Гражданские кодексы других советских республик⁶ перестали служить своей основной цели — реализации свободной воли завещателя относительно распоряжения его имуществом на случай смерти. Вмешиваясь практически во все вопросы регламентации частной жизни, государство стремилось ограничить размеры имущества, допускавшегося к наследованию по завещанию, исходя из принципа возможности завещания только трудовой собственности⁷. Регламентировались также условия, при которых гражданин мог воспользоваться правом на составление завещания.

Представляется, что данные обстоятельства стали первопричиной того, что в наследственном законодательстве были потеряны положения, точно характеризующие субъектный состав наследования по завещанию, присутствовавшие совсем недавно в дореволюционном законодательстве, что неминуемо отобразилось в содержании научных публикаций того времени. Очевидно, что отсутствие серьезных научных разработок завещательной правосубъектности в цивилистической доктрине советского периода определялось прежде всего тем, что вопрос о лицах, способных выступать в качестве наследодателей и приобретать права и обязанности в качестве наследников по завещанию, рассматривался в векторе развития действующего наследственного законодательства.

По свидетельству теоретика советского периода В.И. Серебровского: «Советское право не знает особой завещательной дееспособности, поэтому для составления завещания достаточно наличия общей дееспособности»⁸. В этот период категории завещательной правоспособности или дееспособности признавались тождественными общегражданским понятиям, что существенно тормозило развитие науки. На то обстоятельство, что право на совершение завещания некорректно рассматривать как составляющую гражданской дееспособности, обращать внимание было не принято. Сомнения в том, что способность составлять действительное завещание не может быть включена в содержание гражданско-правовой категории «дееспособность», характеризующей способность гражданина свои-

¹ Блинков О. Е. Общие тенденции развития наследственного права государств — участников Содружества Независимых государств и Балтии: Дисс. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 45. (всего 451).

² Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. XIII. Ч. 1. С. 336.

³ Собрание узаконений РСФСР. 1918. №34. Ст. 456.

⁴ Кирилловых А. А. Наследственное право: Учебное пособие. М.: Книжный мир, 2011. С. 11.

⁵ Собрание узаконений РСФСР. 1922. №36. Ст. 423.

⁶ См.: Гражданский кодекс советских республик: текст и практический комментарий / Под ред. проф. А. Малицкого. Изд-е 2-е, испр. и доп. Киев: Гос. изд-во Украины, 1927. С. 3 и далее.

⁷ В ст. 416 ГК РСФСР 1922 г. допускалось наследование по закону и по завещанию в пределах общей стоимости наследственного имущества не свыше 10 000 золотых рублей, за вычетом всех долгов умершего.

⁸ Серебровский В. И. Наследственное право. М., 1948. С. 32.

ми действиями приобретать для себя гражданские права и обязанности и своими действиями осуществлять их, так как завещатель своими действиями создает права и обязанности не для себя, а для третьих лиц, появились позже. Необходимость осмысления данной коллизии появляется в середине 1960-х с принятием Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик¹, которое следует рассматривать как значимую веху, ознаменовавшую начало этапа перехода советского наследственного права к демократическим принципам наследования по завещанию.

В эти же годы начинается этап развития теории гражданской правосубъектности. Анализ научной литературы дает основание сделать вывод, что в характеристике содержания правосубъектности отмечается многообразие подходов, раскрываемых, как правило, путем соотношения данной категории со смежными правовыми понятиями, такими, как «правоспособность», «дееспособность» и «правовой статус»².

Не вдаваясь в полемику относительно аргументации каждой из представленных позиций и их критики, которая нашла убедительное отражение в научной литературе³, отметим, что в результате научных дискуссий наибольшей поддержкой среди ученых пользовалась концепция представителей последнего направления, которая и сегодня разделяется современными учеными⁴. Представляется, что правосубъектность следует понимать не как набор качеств, которыми должны обладать субъекты гражданского права в целом, а как признак, которым легально наделяется субъект для признания его участником гражданских правоотношений, возможность быть участником гражданско-правовых отношений. Границы возможного участия носят потенциальный характер и зависят от легального содержания правоспособности и дееспособности. По своей сути правосубъектность представляет собой право общего типа, обеспеченное материальными и юридическими гарантиями государства, наделение субъекта правосубъектностью есть следствие существования длящейся связи субъекта и государства⁵.

Во то же время господствующая позиция в отношении гражданской правосубъектности повлияла на формирование точки зрения относительно содержания категории «наследственной правосубъектности», состоящей, по мнению ряда ученых, из трех диалектически взаимосвязанных элементов: наследственной правоспособности, наследственной дееспособности и наследственной деликтоспособности⁶. Поводом к подобному заключению, по мнению К.Ю. Бахмуткиной, служит то, что исходя из содержания ст. 18 Гражданского кодекса РФ «наследственная правоспособность является составным элементом гражданской правоспособности и носит отраслевой характер»⁷. Исследователь считает, что «именно сама правоспособность (возможность) обладать какими-либо правами или обязанностями составляет содержание гражданской, а следовательно, и наследственной правоспособности»⁸, что дает возможность, по ее мнению, сформулировать вывод о том, что «наследственная правосубъектность не имеет каких-либо особенностей и совпадает с содержанием гражданской»⁹.

¹ См.: Закон СССР «Об утверждении Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик» от 8 декабря 1961 г. // Ведомости ВС СССР. 1961. №50. Ст. 525.

² См.: Барков А. В. Цивилистическая концепция правового регулирования рынка социальных услуг: монография. М.: ИГ «Юрист», 2008. С. 80.

³ См.: Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». М.: Статут, 2000. С. 287 и далее.

⁴ См., например: Михайлова И. А. Основные проблемы гражданской правосубъектности физических лиц: монография. Рязань, 2005; Ручкина Г. Ф. Гражданская правосубъектность органов внутренних дел Российской Федерации (организационно-правовые аспекты): дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1997.

⁵ См.: Барков А. В. Указ. соч. С. 82.

⁶ См.: Бахмуткина К. Ю. Наследственная правосубъектность: понятие и содержание // Юрист. 2008. №6. С. 31; Егоренкова К. Ю. Наследственная правосубъектность и наследственно-правовой статус // Частноправовые проблемы взаимодействия материального и процессуального права: материалы II Международной научно-практической конференции (г. Ульяновск, 7–8 октября, 2011 г.) / Науч. ред. Н. А. Баринин, отв. ред. С. Ю. Морозов. Ульяновск: УлГУ, 2011. С. 180.

⁷ Бахмуткина К. Ю. Указ. соч. С. 30–31.

⁸ Там же. С. 31.

⁹ Там же. С. 32.

Однако, на наш взгляд, сведения объема наследственной правосубъектности к содержанию гражданской правосубъектности не имеет под собой оснований и методологически неверно, так как при таком подходе невозможно выявить характерные особенности наследственной правосубъектности.

Прежде всего следует учитывать, что наследственная правоспособность не всегда носит гражданско-правовой, как отмечает К.Ю. Бахмуткина, «отраслевой характер»¹, так как не все отношения, возникающие при наследовании, следует считать гражданско-правовыми, поскольку «некоторые основаны на властном подчинении, поэтому являются административно-правовыми, финансовыми и налоговыми (охрана наследства, оформление наследства, в том числе выдача и получение свидетельства о праве на наследство, уплата налогов с наследства, регистрация наследственного имущества и т.д.)»². К гражданско-правовым отношениям, связанным с наследством, следует отнести только те, в результате которых на место «выбывшего субъекта (наследодателя) заступит новый субъект (наследник, наследники), у которых возникают, как правило, те же аналогичные права, что принадлежали при жизни наследодателю»³. При этом надо полагать, что возникает одно наследственное правоотношение, но с множеством лиц на управомоченной стороне⁴.

Если следовать точке зрения, разделяемой К.Ю. Бахмуткиной и К.Ю. Егоренковой, исходя из тождественности гражданской и наследственной правосубъектности, то следует признать, что наследственная правосубъектность представляет собой способность быть участником наследственного гражданско-правового отношения, границы возможности которого определяются содержанием правоспособности и дееспособности (или правоспособности, дееспособности и деликтоспособности⁵, что в данном случае несущественно) субъекта наследственных отношений. Однако данный тезис не может быть принят в полной мере, так как наследственное правоотношение нельзя представлять совокупностью гражданско-правовых отношений, возникающих между субъектами наследственного права в связи со смертью наследодателя по поводу наследства. Наследственное правоотношение возникает в момент открытия наследства, поэтому наследодатель не может стать участником наследственного правоотношения.

В научной литературе выделяются следующие виды дееспособности: «частичная» (применительно к малолетним в возрасте от 6 до 14 лет), «относительная» (применительно к несовершеннолетним в возрасте от 14 до 18 лет), «неполная» (применительно ко всем лицам, не обладающим полной дееспособностью) и «ограниченная»⁶. Однако в отношении завещательной правосубъектности данная классификация вряд ли может быть применима, поскольку гражданская дееспособность не совпадает с завещательной дееспособностью.

Следуя смыслу части 1 ст. 21 ГК РФ, под гражданской дееспособностью следует понимать способность гражданина своими действиями приобретать гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности. Умерший гражданин в момент смерти для себя гражданские права и обязанности не создает, а в завещательном распоряжении создает права и обязанности на случай смерти для других лиц, что, согласитесь, не одно и то же. Обладает завещательной способностью и наследник, однако эта способность иного рода, чем у завещателя, который также путем раскрытия содержания гражданской дееспособности не объясняет.

Также не представляется возможным согласиться с точкой зрения К.Ю. Егоренковой, к слову, почти во всем, включая аргументацию своей позиции, следующей взглядам К.Ю. Бахмуткиной, в том, что «наследник становится субъектом наследственно-правового отношения (а для того, чтобы стать таковым, необходимо быть правоспособным и дееспособным)»⁷.

¹ Там же. С. 31.

² Лиманский Г. С. Наследственное правоотношение: общие теоретико-методологические проблемы учения // Наследственное право. 2007. №1. С. 6.

³ Там же. С. 6.

⁴ См.: Там же. С. 6.

⁵ См.: Бахмуткина К. Ю. Указ. соч. С. 31; Егоренкова К. Ю. Указ. соч. С. 180.

⁶ См.: Михайлова И. А. Гражданская правосубъектность физических лиц: проблемы законодательства, теории и практики: монография. М.: Юрист, 2006. С. 239.

⁷ См.: Егоренкова К. Ю. Указ. соч. С. 180.

Действительно, завещатель должен обладать полной дееспособностью, что следует считать необходимым условием возможности распорядиться своим имуществом на случай смерти (п. 2. ст. 1118 ГК РФ). Однако наследник, отказополучатель может быть как дееспособным, так и недееспособным, и ограниченно дееспособным. В отношении физических лиц — наследников никаких легальных ограничений в части дееспособности не устанавливается. Более того, наследовать может даже зачатый при жизни и родившийся после смерти наследодателя ребенок¹. Эту ситуацию объяснить с позиции применения понятия гражданской правосубъектности невозможно, поскольку правосубъектность возникает у ребенка только в момент рождения, а зародыш человека — еще не субъект прав.

По мнению К.Ю. Егоренковой, «наследник, признанный недостойным, утрачивает способность обладать правом наследовать, то есть лишается правоспособности, что, в свою очередь, влечет и лишение правосубъектности»². Разделяя данную точку зрения, К.Ю. Бахмуткина считает, что недостойные наследники «не обладают наследственной правосубъектностью и как следствие не могут участвовать в правоотношениях (лишение правоспособности однозначно влечет и лишение дееспособности, и лишение деликтоспособности)»³. С данной позицией согласиться трудно, так как она некорректна. Недостойный наследник лишается лишь пассивной завещательной правосубъектности, так как лишается права получения наследства. Однако активной завещательной правосубъектности при этом он не лишен и может выступать в качестве наследодателя как по закону, так и по завещанию, что не лишает их, по терминологии К.Ю. Бахмуткиной и К.Ю. Егоренковой, «наследственной правосубъектности».

Таким образом, возможность отождествления категорий наследственной и гражданской правосубъектности может быть признана только в случае полного совпадения с гражданско-правовыми категориями дееспособности и правоспособности, что не всегда представляется целесообразным. На наш взгляд, более оправданным подходом к изучению вышеобозначенных проблем видится введение в научный оборот категории завещательной правосубъектности, научно-теоретическая разработка которой, как представляется, наиболее эффективно будет служить правовой квалификации субъекта как потенциального завещателя или лиц, приобретающих имущественные права и обязанности при наследовании по завещанию.

Обоснованность введения в научный оборот этой категории в целях совершенствования наследственного законодательства обусловливается тем, что данная методологическая и научно-правовая категория в полной мере позволяет выявить специфику данного правового явления, раскрыть особенности правового положения лиц, которых наследодатель указал в качестве наследников по завещанию, а также правовые возможности субъектов, назначенных в качестве отказополучателей, исполнителей завещания или лиц, которым получено завещательное возложение. При этом, на наш взгляд, следует исходить из следующих тезисов:

- 1) завещательная правосубъектность как методологическая и научно-правовая категория представляет собой двухаспектную правовую категорию, оптимально позволяющую выявить специфику данного юридического явления, особенности активной завещательной правосубъектности и пассивной завещательной правосубъектности, подчеркивающих общую правовую природу двух элементов единого целого, служащих правовой квалификации правомочий субъектов как потенциальных завещателей или соответственно лиц, способных приобрести имущественные права или обязанности при наследовании по завещанию;
- 2) под активной завещательной правосубъектностью следует понимать комплекс потенциальных прав и действительных юридических возможностей, предоставленных субъекту-наследодателю по завещанию распорядиться своим имуществом на случай смерти;
- 3) пассивная завещательная правосубъектность представляет собой сумму потенциальных правовых возможностей быть назначенным наследником по завещанию и принять наследство, а также способности приобретать наследственные права и обязанности по завещанию и другим специальным завещательным распоряжениям.

¹ См. подробнее: Печников А. П., Кудряшов О. М. Указ. соч. С. 25.

² Егоренкова К. Ю. Указ. соч. С. 180.

³ Бахмуткина К. Ю. Указ. соч. С. 33.

К ВОПРОСУ О ПРЕДМЕТЕ ДОГОВОРА ПОДРЯДА НА ВЫПОЛНЕНИЕ КАДАСТРОВЫХ РАБОТ

БЕРЕКЧИЯН Наталья Ивановна,

соискатель кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Федеральным законом от 24.07.2007 г. №221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» (далее — Закон о кадастре)¹ в ч. 1 ст. 35 предусмотрена возможность заключения в соответствии с требованиями гражданского законодательства и указанного федерального закона договора подряда на выполнение кадастровых работ (далее — договор подряда на ВКР).

Согласно ч. 1 ст. 36 Закона о кадастре по договору подряда на выполнение кадастровых работ кадастровый инженер, осуществляющий кадастровую деятельность в качестве индивидуального предпринимателя, или юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, уполномоченной в соответствии с федеральным законом заключать договоры подряда на выполнение кадастровых работ, обязуется обеспечить выполнение кадастровых работ по заданию заказчика этих работ и передать ему документы, подготовленные в результате выполнения этих работ с учетом требований указанного федерального закона, а заказчик этих работ обязуется принять указанные документы и оплатить выполненные кадастровые работы.

Договоры о выполнении кадастровых работ, будучи широко распространенными на практике, вызывают массу вопросов в правоприменительной практике. Одним из таких вопросов, безусловно, является вопрос о предмете договора.

В юридической литературе и на практике одновременно реализуются различные подходы, основанные на неоднозначном понимании предмета договора в целом, и договора подряда, в частности².

Исследование указанного вопроса не является целью настоящей работы, а потому считаем возможным для целей, преследуемых автором при написании настоящей статьи, присоединиться к мнению тех представителей науки гражданского права, которые придерживаются концепции единого предмета договора подряда, который имеет две составляющие — выполнение работ и результат такого выполнения³. Указанная позиция согласуется с положениями п. 1 ст. 702, п. 1 ст. 703 ГК РФ, определяющих понятие договора подряда, и находит отражение в материалах судебной практики⁴.

Анализ материалов судебной практики применительно к договору строительного подряда позволяет прийти к выводу, что предмет договора подряда будет считаться согласованным, когда стороны в договоре указали содержание, объем и виды подлежащих выполнению работ, объект, на котором подрядные работы должны быть осуществлены, а также результат, к которому должны привести подрядные работы⁵.

Указанная позиция в полной мере распространяема и на договор подряда на выполнение кадастровых работ. Рассмотрим отдельные вопросы, касающиеся указанных составляющих предмета договора подряда на ВКР.

Прежде всего, необходимо отметить, что предметом регулирования Закона о кадастре признаны так называемые «кадастровые отношения», которые объединили в себе как отношения, возникающие в связи с ведением государственного кадастра недвижимости (далее — ГКН) и осуществлением

¹ СПС «Консультант Плюс».

² Малышев В. А. О категориях «объект» и «предмет» применительно к гражданско-правовому договору; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья; Договоры о выполнении работ и оказании услуг; Ершов О. Г. Размышления о предмете договора подряда на выполнение проектных работ в строительстве // СПС «Консультант Плюс»; Абрамцова Е. Л. Договор подряда в гражданском праве России. Дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Волгоград, 2005. С. 55.

³ Ершов О. Г. О предмете договора строительного подряда // СПС «Консультант Плюс».

⁴ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 13.05.2010 по делу №А5 3-6762/2009; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 25.04.2008 N Ф03-А0 4/08-1/784 по делу №А0 4-480/07-6/50// СПС «Консультант Плюс».

⁵ Волков А. Предмет договора строительного подряда // СПС «Консультант Плюс».

государственного кадастрового учета (далее — ГКУ) недвижимого имущества органом кадастрового учета, так и в связи с осуществлением кадастровой деятельности как разновидностью предпринимательской деятельности (п. 1 ст. 1 Закона о кадастре). Поэтому принципиально важно различать «кадастровые работы» как составляющую предмета договора подряда, и действия уполномоченного органа по ведению ГКУ и осуществлению кадастрового учета.

Положения ст. 1 Закона о кадастре позволяют сформулировать следующее определение кадастровых работ: это выполнение уполномоченным лицом (кадастровым инженером) в отношении недвижимого имущества работ, в результате которых обеспечивается подготовка документов, содержащих сведения о существовании недвижимого имущества с характеристиками, позволяющими определить такое недвижимое имущество в качестве индивидуально-определенной вещи, или о прекращении существования такого недвижимого имущества, а также иные необходимые для осуществления кадастрового учета сведения о таком недвижимом имуществе.

В результате выполнения кадастровых работ подрядчик передает заказчику следующие документы (ст. 37 Закона о кадастре): 1) межевой план (для представления в орган кадастрового учета заявления о постановке на учет земельного участка или земельных участков, об учете изменений земельного участка или учете части земельного участка); 2) технический план (для представления в орган кадастрового учета заявления о постановке на учет здания, сооружения, помещения или объекта незавершенного строительства, об учете его изменений или учете его части); 3) акт обследования (для представления в орган кадастрового учета заявления о снятии с учета здания, сооружения, помещения или объекта незавершенного строительства).

Согласно ч. 3 ст. 1 Закона о кадастре, государственным кадастровым учетом недвижимого имущества признаются действия уполномоченного органа по внесению в государственный кадастр недвижимости сведений о недвижимом имуществе.

Казалось бы, критерии разграничения указанных понятий — очевидны. Тем не менее, в юридической литературе встречается неоправданное отождествление понятия «кадастровые работы» с работами по ведению ГКУ и осуществлению ГКУ¹. Между тем, разграничение указанных понятий имеет принципиальное значение, в том числе, для целей определения предмета договора подряда на ВКР. Отсутствие понимания указанного обстоятельства может привести к серьезным ошибкам при толковании условий заключаемых на практике договоров.

Так, например, в Постановлении Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 13 января 2010 г. №17АП-12420/2009-АК по делу №А6 0-46333/09² приводятся выводы следующего содержания: из системного толкования ч. 4 ст. 1, ст. ст. 36–38 Закона о кадастре, п. 6 «Требований к подготовке межевого плана», утвержденных Приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 24.11.2008 г. №412 «Об утверждении формы межевого плана и требований к его подготовке, примерной формы извещения о проведении собрания о согласовании местоположения границ земельных участков» следует, что «...постановка на кадастровый учет сформированного земельного участка являются составной и обязательной частью кадастровых работ».

Полагаем, что подобный вывод, содержащийся в судебном акте, не соответствует нормам Закона о кадастре, которыми четко установлено, что результатом кадастровых работ могут быть только документы, указанные в ст. 37 Закона о кадастре. Подача заявления об осуществлении кадастрового учета находится за пределами предмета договора подряда на ВКР, и осуществляется лицами, имеющими право на обращение с заявлениями о кадастровом учете, в порядке, предусмотренном ст. 20 и ст. 21 Закона о кадастре. Поэтому «постановка на кадастровый учет сформированного земельного участка» не входит в предмет договора подряда на ВКР.

Между тем, применительно к рассмотренному выше случаю из судебной практики, полагаем, что нет никаких препятствий в договор о выполнении кадастровых работ включить условия о выполнении и иных работ или оказании услуг, выходящих за пределы предмета договора на ВКР, и составляющих предмет самостоятельного гражданско-правового договора. Например, на практике, организации или индивидуальные предприниматели, выполняющие кадастровые работы, предлагают своим клиентам (заказчикам) помимо выполнения непосредственно кадастровых работ, не предполагающих установленной законом обязанности подрядчика по самостоятельному сбору документов, необходимых для выполнения работ, оказать услуги по сбору документов и сведений, необходимых для выполнения

¹ Старков А. А. Качество и эффективность кадастровых работ: теория и практика//Землеустройство, кадастр и мониторинг земель. 2010. №8. С. 34.

² СПС «Консультант Плюс».

кадастровых работ (например, получения выписок и других документов из ГКН; выписок из ЕГРП для целей проведения процедуры согласования границ с надлежащими лицами и т. д.), по представлению интересов заказчика в органе кадастрового учета и подаче заявления об осуществлении кадастрового учета (в том числе при наличии надлежащим образом подтвержденных полномочий в случаях, установленных ст. 20 Закона о кадастре), а также по представлению интересов заказчика в органе, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество. Однако указанные действия не входят в предмет договора подряда на ВКР, и могут выполняться в рамках других гражданско-правовых договоров, например, возмездного оказания услуг. Подобные выводы содержатся и в материалах судебной практики¹.

Вместе с тем, относительно обязанности по сбору и представлению документов, необходимых для выполнения кадастровых работ, полагаем, что в случае, если по соглашению сторон такая обязанность возложена на подрядчика и включена в договор подряда на ВКР, то в таком случае говорить о самостоятельном характере выполнения указанных действий в рамках какого-либо иного договора, нежели исследуемый, и, соответственно, о возможности подрядчика в таком случае требовать от заказчика дополнительной оплаты, помимо установленной в договоре, — нельзя. Закон о кадастре не распределяет между сторонами договора обязанность по сбору необходимых для выполнения кадастровых работ документов, однако, полагаем, что если иное не установлено договором подряда, эта обязанность лежит на заказчике в соответствии со ст. 718 и ст. 719 ГК РФ.

Еще одно немаловажное значение при определении предмета договора подряда на ВКР имеет правильное понимание результата выполнения кадастровых работ. Таковым является документ, содержащий определенные сведения об объекте недвижимости, собранные (полученные) подрядчиком в ходе выполнения кадастровых работ, переработанные, систематизированные и зафиксированные им на определенном материальном носителе в графической и текстовой форме в установленном законом порядке.

В соответствии с Законом о кадастре результатом выполненных кадастровых работ является документ, содержащий сведения, необходимые для представления в орган кадастрового учета заявления об осуществлении такого учета в отношении объекта недвижимости. По результатам рассмотрения такого заявления орган кадастрового учета принимает решение об осуществлении кадастрового учета, о приостановлении кадастрового учета либо об отказе в его осуществлении (ст.ст. 23, 26, 27 Закона о кадастре). Однако результатом кадастровых работ ни в коем случае не может являться решение органа кадастрового учета, поскольку даже надлежащее исполнение подрядчиком своих обязанностей по договору не гарантирует принятия органом кадастрового учета положительного решения об осуществлении кадастрового учета. Например, в случае, если одна из границ земельного участка, о кадастровом учете которого представлено заявление, пересекает одну из границ другого земельного участка, сведения о котором содержатся в государственном кадастре недвижимости, осуществление кадастрового учета может быть приостановлено на основании п. 2 ч. 2 ст. 26 Закона о кадастре. В силу п. 9 ч. 3 и п. 2 ч. 5 ст. 27 Закона о кадастре, наличие мотивированных возражений заинтересованного лица на стадии согласования границ, даже при наличии межевого плана, содержащего достоверные, по мнению заказчика сведения, и отвечающего всем требованиям к содержанию и форме документа, заведомо предвещает отрицательное решение органа кадастрового учета.

Поэтому само по себе решение органа кадастрового учета о приостановлении или об отказе в осуществлении кадастрового учета не может служить единственным и достаточным доказательством ненадлежащего исполнения обязательств подрядчиком. Соответственно, решение вопроса о качестве выполненной работы и требование подрядчика о выплате вознаграждения не могут быть поставлены в зависимость от решения органа кадастрового учета, которое будет принято в будущем или вообще не будет принято (например, в случае отрицательного для заказчика разрешения судом спора о границах земельного участка).

Таким образом, действующее законодательство не обуславливает надлежащее исполнение обязательства подрядчиком получением положительного решения органа кадастрового учета. Поэтому не может являться результатом выполненных кадастровых работ решение органа кадастрового учета об осуществлении учета или кадастровый паспорт и иной документ (ст. 23 Закона о кадастре), выданный органом кадастрового учета в результате осуществления кадастрового учета на основании документов, изготовленных в результате выполнения кадастровых работ (ст. 37 Закона о кадастре) и представленных вместе с соответствующим заявлением уполномоченным на то лицом (ст. 20 Закона о ка-

¹ Постановление ФАС Уральского округа от 15.07.2009г. №Ф0 9-4845/09-С1 по делу №А6 0-4395/2009-С9 // СПС «Консультант Плюс».

дастре), несмотря на то обстоятельство, что при проведении кадастровых работ заказчик интересуется не только и не столько получением документа, необходимого для подачи заявления об осуществлении кадастрового учета, но и, главным образом, достижение заказчиком реальной цели и положительного эффекта от использования полученного результата, каковыми являются осуществление кадастрового учета объекта недвижимости.

Следует отметить, что перечень документов, которые могут выступать в качестве результата выполненных кадастровых работ, является закрытым. Это означает, что результатом кадастровых работ не может быть какой-либо иной документ, кроме указанных в законе. Соответственно, любая деятельность, не имеющая своим результатом предусмотренный статьей 37 Закона о кадастре документ, — кадастровой деятельностью не является и не регулируется нормами закона о договоре подряда на выполнение кадастровых работ.

Данное обстоятельство имеет важное значение, в частности, для целей разграничения кадастровых работ с иными видами работ, связанных с определением местоположения границ частей и координат точек земной поверхности. Речь идет о геодезической и землеустроительной деятельности, регулируемых соответственно ФЗ от 26.12.1995 г. №209-ФЗ «О геодезии и картографии» (далее — Закон о геодезии и картографии») и ФЗ от 18.06.2001 г. №78-ФЗ «О землеустройстве» (далее — Закон о землеустройстве)¹.

Закон о кадастре, закрепляя геодезическую и картографическую основы государственного кадастра недвижимости (ст. 6, ст. 12 Закона о кадастре), не содержит ответа на вопрос о соотношении указанных видов деятельности с деятельностью кадастровой.

Согласно Закону о геодезии и картографии, деятельность, связанная с определением координат точек земной поверхности, относится к геодезической деятельности (ст. 1). При этом проведение кадастровых работ в случаях, установленных законом, предполагает определение координат характерных точек границ земельных участков, зданий, сооружений и объектов незавершенного строительства (ст. 38, 41 Закона о кадастре).

Закон о кадастре регламентирует также состав сведений ГКН о прохождении Государственной границы РФ, о границах между субъектами РФ, границах муниципальных образований, населенных пунктов, о границах территориальных зон, зон с особыми условиями использования территорий (ст. 8–10 Закона о кадастре).

Согласно ст. 15 и ст. 16 ФЗ «О землеустройстве» землеустройство включает в том числе описание местоположения и установление на местности границ объектов землеустройства. Согласно ст. 20 Закона о землеустройстве карта (план) объекта землеустройства является документом, отображающим в графической и текстовой формах местоположение, размер, границы объекта землеустройства и иные его характеристики. Карта (план) объекта землеустройства составляется с использованием в том числе сведений государственного кадастра недвижимости, а также по данным измерений, полученных на местности. В соответствии с п. 3 Постановления Правительства РФ от 30.07.2009 г. №621 «Об утверждении формы карты (плана) объекта землеустройства и требований к ее составлению»² карта (план) объекта землеустройства составляется лицом, обладающим в соответствии с пунктом 6 статьи 69 Земельного кодекса РФ правом выполнения работ по землеустройству, в том числе кадастровым инженером.

Изучение материалов судебной практики показывает, что зачастую суды при разрешении конкретных споров не учитывают особенности договорных отношений в сфере кадастровой деятельности и их отличия от иных сходных правоотношений, складывающихся в таких сферах как «землеустройство» и «геодезия»³.

¹ СПС «Консультант Плюс».

² СПС «Консультант Плюс».

³ Так, например, в Постановлении от 21 октября 2009 г. №Ф10-0-4446/09 по делу №А5-4-5566/2008, ФАС Центрального округа оставил без изменения решение арбитражного суда и постановление апелляционного суда, ссылаясь на нормы §1 главы 37 ГК РФ «Общие положения о подряде», ст. 68 Земельного кодекса РФ (в редакции Федерального закона от 13.05.2008 №66-ФЗ), а также ФЗ от 18.06.2001 г. №78-ФЗ «О землеустройстве» (в редакции от 23.07.2008 г.) в отношении договора на проведение территориального землеустройства, заключенного в отношении земельного участка 13.08.2008 г., т. е. после вступления в силу ФЗ от 13.05.2008 №66-ФЗ, а значит — исключения земельных участков из числа объектов землеустройства, а также после вступления в силу Закона о кадастре (с 01.03.2008 г.)// СПС «Консультант Плюс».

Возникает вопрос: как соотносятся указанные виды деятельности? И каких критериев следует придерживаться при разграничении указанных видов работ?

Одним из критериев, с помощью которого можно однозначно разграничить указанные виды деятельности, являются объекты, в отношении которых выполняются работы.

Основным отличительным признаком кадастровой деятельности является выполнение работ только в отношении объектов недвижимости, причем только тех, которые указаны в Законе о кадастре. Согласно ч. 5 ст. 1 Закона такими объектами недвижимости могут быть земельные участки, здания, сооружения, помещения и объекты незавершенного строительства. При этом частью 7 ст. 1 Закона установлено одно ограничение: положения закона применяются в отношении подземных сооружений, если иное не предусмотрено федеральным законом. Кадастровая деятельность в отношении участков недр, воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания и космических объектов, предприятий как имущественных комплексов, не осуществляется.

Согласно ст. 1 Закона о землеустройстве объектами землеустройства являются территории субъектов Российской Федерации, территории муниципальных образований, территории населенных пунктов, территориальные зоны, зоны с особыми условиями использования территорий, а также части указанных территорий и зон.

Согласно же ч. 2 ст. 4 Закона о геодезии и картографии объектами правовых отношений в области геодезической и картографической деятельности являются территория Российской Федерации, материк земного шара, Мировой океан, в том числе острова, и космическое пространство, в том числе естественные небесные тела.

Таким образом, при регулировании вопросов и разрешении споров, связанных с проведением кадастровых работ, важно учитывать не только их взаимосвязь, но и различия с другими видами работ, осуществляемых, в частности, в рамках землеустройства, а также в рамках геодезической и картографической деятельности. Подобный вывод нашел отражение и в судебной практике¹.

СУЩЕСТВЕННЫЙ НЕДОСТАТОК И ЕГО ВЛИЯНИЕ НА ПРАВА ПОТРЕБИТЕЛЕЙ ТЕХНИЧЕСКИ СЛОЖНЫХ ТОВАРОВ

ГИЛЬФАНОВА Дина Маратовна,

аспирант кафедры гражданского и предпринимательского права
Казанского (Приволжского) федерального университета

Применительно к договорам купли-продажи технически сложных товаров отдельного внимания заслуживает вопрос о существенном недостатке товара. Согласно преамбуле Закона о защите прав потребителей существенным недостатком товара (работы, услуги) является неустранимый недостаток, или недостаток, который не может быть устранен без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляется неоднократно, или проявляется вновь после его устранения, или другие подобные недостатки. Понятие существенного недостатка публикуется в Гражданском кодексе РФ (далее ГК РФ)². Пункт 5 ст. 503 ГК РФ предусматривает, что в отношении технически сложного товара покупатель вправе потребовать его замены или отказаться от исполнения договора розничной купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы в случае существенного нарушения требований к его качеству (п. 2 ст. 475).

Таким образом, законодатель подробно воспроизводит признаки существенного недостатка товара. Прежде всего, к таковым относится неустранимость недостатка товара (работы, услуги). В литературе справедливо отмечается, что указанный признак является достаточно абстрактным и редко используется при доказывании существенности недостатка³. Это связано с тем, что, например, в отно-

¹ Постановление Президиума Липецкого областного суда от 9 ноября 2010 г. №44Г-29/2010// СПС «Консультант Плюс».

² СЗ РФ 1994. №32. Ст. 3301.

³ Борисов И. А. Существенные недостатки в автомобиле: особенности законодательства и судебной практики о защите прав потребителей // Право и экономика. 2008. №12. Декабрь. СПС «Гарант».

шении автомобилем практически не существует таких недостатков, которые могут являться неустраняемыми с технической точки зрения, так как практически любой недостаток можно устранить. Вопрос — в средствах и методах его устранения, а также в сроках и финансовых затратах, необходимых для устранения недостатка.

Понятие несоразмерности расходов также является в значительной степени абстрактным, так как ни в одном нормативном правовом акте мы не найдем так называемую точку отсечения, свыше какой суммы или свыше какой величины процента от стоимости автомобиля расходы становятся несоразмерными. Единственным исключением может являться документ, хотя и не являющийся нормативным актом, но применяющийся экспертами-техниками в отдельных случаях, а именно Методическое руководство для экспертов «Определение стоимости, затрат на восстановление и утрату товарной стоимости АМТС», утв. Минюстом России 15 декабря 2000 г.

Несоразмерность затрат времени на устранение недостатка является абсолютно субъективным понятием. Определение несоразмерности полностью отдано законодателем на усмотрение суда. Говоря о несоразмерных затратах времени на устранение недостатка, важно исходить из временных показателей, установленных заводом-изготовителем в регламенте для выполнения работ по ремонту и техническому обслуживанию автомобилем соответствующей марки и модели¹. Так, И.А. Борисов справедливо полагает, что именно эти показатели должен использовать суд при установлении соразмерности затрат времени на устранение недостатка². Здесь возникает вопрос о наличии запасных частей, необходимых для устранения недостатка. Полагаем, что существует необходимость законодательного уточнения данного понятия с учетом фактической процедуры устранения недостатка и установления, к примеру, отдельного срока для заказа и поставки запасных частей.

Немаловажное значение имеет также характер недостатка, а именно его влияние на возможность эксплуатации автомобиля. Так, если характер недостатка автомобиля не препятствует его нормальной эксплуатации (например, дефект лакокрасочного покрытия и др.), потребитель не лишается возможности использовать свой автомобиль по прямому назначению, следовательно, несоразмерные затраты времени на устранение недостатка, даже в случае их наличия, не ущемляют права потребителя³.

Однако судами Республики Татарстан указанное обстоятельство не всегда принимается во внимание. Так, О.Л. Семенов обратился в Бугульминский городской суд РТ с иском к ООО «Автосалон «Автоград» о замене автомобиля, взыскании неустойки и компенсации морального вреда. В обоснование иска указал, что в период гарантийного срока перестал функционировать кондиционер автомобиля, приобретенного им 15 июня 2009 года у ответчика. 7 мая 2010 года им была подана в сервисный центр заявка на устранение неисправности. Неисправность кондиционера была признана гарантийным случаем, однако в течение установленного 45-дневного срока не была устранена по причине отсутствия у продавца необходимой детали стоимостью 1249 рублей 92 коп. По истечении 45-дневного срока для устранения недостатка истец обратился к ответчику с заявлением о замене автомобиля на аналогичный автомобиль. Поскольку его требование оставлено без ответа, истец просил обязать ответчика заменить автомобиль «Seat Altea Freetrack» на аналогичный автомобиль, затем увеличил требования и просил также взыскать неустойку за просрочку исполнения требования о замене товара в размере, компенсировать моральный вред взысканием и возместить судебные расходы. Решением Бугульминского суда РТ от 17 декабря 2010 года на ООО «Автосалон «Автоград» возложена обязанность произвести замену автомобиля, взыскана в пользу истца неустойка (87912 руб), 5000 руб. в счет компенсации морального вреда, 4500 руб. в возмещение расходов по оплате услуг представителя, 3237 руб 36 коп. государственной пошлины, а также штраф в федеральный бюджет 46456 руб. При этом суд первой инстанции указал, что требование истца о замене автомобиля при наличии несущественного недостатка подлежат удовлетворению, так как в течение длительного времени выявленный недостаток не исправлен, чем нарушены права истца как потребителя. Кассационная инстанция свои определением от 31 января 2011 года решение суда отменила и вынесла новое решение об отказе в иске. В обоснование вынесенного решения указано, что после выявления недостатка, который не мог быть устранен вследствие отсутствия необходимой детали на складе, истец забрал автомобиль и продолжал им пользоваться по прямому назначению, и вынесла указанный недостаток не повлиял на возможность эксплуатации автомобиля. Соответствующая деталь поступила с опозданием по вине импортера автомобиля.

¹ Там же.

² Там же.

³ Там же.

Таким образом, установлено, что недостаток, возникший у автомобиля истца, не мог быть признан существенным. Стоимостью детали, подлежащей замене, составляет 1249 руб. 92 коп. Работа по устранению этого недостатка занимает короткое время. На эксплуатационные качества автомобиля недостаток не повлиял, истец продолжал им пользоваться, то есть автомобиль не находился у ответчика более 45 дней. Указанные обстоятельства судом первой инстанции не приняты во внимание, вследствие чего постановлено решение, нарушающее баланс интересов сторон¹.

Неоднократность возникновения недостатка, а также выявление недостатка вновь после его устранения являются ключевыми базовыми признаками для квалификации недостатка как существенного. По мнению И.А. Борисова, оба эти признака означают одно и то же — выявление недостатка той же детали, которая ранее подвергалась ремонту или замене, во второй раз, в связи с чем не вполне понятен смысл их разделения². Если недостаток одной и той же детали автомобиля устранялся и возник вновь после его устранения, то есть все основания говорить о существенном недостатке. При этом формально достаточно будет уже второго случая проявления недостатка, и нет необходимости дожидаться последующих прецедентов. Однако вместе с тем автор обращает внимание на два важных аспекта.

Во-первых, сам факт неоднократности возникновения одного и того же недостатка не должен автоматически означать его существенность и являться основанием для предъявления потребителем соответствующих требований. К каждому случаю необходим индивидуальный подход. Даже если недостаток, возникший впервые, был признан производственным, то было бы неправильно и повторный недостаток автоматически признавать таковым и полностью исключать, что он мог быть вызван ненадлежащей эксплуатацией автомобиля потребителем или иными причинами, не связанными с производственными.

Во-вторых, нередко сами потребители, не разбираясь в сущности вопроса, неправильно оценивают суть понятия «неоднократность». Примером тому является дефект лакокрасочного покрытия (ЛКП) отдельных деталей кузова автомобиля. Представим, что под воздействием окружающей среды и иных факторов на отдельных деталях кузова постепенно начинают проявляться дефекты. Потребитель, обнаружив дефект, например, на капоте, а затем через некоторое время на каждом из крыльев, спешит заявить о неоднократности возникновения недостатка и требует заменить ему автомобиль на новый или вернуть уплаченную за него сумму по причине наличия существенного недостатка. Однако данная позиция не имеет под собой законного основания: говоря о неоднократности возникновения недостатка, законодатель закладывал совершенно другой смысл. О неоднократности можно вести речь только в случае выявления недостатка на той же детали вновь после его устранения³.

Закон о защите прав потребителей (далее Закон) содержит неоднозначность при закреплении понятия «существенный недостаток», которая проявляется в фразе «и другие подобные недостатки»⁴. В связи с этим считаем справедливым замечание И. А. Борисова о том, что перечень квалифицирующих признаков существенного недостатка товара должен быть закрытым, не допускающим расширительного толкования⁵.

В справке Верховного суда РТ, составленной по результатам обобщения судебной практики по применению норм Закона о защите прав потребителей, отмечается, что, как правило, судами Республики Татарстан к существенным недостаткам отнесены такие недостатки, которые отвечают критериям, предусмотренным в Законе о защите прав потребителей. Применительно к технически сложным товарам, таким как автомобиль, — это поломка или преждевременный износ двигателя с необходимостью его замены, дефекты производственного характера механических и автоматических коробок передач, наличие очагов коррозии с отслоением лакокрасочного покрытия на значительных площадях поверхности, выявленные нарушения геометрии кузова автомобиля производственного характера, а также иные дефекты производственного характера, которые выявлены неоднократно и вновь после их устранения⁶.

Так, например, Р.С. Гафуров обратился в Набережночелнинский городской суд РТ с иском к ООО «Ирито-Инвест» о взыскании стоимости некачественного товара — автомашины FAW 1020 VI NLFWA в сумме 242 000 рублей, а также неустойки, сопутствующих расходов, компенсации морального вреда.

¹ Архив Бугульминского городского суда.

² Борисов И. А. Указ. соч.

³ Там же.

⁴ СЗ РФ. 1996. №3. Ст. 140.

⁵ Борисов И. А. Указ. соч.

⁶ Справка Верховного суда РТ по результатам обобщения судебной практики по применению норм Закона о защите прав потребителей // Архив Верховного суда РТ. С. 16.

Р.С. Гафуров в иске указал, что автомобиль оказался некачественным и 5 июня 2009 года находится в сервисном центре, гарантийный ремонт не производится. Решением суда от 24 декабря 2009 года иск удовлетворен частично: с ответчика в пользу истца взыскана стоимость товара 242 000 рублей, а также неустойка, судебные расходы, и сумма в счет компенсации морального вреда, а также штраф в бюджет муниципального образования и государственная пошлина. Судом установлено, что двигатель автомашины вышел из строя, необходимость замены двигателя в сборе является существенным недостатком, выявленные недостатки являются производственными. С 5 июля 2009 года автомобиль находится в сервисном центре, гарантийный ремонт не произведен, в том числе и на момент вынесения решения¹.

В то же время в некоторых случаях суды не признают недостатки существенными, хотя они обладают признаками таковых. Например, Ново-Савиновский районный суд г. Казани по гражданскому делу №2–2668/2009 г. постановил 20 августа 2009 года решение об отказе в удовлетворении требований иска С.А. Шепелева к ООО «Преимум Авто» о расторжении договора купли-продажи автомобиля, взыскании уплаченной суммы, неустойки и компенсации морального вреда, не признав выявленные в автомобиле недостатки существенными, хотя установлено, что по всей наружной поверхности арки заднего левого крыла окраска имеет включение белого цвета, на двери багажника на наружной поверхности появились два пятна в форме неровной округлости в виде вздувшихся пузырьков, после чего на их месте появилась ржавчина, в некоторых местах вздулась краска. Совершенно очевидно, что для исправления указанных недостатков требуется произвести значительную работу по выравниванию дефектных частей поверхности кузова в нескольких местах, подготовить ее для покраски, подобрать цвет, нанести краску, причем не в точечном порядке, а все детали в целом (крыло, багажник) просушить для чего требуется значительное время².

К обычным недостаткам суды, в основном, относят легкоустраняемые дефекты, для чего не требуются значительных затрат времени, например, неполная комплектность поставленного товара, перекося дверей в мебельной гарнитуре или холодильнике, не закрепленные ручки на окнах, незначительные царапины и сколы, разрушения лакокрасочного покрытия вследствие механического воздействия³.

В то же время некоторые недостатки, имеющие такие же свойства, признаются существенными, что нельзя признать обоснованным. Например, неисправность замка багажника автомобиля, неработающий смыватель ветрового стекла автомобиля и неисправность датчика уровня топлива. Устранение подобных недостатков не требует значительного времени, а также материальных средств⁴.

Определение существенности либо несущественности недостатка является принципиальным по делам о защите прав потребителей. Без дачи оценки этому обстоятельству, любое решение может быть признано необоснованным, поскольку именно разрешение этого вопроса, в конечном счете влияет на принимаемое судом решение⁵.

Что касается такого основания как невозможность использования товара в течение каждого года гарантийного срока в совокупности более чем тридцать дней вследствие неоднократного устранения его различных недостатков, то полагаем, что по своей сути данное основание в значительной степени совпадает с таким основанием как существенный недостаток и является его разновидностью. Соответственно, полагаем целесообразным сокращение в Законе о защите прав потребителей с трех до двух оснований для предъявления требований потребителем технически сложного товара, установленных в п. 1 ст. 18 Закона⁶.

По мнению Е.В. Вавилина для пресечения недобросовестных действий со стороны предпринимателей при заключении договоров с потребителями представляется необходимым внести в Закон о защите прав потребителей норму, обязывающую исполнителей (продавцов) проявлять добросовестность и не допускать недобросовестные условия при составлении гражданско-правовых контрактов, а также не использовать недобросовестные формы предоставления информации потребителю⁷.

¹ Архив Набережночелнинского городского суда.

² Справка Верховного суда РТ по результатам обобщения судебной практики по применению норм Закона о защите прав потребителей // Архив Верховного суда РТ. С. 18.

³ Там же.

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ СЗ РФ. 1996. №3. Ст. 140.

⁷ Вавилин Е. В. Осуществление и защита прав потребителей: принцип добросовестности // СПС «Гарант».

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОГО ПЕРЕВОЗЧИКА ЗА НЕВЫПОЛНЕНИЕ ПРИНЯТОЙ ЗАЯВКИ

ДЖИОЕВА Елена Георгиевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Согласно определению договора перевозки груза, данному ст. 785 ГК РФ, перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз. Заключение договора предшествуют отношения, связанные с «вверением» — предъявлением груза для перевозки и его принятием перевозчиком. Такие отношения возникают из договоров об организации перевозки и (или) на основании поданной грузоотправителем и принятой перевозчиком заявки.

Согласно ст. 11 Устава железнодорожного транспорта РФ¹ (далее — УЖТ РФ) для осуществления перевозки грузов железнодорожным транспортом грузоотправитель, в обусловленные статьей сороки, предоставляет перевозчику надлежащим образом оформленную и в необходимом количестве экземпляров заявку. После согласования заявки с владельцем инфраструктуры, перевозчик, при наличии у обоих возможности осуществления перевозки, возвращает согласованную заявку грузоотправителю.

Согласно принятой заявке перевозчик обязан подать под погрузку в соответствующие сроки исправные транспортные средства в состоянии, пригодном для перевозки соответствующего груза, а грузоотправитель — предъявить груз к перевозке в соответствующие сроки с соблюдением установленных законом и (или) соглашением сторон требований. За невыполнение принятой заявки стороны несут ответственность, предусмотренную в общем виде ст. 794 ГК РФ и конкретизированную ст. 94 УЖТ РФ.

Основанием для возникновения ответственности перевозчика за невыполнение принятой заявки, в соответствии со ст. 94 УЖТ РФ, является неподача грузоотправителю под погрузку вагонов, контейнеров в установленное время или подача под погрузку вагонов, контейнеров, непригодных для перевозок грузов.

Ответственность за указанные нарушения установлена в виде штрафа, уплачиваемого в следующих размерах:

- в отношении грузов, перевозка которых установлена в вагонах и тоннах, 0,1 размера минимального размера оплаты труда (далее по тексту — МРОТ) за каждую непогруженную тонну груза;
- в отношении грузов, перевозка которых установлена в контейнерах, 0,5 размера МРОТ за каждый контейнер массой брутто до 5 тонн включительно, 1 МРОТ за каждый контейнер массой брутто от 5 до 10 тонн включительно, двукратного МРОТ за каждый контейнер массой брутто свыше 10 тонн;
- за неподачу рефрижераторных вагонов, транспортеров 0,2 размера МРОТ за каждую непогруженную тонну груза.

При применении к перевозчику ответственности за неподачу под погрузку вагонов и контейнеров в установленное время, существенное значение приобретает определение момента, с которого перевозчик будет считаться нарушившим соответствующую обязанность. Неподачей вагонов и контейнеров к погрузке необходимо считать их отсутствие на месте погрузки в ноль часов суток, следующих за днем, указанным в заявке в строке «Подача вагонов, контейнеров» или в графе «Дата». Если же сроки погрузки установлены графиком, то неподача вагонов и контейнеров должна определяться на ноль часов суток, следующих за каждыми сутками, установленными таким графиком.

Вторым случаем неисполнения перевозчиком принятой заявки ст. 94 УЖТ РФ называет подачу под погрузку вагонов, контейнеров, непригодных для перевозок грузов.

В соответствии со ст. 791 ГК РФ перевозчик обязан подать под погрузку исправные транспортные средства в состоянии, пригодном для перевозки соответствующего груза. УЖТ РФ различает техническую и коммерческую пригодность вагонов и контейнеров. В соответствии с п. 2 ст. 20 УЖТ РФ перевозчик обязан подать под погрузку исправные, внутри и снаружи очищенные от остатков ранее перевозимых грузов, в необходимых случаях промытые и продезинфицированные, годные для перевозки конкретных грузов вагоны и контейнеры, со снятыми приспособлениями для крепления, за исключением несъемных приспособлений для крепления. Такая пригодность является технической. Пригодность в коммерческом отношении определяется как пригодное для перевозки конкретного

¹ Федеральный закон от 10.01.2003 г. №18-ФЗ (ред. от 19.07.2011 г.) // Собрание законодательства РФ. 13.01.2003. №2. Ст. 170.

груза состоянии грузовых отсеков вагонов, контейнеров, отсутствие внутри вагонов, контейнеров постороннего запаха, других неблагоприятных факторов, за исключением последствий атмосферных осадков в открытых вагонах, а также особенности внутренних конструкций кузовов вагонов, контейнеров, влияющие на состояние груза при погрузке, выгрузке и перевозке (п. 5 ст. 20 УЖТ РФ).

Грузоотправителю предоставлено право отказаться от вагонов и контейнеров, непригодных для перевозки конкретного груза. Неиспользование данного права может повлечь для грузоотправителя достаточно серьезные последствия. В соответствии с п. п. 14, 15 Постановления Пленума Высшего Арбитражного суда РФ (далее — ВАС РФ) №30 «О некоторых вопросах практики применения федерального закона «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации»¹ невыполнение грузоотправителем обязанности по проверке технической исправности котлов, арматуры и универсальных сливных приборов цистерн, а также принятие вагонов и контейнеров, непригодных в коммерческом отношении для перевозки конкретного груза влекут за собой освобождение перевозчика от ответственности за несохранность груза.

УЖТ РФ содержит исчерпывающий перечень оснований, освобождающих перевозчика от уплаты штрафа за невыполнение принятой заявки. В соответствии со ст. 117 Устава к числу таких оснований, если они явились причиной неисполнения заявки относятся:

- обстоятельства непреодолимой силы, военные действия;
- прекращение или ограничения погрузки грузов в случаях, предусмотренных ст. 29 УЖТ РФ;
- неподачи перевозчиком вагонов, контейнеров по причине невнесения грузоотправителем платы за перевозку грузов и иных причитающихся перевозчику платежей за осуществленные перевозки грузов, за исключением случаев, предусмотренных в части первой ст. 29 Устава;
- неподачи под погрузку не принадлежащих перевозчику вагонов, контейнеров по причинам, зависящим от грузоотправителя или от организаций, с которыми последний связан договором, регламентирующим обеспечение такими вагонами, контейнерами.

В случае задержки грузоотправителем вагонов, контейнеров в связи с погрузкой, выгрузкой грузов, очисткой и промывкой вагонов, контейнеров перевозчик освобождается от уплаты штрафа за неподачу такому грузоотправителю того количества вагонов, контейнеров, которое задержано и не может быть подано для погрузки грузов по указанной причине.

Статья 94 УЖТ РФ установлено, что перевозчик освобождается от ответственности за неподачу вагонов, если неподача вагонов, контейнеров была допущена по вине грузоотправителя. Несколько нелогичным представляется расположение данной нормы — статья 94, а не 117 УЖТ РФ. Ведь данная норма явно относится к числу оснований, освобождающих перевозчика от ответственности за невыполнение принятой заявки. Более того, в литературе было высказано мнение, согласно которому данное положение ст. 94 УЖТ РФ является противоречащим ГК РФ и, соответственно, не подлежащим применению². Такой вывод основан на том, что ответственность перевозчика за неподачу транспортных средств и отправителя за непредъявление груза или неиспользование поданных транспортных средств строится на иных, нежели принцип вины, основаниях — ответственность наступает за сам факт нарушения обязательства, а основаниями, освобождающими от ответственности, служат определенные обстоятельства, прямо названные в качестве таковых в законе. Причины появления соответствующих обстоятельств (скажем, виновные или невиновные действия нарушителя) не имеют никакого правового значения³. С таким выводом в целом можно согласиться. Что касается перечня обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности, его следует пересмотреть.

Гражданский кодекс РФ предусматривает отработанный механизм воздействия на неисправную сторону, в частности возможность удержания исполнения встречной обязанности в отношении контрагента, а также возможность применения норм о вине кредитора. Указание на освобождение перевозчика от ответственности в связи с неисполнением своих обязанностей грузоотправителем противоречит как общим положениям гражданско-правовой ответственности, так и ее сущности.

Представляется, что если будут иметь место «виновные» действия грузоотправителя, препятствующие осуществлению перевозчиком своих обязанностей, вытекающих из принятой заявки, к таким отношениям подлжит применению положения ст. 404 ГК РФ о вине кредитора. В противном случае следует говорить не об освобождении перевозчика от ответственности, а об отсутствии условий привлечения его к ответственности.

¹ Вестник ВАС РФ. 2006 г. №1.

² Витрянский В. В. Договор перевозки. М. 2001. С. 384.

³ Там же. С. 383.

Штраф, установленный за невыполнение принятой заявки, является исключительной неустойкой. Такой вывод, впрочем, не является однозначным. Еще применительно к ст.ст. 159, 162 Устава железных дорог СССР 1964 г. высказывались следующие взгляды. По мнению С.С. Алексеева, санкции, установленные за невыполнение плана перевозок (на сегодняшний день — невыполнение принятой перевозчиком заявки) относятся к числу законных и исключительных, имеющих преимущественно штрафную функцию¹. Свое мнение автор обосновывает тем, что штраф, установленный за невыполнение плана железнодорожной перевозки, является единственной формой имущественного воздействия, применяемого к нарушителю плана, имеющей ярко выраженную штрафную, карательную функцию². К числу сторонников высказанного взгляда следует отнести и ряд других авторов³. Такого же мнения придерживается и судебная практика⁴. Тем не менее такой вывод не является абсолютно однозначным.

В соответствии со п. 1 ст. 394 ГК РФ если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства предусмотрена неустойка, то убытки взыскиваются в части, не покрытой неустойкой. Иное соотношение убытков и неустойки может быть установлено законом или договором. Ни ГК РФ, ни УЖТ РФ не содержит правил, однозначно указывающих на то, что убытки, возникшие в случае нарушения обязательства, возникшего из принятой перевозчиком заявки, не подлежат возмещению. Однако статьей 794 ГК РФ предусмотрено, что перевозчик за неподачу транспортных средств для перевозки груза в соответствии с принятой заявкой (заказом) или иным договором, а отправитель за непредъявление груза либо неиспользование поданных транспортных средств по иным причинам несут ответственность, установленную транспортными уставами и кодексами, а также соглашением сторон. Статьей 94 УЖТ РФ, соответственно, такая ответственность предусмотрена в виде штрафа. Возможность взыскания убытков за данное нарушение указанная статья не предусматривает, что и дает основание считать установленный ст. 94 УЖТ РФ штраф исключительной неустойкой.

Другой вопрос заключается в том, насколько обоснованным является установление исключительной неустойки в качестве меры ответственности за нарушение обязательства, возникающего из принятой перевозчиком заявки. Установленное по общему правилу соотношение неустойки и убытков призвано обеспечивать принцип полной гражданско-правовой ответственности, как наиболее соответствующий ее компенсационному характеру. Исключения из общего правила должны быть обоснованы и целесообразны. В тех случаях, когда меры гражданско-правовой ответственности устанавливаются соглашением сторон — это не нарушает другой принцип гражданского права — принцип диспозитивности, а также принцип свободы договора. В ситуации, когда отступления от общего правила устанавливаются нормативно, необходимо иметь достаточно веские к тому основания.

В литературе неоднократно высказывалось мнение о необходимости изменения формы и объема ответственности за невыполнение принятой заявки⁵. Так, В.В. Шмелев указывал на то, что при размере штрафа в 0,1 МРОТ за каждую тонну груза, штраф за неподачу вагонов, «при средней маршрутной отpravке в 3000 тонн составит около 900 долларов США. Стоимость же перевозки в среднем составляет 60 000 долларов США — это деньги, которые в случае неподачи вагонов могут «зависнуть» на счете МПС

¹ Алексеев С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки грузов. М.: Госюриздат, 1959. С. 138–139.

² Там же. С. 140–141.

³ Хаскельберг Б. Л. Ответственность за нарушения плана и договора железнодорожной перевозки грузов. Томск: Изд-во Томского университета, 1981. С. 44; Егизаров В. А. Транспортное право: учебник. М.: Юстицинформ, 2008. С. 234.; Гражданское право: В 4 т. Т. 4: Обязательное право: Учебник / Под ред. Е. А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 487.

⁴ Определение ВАС РФ от 27.02.2008 №1797/08 по делу №А7 6–3390/2007–6-284//Консультант плюс; Постановление ФАС Уральского округа от 25.12.2007 №Ф0 9–10569/07-С5 по делу №А7 6–3390/2007 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См., например: Александров-Дольник М. К. Необходимые изменения в Уставе железных дорог СССР // Советское государство и право. 1960. №9. С. 114; Хаскельберг Б. Л. О совершенствовании законодательства, определяющего ответственность за нарушение обязательств перевозки грузов// Конституция СССР и вопросы развития правового регулирования социалистических общественных отношений. Иркутск. 1980. С. 80.

минимум на месяц»¹. Далее, указывая на монопольное положение МПС (которое до сих пор сохраняется применительно к ОАО «РЖД»), автор говорит, что при таком положении вещей компания — поставщик, или грузоотправитель — попадают в одну из следующих ситуаций: предварительно оплатив стоимость груза заводу, они несут перед ним ответственность за невывоз груза; при поставках через порты согласовываются сроки подачи груза под перевалку, предоплачивается ее стоимость, составляется график подхода судов; нарушение этих обязательств также предполагает уплату штрафов и демереджа; при невозможности определить точную дату поступления груза в порт и, соответственно, невозможности зафиксировать дату подхода судна для перевалки по прямому варианту (вагон—судно) дорога, где находится порт, обязывает грузоотправителя заключить с ней договор на хранение груза на колесах с оплатой хранения за каждую тонну груза и т.д. Такие ситуации зачастую оборачиваются для грузоотправителей не только неоправданно большими материальными затратами, но и потерей деловой репутации².

Уплата установленного статьей 94 УЖТ РФ штрафа не освобождает перевозчика от исполнения его обязанности по подаче вагонов, контейнеров под погрузку, а установленный за неисполнение или ненадлежащее исполнение этой обязанности штраф, в первую очередь, должен быть направлен на стимулирование надлежащего исполнения. Такой стимулирующей исполнением мерой традиционно является неустойка в форме пени, то есть неустойка, взыскиваемая периодически за каждый определенный промежуток времени. При этом, учитывая, что стоимость груза может существенно отличаться в зависимости от его вида, такую пеню следует установить в процентном отношении за каждую непогруженную единицу груза (тонну) — для груза, перевозимого в вагонах, и за контейнер для контейнерного груза.

Учитывая, что такая неустойка в большей степени является мерой стимулирующей, чем правостановительной, на нее следует распространить общее правило о возможности взыскания убытков в части, не покрытой неустойкой.

Такой подход всегда встречал сопротивление в литературе, которое, надо отметить, зачастую оказывалось авторами, так или иначе связанными железными дорогами. Так, например, начальником юридического отдела МПС В. Васильевым указывалось: «Предложение о полном возмещении всех убытков при невыполнении железной дорогой плана перевозок, неприемлемо. В таких случаях и дорога должна предъявлять претензии в полном объеме к предприятиям, нарушившим условия договора перевозки. А как подсчитать полностью убытки, которые несет в этих случаях дорога?»³

Ссылка на невозможность подсчета убытков железной дорогой является некоторым преувеличением. Кроме того, на сегодняшний день, налицо явное несоответствие объема ответственности, применяемой за аналогичное нарушение к грузоотправителю.

Таким образом, в целях соблюдения основополагающих принципов гражданско-правовой ответственности, учитывая ее компенсационный характер ответственность железнодорожного перевозчика должна быть выстроена на основе положений ст. 393 и п. 1 ст. 401 ГК РФ, что будет только способствовать повышению эффективности работы железнодорожного транспорта, установлению должного отношения перевозчика к исполнению возложенных на него обязанностей.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СООТНОШЕНИЯ ВИДОВ И ФОРМ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

ДМИТРИЕВА Ольга Викторовна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В научной и учебной цивилистической литературе принято выделять виды и формы (меры) гражданско-правовой ответственности, однако вопрос о взаимосвязи этих категорий, как правило, не поднимается. Нам же представляется, что этот вопрос имеет существенное значение не только для систематизации знаний о гражданско-правовой ответственности (что само по себе

¹ Шмелев В. В. Некоторые правовые проблемы организации грузоперевозок на железнодорожном транспорте // Журнал российского права. 2001. №12. С. 122–123.

² Там же.

³ Васильев В. Об ответственности участников договора перевозки // Социалистическая законность. 1981. №5. С. 57–60.

важно), но и для совершенствования законодательства, регулирующего гражданско-правовую ответственность.

В цивилистической литературе по разным основаниям и с разными целями выделяют множество видов гражданско-правовой ответственности. По этой причине далеко не все виды ответственности оказываются связанными с формами ответственности. По нашему мнению, такая связь выявляется лишь при проведении классификации ответственности на виды в зависимости от природы правонарушения, лежащего в основании возложения ответственности. Это договорная и деликтная ответственность. Очевидно, что каждому виду ответственности должны соответствовать свои формы, позволяющие наиболее эффективным образом устранять последствия правонарушения.

В свою очередь, вопрос о формах ответственности является весьма дискуссионным: спорят и о признании того или иного последствия правонарушения в качестве формы ответственности, и о количестве форм, и о соотношении их друг с другом. Не вдаваясь в существо этих споров, обозначим свою позицию по данному вопросу. Представляется, что к формам договорной ответственности следует относить возмещение убытков, уплату неустойки, потерю задатка, а к формам деликтной ответственности — возмещение имущественного вреда и компенсацию морального вреда. Как видно, в этой классификации не находится места процентам за неисполнение денежного обязательства (ст. 395 ГК РФ). В то же время в научной литературе уже доказано, что эти проценты являются формой ответственности, а не платой за пользование капиталом. Кроме того, на данной позиции стоят и высшие судебные органы — Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд, дважды в совместных Постановлениях Пленума подтверждавшие ее (п. 15 Постановления Пленума от 1 июля 1996 года «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ»¹; п. 4 и 5 Постановления Пленума от 8 октября 1998 года «О практике применения положений ГК РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами»²).

Признание процентов по ст. 395 ГК РФ формой ответственности порождает ряд вопросов: во-первых, является ли данная форма ответственности самостоятельной или же представляет собой разновидность других форм; во-вторых, принадлежит ли она какому-либо из известных видов ответственности.

Первый из этих вопросов обсуждался в научной литературе, в основном, в контексте соотношения процентов с формами договорной ответственности. Другой вопрос не был предметом научного обсуждения.

В рамках первой дискуссии высказывались разные точки зрения.

Одни авторы считают, что это самостоятельная форма, не являющаяся ни неустойкой, ни возмещением убытков³.

Другие прямо полагают или склоняются к мысли, что это случай законной неустойки⁴.

По мнению третьих, это особые (абстрактные) убытки⁵.

С последним мнением согласиться невозможно. То, что проценты не могут рассматриваться в качестве убытков, подтверждается целым рядом обстоятельств.

Во-первых, убытки взыскиваются только тогда, когда они причинены, поэтому необходимо доказать сам факт их возникновения. Если нарушением обязательства убытки не причинены, то нечего и взыскивать. Проценты же взыскиваются независимо от наличия или отсутствия убытков, поэтому для их взыскания достаточно доказать факт нарушения денежного обязательства.

Во-вторых, размер убытков заранее неизвестен, он определяется уже после того, как договорное обязательство будет нарушено, и подлежит доказыванию в каждом конкретном случае. Размер про-

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. №9.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1998. №11.

³ См. например: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1998. С. 555–560; Лукьянцев А. А. Применение гражданско-правовой ответственности при осуществлении предпринимательской деятельности: теория и судебная практика. Ростов н/Д, 2005. С. 435.

⁴ См.: Попов А. Ответственность за неисполнение денежного обязательства // Хозяйство и право. 1997. №8. С. 80; Гражданское право. Т. 1./ Под. ред. М. К. Сулейменова, Ю. Г. Басина. Алматы, 2000. С. 602, 603; Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Индивидуальное и родовое в гражданском праве. Иркутск, 2001. С. 240–241.

⁵ См.: Чернов В. М. Абстрактные убытки по Гражданскому кодексу РФ // Проблемы развития и совершенствования российского законодательства / Под. ред. В. Ф. Воловича. Томск, 1999. С. 21–22.

центов, напротив, изначально конкретизирован, определяется исходя из ставки рефинансирования Центрального Банка РФ, которая хотя и может изменяться, тем не менее, устанавливается в централизованном порядке и является единой для всех. Еще более конкретным является размер процентов, определенных в договоре. В связи с этим рассматривать проценты как «абстрактные» убытки не представляется возможным.

В-третьих, размер убытков может быть уменьшен по основаниям, предусмотренным в п. 1 ст. 404 ГК РФ, а именно в случае, когда кредитор своими виновными действиями содействует увеличению размера убытков или не принимает разумных мер к их уменьшению. Ясно, что данная норма неприменима к процентам.

В-четвертых, и это главное, сам законодатель отличает убытки и проценты, устанавливая в п. 2 ст. 395 ГК РФ зачетное соотношение между ними.

Гораздо большее сходство обнаруживают проценты за нарушение денежного обязательства с неустойкой, а именно пеней за просрочку платежа:

— и проценты, и неустойка взыскиваются независимо от того, причинены нарушением обязательства убытки или нет;

— и проценты, и неустойка имеют зачетный характер по отношению к убыткам;

— размер их заранее известен либо может быть определен исходя из критериев, установленных в законе или договоре;

— названные обязательства в совокупности с тем соображением, что ст. 329 ГК РФ не содержит исчерпывающего перечня способов обеспечения исполнения обязательства, позволяют признать за процентами так же, как и за неустойкой, значение способа обеспечения исполнения обязательства¹, то есть наличие ярко выраженной стимулирующей функции;

— в соответствии с п. 7 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ «О практике применения положений Гражданского Кодекса РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами» к процентам по ст. 395 ГК РФ применимы положения ст. 333 ГК РФ. Данная статья предусматривает возможность уменьшения суммы неустойки, подлежащей взысканию с должника в случае, когда она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

Однако имеются также соображения, препятствующие тому, чтобы согласиться с мнением, что проценты по ст. 395 ГК РФ — это разновидность, «особый случай» неустойки. Эти соображения основаны на имеющихся различиях в правовом регулировании названных форм гражданско-правовой ответственности.

Во-первых, неустойка в соответствии со ст. 331 и 332 ГК РФ может быть договорной или законной. Размер договорной неустойки определяется соглашением сторон, а законной — соответственно, законом, причем размер законной неустойки может быть увеличен, но не уменьшен договором. Проценты по ст. 395 ГК РФ изначально определены законом, поэтому похожи именно на законную неустойку. Однако установленный размер процентов применяется, если иной размер не установлен законом или договором. Следовательно, против правил о законной неустойке, стороны договора могут не только увеличивать, но и уменьшать размер процентов. Это формально-юридическое различие свидетельствует о том, что проценты вряд ли могут рассматриваться как законная неустойка.

Однако было бы также затруднительно признать их и разновидностью договорной неустойки. Для регулирования договорной неустойки совершенно нехарактерно установление в законе конкретных оснований для ее взыскания, а также какого-либо общего правила, определяющего ее размер. Все это регулируется исключительно договором. Для процентов, наоборот, законом четко установлены как основания для взыскания, так и общее правило, касающееся размера процентов.

Во-вторых, к процентам неприменимы положения об исключительной, штрафной или альтернативной неустойке, содержащиеся в абзаце 2 п. 1 ст. 394 ГК РФ, так как в соответствии со ст. 395 ГК РФ проценты могут быть только зачетными по отношению к убыткам.

В-третьих, нельзя не согласиться с высказанным в научной литературе мнением, что законодателью ничто не препятствовало прямо определить природу процентов, взыскиваемых по ст. 395 ГК РФ, обозначив их как неустойку. Это обстоятельство наполняется особым смыслом, если учесть, что в ранее действовавшем законодательстве аналоги современных процентов не только были предусмо-

¹ Иного мнения придерживается В. В. Витрянский. См.: Витрянский В. В. Проценты по денежному обязательству как форма ответственности // Хозяйство и право. 1997. №8. С. 68.

тены, но и прямо названы неустойкой¹. В связи с этим следует признать, что, по всей видимости, законодатель разделяет данные формы ответственности.

В-четвертых, в данном контексте трудно согласиться с мнением, что возможность произвольного (как в сторону увеличения, так и в сторону уменьшения) изменения размера процентов — это только специальное правило по отношению к общему, закрепленному в п. 2 ст. 332 ГК РФ, о возможности увеличения законной неустойки соглашением сторон. Из этого предположения делается также спорный вывод, что нельзя противопоставлять друг другу проценты и законную (договорную) неустойку, изменяющую размер этих процентов².

Известно, что возможность существования специального правила должна быть предусмотрена общей нормой. Обычно это делается с помощью фразы «если иное не предусмотрено законом или иными правовыми актами». В п. 2 ст. 332 ГК РФ подобная оговорка отсутствует, и это является препятствием для признания правила ст. 395 ГК РФ специальной нормой по отношению к правилу п. 2 ст. 332 ГК РФ. Кроме того, из законодательства совершенно не следует, что договорное изменение изначально установленного размера процентов превращает проценты в неустойку. Законодатель говорит о возможности договорного установления иного размера *процентов*, а не неустойки, хотя, как было уже сказано, ничто не препятствовало ему употребить вместо слова «процентов» слово «неустойки». В связи с этим некоторые основания, если не для противопоставления, то, по крайней мере, для различия неустойки и процентов имеются.

В-пятых, разграничение процентов и неустойки проводят также Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ (п. 6 Постановления «О практике применения положений Гражданского Кодекса РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами»). В данном Постановлении Пленума установлено, что если за одно и то же нарушение денежного обязательства можно взыскать как проценты, так и установленную законом или договором неустойку, кредитор, по общему правилу, вправе предъявить требование о применении одной из этих мер. Если бы проценты были разновидностью неустойки, данный вопрос не нуждался бы в разъяснении, так как очевидно, что подлежала бы взысканию неустойка, установленная в договоре.

Однако, как уже сказано выше, в соответствии с п. 7 названного Постановления Пленума, к процентам по ст. 395 ГК РФ применимы положения ст. 333 ГК РФ о возможности уменьшения суммы неустойки, подлежащей взысканию с должника в случае, когда она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. Это аргумент в пользу сходства неустойки и процентов, однако, следует обратить внимание на формулировку данного разъяснения: «суд, учитывая компенсационную природу процентов *применительно к ст. 333 ГК РФ*, вправе уменьшить ставку процентов, взыскиваемых в связи с просрочкой исполнения денежного обязательства». Слово «применительно» однозначно свидетельствует в пользу того, что речь идет о применении данной нормы по аналогии, а это говорит о том, что при всем сходстве неустойки и процентов, это разные формы ответственности.

И, наконец, главное. Неустойка — это форма договорной ответственности, и это никем не оспаривается. Неустойка может применяться за нарушение обязательства, не являющегося денежным (например, пеня за просрочку возврата имущества, переданного по договору аренды). Проценты же применяются только при нарушении денежного обязательства, и везде, где это обязательство имеется, то есть не только в договорной, но и в деликтной сфере. Пункт 23 Постановления Пленума, посвященного процентам, это подтверждает, устанавливая, что проценты могут быть взысканы за нарушение денежного обязательства по возмещению причиненного вреда.

Из изложенного следует, что наряду с элементами существенного сходства процентов и неустойки, между ними имеются различия, прежде всего, формально-юридического характера³, которые при желании можно было бы легко устранить. Однако существование этих различий вряд ли можно объяснить только прихотью законодателя. Думается, что их наличие обусловлено осознаваемой законодателем существенной спецификой денежного обязательства, которое является универсальным, может быть элементом как договорных, так и деликтных гражданско-правовых отношений. Эта универсальность связана с характером денег как всеобщего средства платежа, их способностью к приросту, постоянным наличием в обороте, родовым характером. Это обуславливает необходимость особого регулирования последствий нарушения денежного обязательства с целью наиболее эффективного и удобного их устранения.

¹ См.: Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000. С. 66.

² См.: Хаскельберг Б. Л., Ровный В. В. Указ. соч. С. 240.

³ См.: Новоселова Л. А. Указ. соч. С. 67.

По этой причине проценты за нарушение денежного обязательства не могут полностью слиться ни с какой другой формой гражданско-правовой ответственности, даже очень близкой по существу — пеней за просрочку платежа, ибо пеня как таковая может применяться не только в денежных, но и иных обязательствах, но только в договорной сфере.

Отсюда следует вывод, что проценты по ст. 395 ГК РФ не могут принадлежать ни к договорной, ни к деликтной ответственности. Представляется, что следует признать существование самостоятельного вида гражданско-правовой ответственности, а именно ответственности за нарушение денежного обязательства, формой которого рассматриваемые проценты и являются. Данный вид ответственности должен быть выделен наряду с договорной ответственностью и ответственностью за причинение внедоговорного вреда по общему для них критерию продуцирования самостоятельных, соответствующих характеру правонарушения форм ответственности, способных наиболее эффективным образом устранять вредные последствия правонарушения.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПЕРИОДИКА, НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ

ДОЛИНСКАЯ Владимира Владимировна,
д.ю.н., профессор кафедры гражданского и семейного права
Московской государственной юридической академии им. О. Е. Кутафина,
главный редактор научно-практического журнала «Цивилист»

В современных условиях модернизации государственности, в свете выбора инновационного пути развития и повышения требований к качеству диссертационных работ на соискание ученых степеней актуален вопрос о взаимодействии науки, практики и юридической периодики.

На протяжении всей истории развития подготовки и аттестации научных кадров большое внимание уделялось СМИ, журналам.

Согласно п. 10 Положения о порядке присуждения ученых степеней, утв. постановлением Правительства РФ от 30.01.2002 г. №74 «Об утверждении Единого реестра ученых степеней и ученых званий и Положения о порядке присуждения ученых степеней», «*Основные научные результаты диссертации должны быть опубликованы в научных изданиях.*

*Основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора наук должны быть опубликованы в рецензируемых научных журналах и изданиях. Результаты диссертации на соискание ученой степени кандидата наук должны быть опубликованы хотя бы в одном рецензируемом журнале или издании*¹.

Перечень указанных журналов и изданий определяет Минобрнауки России по рекомендациям ВАКА. Впервые перечень ведущих рецензируемых журналов был введен в 2000 г. Он корректировался, увеличивался и стал обязательным в 2004 г.

Какова была цель формирования «перечня ведущих научных журналов и изданий для опубликования основных научных результатов ... диссертаций»?

Исполняют ли журналы, перечень которых регулярно пересматривается, возложенные на них функции?

Удовлетворяют ли Минобрнауки, диссертационные советы, соискателей ученых степеней и журналы складывающиеся между ними отношения?

Анализ официальной информации и сведений из неофициальных источников, многолетний опыт работы с ведущими юридическими журналами (от автора до главного редактора и члена редакционного совета), опыт научной и научно-педагогической деятельности позволил прийти к ряду выводов и предложить вниманию коллег некоторые направления совершенствования существующего положения.

Одним из первых этапов подготовки диссертации является утверждение ее темы (сути отношений больше соответствует формулировка «одобрение»). Иногда накануне выхода на защиту начинается паника: где-то защищается такая же по названию работа. Корректировка в последние дни не всегда позволяет удовлетворить требование о полном раскрытии темы в содержании. Некоторые не обращают на это внимание. Даже беглый обзор защищаемых диссертаций демонстрирует фактическое дублирование тем, а подчас и проблем. Ряд вузов, НИИ и диссертационных советов (как правило, ведомствен-

¹ СЗ РФ. 2002. №6. Ст. 580 (с изм.).

ных) иногда преукают в том, что тема защищаемой диссертации никак не связана с их деятельностью. Темы некоторых исследований никак не связаны с потребностями общества. По некоторым параметрам юристы отказываются от роли «буревестника» и превращаются в комментаторов.

Когда-то в вузах и НИИ разрабатывались и утверждались прогностические Основные направления научной деятельности. Сейчас эта полезная традиция сохранилась в немногих организациях, часть составляет этот документ «по факту», большинство игнорирует вовсе.

Далее следуют подготовка диссертации, апробация ее основных положений и результатов.

Научная общественность должна иметь представление о соискателе ученой степени, круге его научных интересов, его основных научных результатах. Однако падение интереса к печатным СМИ единодушно отмечают профессиональные сообщества издателей, социологи, педагоги. В то же время перечень журналов, рекомендованных для публикаций к диссертациям на соискание ученых степеней, вводился до требования обязательного размещения текста автореферата диссертации на сайтах организации, при которой создан диссертационный совет, и ВАКа. Требование о публичности информации впервые введено Положением «Об испытаниях на звание действительного студента и на ученые степени» от 04.01.1864 г.¹: обязательной являлась предварительная публикация магистерских и докторских диссертаций тиражом не менее 300 экз. при объеме 200–400 с. Это при относительно низком уровне грамотности и числе защищенных почти за 120 лет (к 1917 г.) докторских диссертаций в области гуманитарных, естественных наук, богословия, медицины и ветеринарии 2 800². Насколько решается задача ознакомления с научными результатами широкой общественности при почти тотальной грамотности в России XXI в. при тираже ряда т.н. ВАКовских журналов в 500 экз.?

Только ознакомление с результатами не является самоцелью. Необходимо их обсуждение.

Резко отрицательную реакцию в научных кругах вызвали публикации в ряде журналов некорректных отзывов на авторефераты диссертаций. Наука не будет развиваться без дискуссий. Но критика должна быть корректной и конструктивной. Недопустимо мимоходом «наклеивать ярлыки» на диссертанта, научного консультанта, выпускающую организацию, организацию, где проходила защита, трех оппонентов и ведущую организацию только потому, что автор не согласен с положениями, выносимыми на защиту. Примечательно, что к самим этим авторам у научной общественности также есть претензии. А если бы предложить к публичному обсуждению автореферат диссертации большинства таких критиков, возможно, пришлось бы аннулировать некоторые дипломы. Но к обсуждаемой проблеме большее отношение имеет не факт таких публикаций, даже не их стиль, а срок. Как правило, негативные отзывы даются на уже защищенные диссертации.

Но есть неограниченные возможности для научных дискуссий до защиты, после отдельных публикаций. Изредка журналы публикуют рецензии на монографии, учебники и т.п., на статьи — практически никогда. Что значит характеристика ВАКовских журналов «рецензируемые»? К сожалению, немногие журналы сотрудничают, большинство не обращают внимания на другие издания. В изданиях ИНИОН обзор статей и журналов появляется крайне редко, нерегулярно. Т.е. условие о рецензируемости и обсуждении не выдерживается?

Практический интерес представляет видовой характеристика журналов, рекомендованных для публикаций к диссертациям на соискание ученых степеней. Эти издания условно можно разделить на следующие группы:

- 1) по принадлежности:
 - а) созданные при вузах и НИИ;
 - б) т.н. «независимые»;
- 2) по содержанию:
 - а) общего характера;
 - б) специальные (отраслевые);
- 3) по характеру:
 - а) научные;
 - б) научно-практические.

В перечень рекомендовано включать также вестники и сборники научных трудов вузов и НИИ при условии широкой известности конкретных изданий (серий) в России и за рубежом, ориентируя их прежде всего для публикации результатов кандидатских диссертационных исследований. Существуют объективные трудности для публикации работ лиц, не связанных трудовыми отношениями, не при-

¹ См.: СП по МНП: 1850–1864. СПб, 1867. Т. 3. Стб. 636–643.

² Рассчитано по: Иванов А. Е. Ученые степени в Российской империи: XV III в. 1917 г. М., 1994. С. 185.

крепленных в качестве соискателей или аспирантов к организациям, при которых созданы журналы, издания. В то же время в ряде случаев такие журналы могут обеспечить более качественную научную экспертизу присланных работ.

Какие журналы — общего характера или специальные — обеспечат оперативность публикации и предметность обсуждения? В России до 1844 г.¹ докторская ученая степень присуждалась по юридическим наукам, а не по узкой специальности. Ученые и практики понимают, что достичь значимого результата сегодня можно на «стыке» специальностей и наук. Что больше соответствует интересам науки: широкая известность в узком кругу специалистов или обсуждение значимых результатов исследования именно научной общественностью?

Не менее важная проблема — т.н. научность издания. Право оформляет экономические и общественные отношения, оказывает на них активное воздействие, влияя как на закрепление уже сложившихся, так и на зарождение и развитие новых. Вряд ли может существовать фундаментальная наука без прикладных исследований, как и последние будут перспективными без серьезного теоретического фундамента, без анализа, обобщения и выводов общего характера. В то же время ежегодно на соискание ученой степени представляются работы, оторванные от реальной действительности, где не анализируются правоприменительные материалы, не выявляются тенденции развития правового регулирования и применения норм права, но в качестве положения на защиту есть требование (!) по принятию нового закона. Особенно этим грешат кандидатские диссертации. Возможно, такое отношение невольно спровоцировано формулировкой «ведущие рецензируемые научные журналы» вместо «научно-практические».

Сейчас активно обсуждается проблема подготовки и защиты диссертаций гос. и муниципальными службами. Но есть и другая проблема: практикующие юристы стесняются присылать свои публикации; некоторые ученые сомневаются в работоспособности и целеустремленности, например, судей, которые пишут научные квалификационные работы по вечерам, в выходные и во время отпуска; практикующие юристы преподают по совместительству в вузах не «по велению души», а в надежде на более лояльное отношение при защите. Несмотря на формальное разрешение в актах Правительства РФ, Минобрнауки и ВАКа прикрепления только для сдачи экзаменов кандидатского минимума и защиты, диссертационные советы весьма неохотно рассматривают заявления практикующих юристов, самостоятельно подготовивших диссертации или работавших с научными руководителями в индивидуальном порядке.

Ряд работников науки оказывается «страшно далек от народа».

Взаимодействие науки и практики актуально как для соискателей ученых степеней и тех, кто оценивает результаты их труда, так и для журналов, публикующих эти результаты, и читателей.

Следующая проблема носит информационный характер и частично затрагивает аспекты морали и этики. Ситуация с падением интереса к печатным СМИ осложняется тем, что некоторые недобросовестные авторы направляют в разные журналы одНИИ те же материалы, а ряд «нуждающихся» журналов без разрешения автора перепечатывают его статьи из других источников (например, направленные на конференцию). Как для преемственности научных исследований, так и для контроля за соблюдением законодательства об авторских правах и правах публикаторов необходима единая, доступная информационная сеть, с ролью которой НИИИздаия Книжной Палаты по объективным причинам (срок поступления и обработки информации, подготовки к печати, периодичности издания и т.д.), ни НЭБ (в силу узости охвата) оперативно не справляются.

К содержанию журналов непосредственное отношение имеет такой выделяемый председателем ВАК М. П. Кирпичниковым инструмент повышения качества научной экспертизы, как рецензируемые монографии, имеющие ключевое значение для социогуманитарных специальностей². Журнал «Цивилист» ввел постоянный раздел «Ваша библиотека», состоящий из 3 рубрик: «Классика цивилистики», «Вышли в свет» и «Рецензии». Мы делимся с читателями информацией, которая призвана помочь ориентироваться в условиях издательского и книготоргового «шквала». Рецензии на монографии публикуются и в некоторых других журналах. Но этого явно мало.

Наконец, предпоследний этап: защита диссертации. Редко приглашают в качестве оппонентов специалистов из других городов (еще немного — и мы вернемся к уровню дореволюционной России,

¹ См.: Положение о производстве в ученые степени 1844 г. // СП по МНП. 1825–1855. Отд. второе: 1840–1855. СПб, 1864. Т. 2. Стб. 356–365. Идея специализации берет начало еще в Положении о производстве в ученые степени 1819 г. См.: Положение о производстве в ученые степени. СПб, 1819.

² См.: Кирпичников М. Защита качества. Как обеспечить чистоту научных рядов? // Поиск. 2008, 2 мая. №18 (988). С. 9–10.

где оппонентами были профессора и преподаватели того же, что и соискателя, факультета, университета). Этот факт скромно объясняют недостатком финансирования. Представляется, что причины кроются глубже. После распада СССР с трудом восстанавливаются связи между научными школами разных регионов, некоторые научные руководители и даже члены диссертационных советов не знают специалистов по проблематике, выносимой на защиту. Здесь неоценимую помощь могут оказать именно широко известные журналы и опять-таки централизованная информационная система.

В целом, необходимо четко представлять себе два момента:

1) перечень журналов не исчерпывает все внешние по отношению к диссертационным советам инструменты повышения качества научной экспертизы.

2) перечень журналов, как указал глава ВАКа, — вещь временная, связанная с двумя обстоятельствами: с состоянием нашей нынешней экспертизы и нашей научной периодики. «Через 5–6 лет (может быть за исключением гуманитарных и общественных наук, где ситуация более сложная) мы должны будем вообще уйти от специального перечня ВАК. Единственным требованием станет публикация основных результатов диссертационных работ в изданиях, входящих в общедоступную базу данных типа Web of Science»¹.

На переходном этапе целесообразны:

1) изменение и конкретизация требований к публикации основных научных результатов диссертационных исследований.

Следует учитывать не только количество статей, но и: количество журналов, в которых они опубликованы; тираж последних; объем статей в печатных листах; период, в течение которого осуществлялись публикации по теме.

2) создание единой информационной сети с фиксацией всех авторов и их публикаций с указанием названия, источника и объема, обеспечение к ней доступа всех заинтересованных лиц.

Это призвано способствовать ограничению плагиата и недобросовестности со стороны авторов и издателей, облегчить работу Экспертного совета.

3) создание при Минобрнауке Координационного совета по перспективам научных исследований.

Он может объединять проректоров по научной работе юридических вузов и факультетов при которых созданы аспирантуры и диссертационные советы, ведущих ученых, представителей профессиональных сообществ, государственных служащих из федеральных органов государственной власти, непосредственно связанных с юриспруденцией. К его полномочиям должны относиться сбор, анализ и обобщение информации о потребностях публичной власти и правоприменителей в научных разработках, планах и отчетах об итогах научной деятельности вузов и НИИ, разработка на этой базе Основных направлений диссертационных исследований по специальности. Срок действия таких Направлений можно привязать к сроку обучения в аспирантуре или соискательства (3–5 лет).

4) обращение в Правительство РФ с предложением изменить в актах формулировку «ведущие рецензируемые научные журналы» на «ведущие рецензируемые научно-практические журналы».

5) пересмотр требования обязательной публикации в ведущих рецензируемых научных журналах для соискателей ученой степени кандидата наук, для которых важнее сам факт регулярных публикаций.

В качестве итога мы предлагаем объединение усилий представителей науки, практики и юридической периодики в деле повышения эффективности подготовки научных кадров и качества научной экспертизы диссертационных исследований.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НЕСОБЛЮДЕНИЕ В ДОБРОВОЛЬНОМ ПОРЯДКЕ УДОВЛЕТВОРЕНИЯ ТРЕБОВАНИЙ ПОТРЕБИТЕЛЯ

ЕРАНОСЯН Эмма Арутюновна,

соискатель кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Правовое регулирование отношений с участием потребителей представляет собой пример предоставления с помощью гражданско-правовых средств социальных гарантий наименее защищенным участникам гражданского оборота. Одним из таких средств защиты прав потребителей является возложение на изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации или

¹ Там же.

уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера) ответственности за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя в форме взыскания с указанных лиц штрафа в размере пятьдесят процентов от суммы, присужденной судом в пользу потребителя¹. Причем, как отметил Конституционный Суд РФ, этот вид ответственности направлен не только на обеспечение интересов граждан в сфере торговли и оказания услуг, защиту прав потребителей, но также на охрану установленного законом порядка торговли и оказания услуг².

Рассматриваемая форма ответственности за нарушение прав потребителей существует с момента введения в действия первой редакции Закона о защите прав потребителей, однако содержание закрепившей его нормы (п. 6 ст. 13) неоднократно менялось, в результате чего к настоящему моменту произошла значительная ее трансформация как в части размера и процедуры возложения ответственности, так и относительно самой природы взыскиваемого штрафа.

Для целей данной статьи необходимо проследить, как законодательство определяет субъекта, в пользу которого должен быть взыскан штраф. В первоначальной редакции Закона о защите прав потребителей было однозначно указано, что суд вправе вынести решение о взыскании штрафа с продавца (изготовителя, исполнителя), нарушившего права потребителя, в федеральный бюджет. Если с заявлением в защиту прав потребителя выступают общественные объединения потребителей или органы местного самоуправления, пятьдесят процентов суммы взысканного штрафа перечисляются указанным объединениям или органам. Однако Федеральным законом от 21 декабря 2004 г. №171-ФЗ из текста пункта 6 статьи 13 было изъято указание на получателя указанных средств. Тем не менее первое время суды продолжали взыскивать указанные суммы в пользу государства, пока при помощи надзорной деятельности Верховного Суда РФ не была сформирована практика взыскания штрафов в пользу муниципальных образований³.

Между тем, действующая редакция п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей не устраняет возможности взыскания штрафа в пользу потребителя, чьи права были нарушены. Соответствующие требования заявлялись потребителями в суды, но в большинстве случаев не получали удовлетворения. Так, предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ была жалоба гражданки Э. В. Загородней, оспаривавшей норму п. 6 ст. 13 Закона о защите прав потребителей. По мнению заявительницы, оспариваемая норма нарушает ее права, гарантированные статьей 19 (части 1 и 2) Конституции РФ, поскольку не предусматривает перечисления в пользу потребителей — помимо суммы, присужденных в их пользу, — штрафа, аналогичного тому, который перечисляется общественным объединениям потребителей, выступающим в защиту прав потребителя. Конституционный Суд РФ не нашел оснований для принятия ее жалобы к рассмотрению, указав, что Закон РФ «О защите прав потребителей» позволил заявительнице восстановить ее нарушенные права: в пользу заявительницы с нарушителя ее прав как потребителя были взысканы суммы неустойки и компенсации морального вреда⁴.

Позиция судебных органов о том, что потребитель не является субъектом получения штрафа, предусмотренного п. 5 ст. 13 Закона, была поддержана в литературе. В. Р. Дворецкий таким образом обосновал ее: в данном случае целью санкции является не возмещение вреда, причиненного потребителю ненадлежащим исполнением тех или иных обязательств (для этого существуют другие нормы Закона), а административное наказание за совершение проступка, нарушающего общественные интересы⁵. Таким образом, природа данной формы ответственности изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера) была определена как административно-правовая.

¹ П. 6 ст. 13 Закон РФ от 7 февраля 1992 г. №2300-1 «О защите прав потребителей»// Российская газета. 1992. 7 апреля.

² Определение Конституционного Суда РФ от 17 октября 2006 года №460-О // СПС «Гарант».

³ Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 30 июня 2009 г. №45-В0 9-4// СПС «Гарант»; Определение СК по гражданским делам Верховного Суда РФ от 18 мая 2010 г. №10-В1 0-2 // БВС РФ. 2011. №1; Обзор по отдельным вопросам судебной практики Верховного Суда РФ о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел, утв. Президиумом Верховного Суда РФ от 1 февраля 2012 г. // БВС РФ. 2012. №4.

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 16 апреля 2009 г. №398-О-О // СПС «Гарант».

⁵ Дворецкий В. Р. Постатейный комментарий к Закону Российской Федерации от 7 февраля 1992 г. №2300-1 «О защите прав потребителей». СПС «Гарант», 2009.

В принятом 28 июня 2012 г. Постановлении Пленума Верховного Суда РФ №17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» позиция в отношении получения взысканного по п. 6 ст. 13 Закона штрафа была кардинально изменена: суд указал, что штраф взыскивается с ответчика в пользу потребителя (п. 46 Постановления)¹. Такая трактовка содержания рассматриваемой нормы дает основание говорить о гражданско-правовой природе установленной ею ответственности. Данная форма ответственности является ярким примером, когда гражданско-правовая ответственность «несет в себе карательный элемент, налагаемый помимо («поверх») правосоставительного элемента»².

Каково же основание применения этой карательной меры? По нашему мнению, им является гражданское правонарушение, выразившееся в недобросовестном и ненадлежащем исполнении обязанности по удовлетворению законных требований потребителя. Применение этой формы ответственности является случаем реализации принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права, введение которого в гражданское законодательство призвано способствовать укреплению нравственных начал гражданско-правового регулирования³.

ПРИЗНАКИ ОБЫЧАЯ КАК ИСТОЧНИКА ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

ЗУМБУЛИДЗЕ Роз-Мари Зурабовна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского, трудового и финансового права
Воронежского института МВД России

Тенденция формирования гражданско-правовых норм в децентрализованном порядке проявляется в признании государством в качестве одного из источников гражданского права обычая делового оборота (ст. 5 Гражданского кодекса Российской Федерации)⁴ и других правовых обычаев. В современной судебной практике ссылки на обычаи применяются редко, но достаточно интенсивное развитие получает практика заключения гражданско-правовых договоров на основании обычных норм, формирование корпоративных кодексов, сводов единообразных обычаев и правил. В связи с этим проблема обоснования сущности и признаков обычая приобрела особую актуальность, как для науки гражданского права, так и для юридической практики.

В проекте Федерального закона Российской Федерации №47538–6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации», принятого Государственной Думой в первом чтении 27 апреля 2012 года, название ст. 5 изменено на «обычай», а п. 1 изложен в следующей редакции: «Обычаем признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской или иной деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе»⁵. Таким образом, предлагается реализовать п. 1.3. Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, в котором указано, что источником гражданского права является не только обычай делового оборота, но и обычай, применяемый в других сферах гражданско-правовых отношений⁶.

¹ РФ от 11 июля 2012 г. №156.

² Лукьянцев А. А. Ответственность за нарушение обязательств в гражданском праве / Гражданское право: часть первая: учебник / Под ред. В. П. Камышанского, Н. М. Коршунова, В. И. Иванова. М.: Эксмо, 2011. С. 25.

³ П. 6 Концепции развития гражданского законодательства РФ // Вестник ВАС РФ. 2009. №11.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: [принята Государственной Думой Федерального собрания Российской Федерации 21 октября 1994 года (в ред. Федерального закона Российской Федерации от 6 декабря 2011 года)] // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №32. Ст. 3301; 2011. №50. Ст. 7347.

⁵ СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.09.2012).

⁶ СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.09.2012 г.).

На наш взгляд, несмотря на планируемые изменения, законодатель использует весьма расплывчатую формулировку: «широко применяемое в какой-либо области деятельности правило поведения». Для применения обычая следует решить, является ли он сложившимся, и носит ли характер «безусловной обязательности». Чтобы ответить на поставленные вопросы, необходимо обратиться к теоретическим концепциям, определяющим условия существования и действия обычных-правовых норм.

Большинством ученых в качестве характерного критерия существования обычая называется повторяемость известного поведения. Это означает, что в его основе лежит правило поведения, сложившееся в результате многократного его повторения. Но каким образом повторение известного поведения создает определенное правило, то есть норму? Ответ на данный вопрос находится за пределами права и лежит в области психических свойств человеческой природы. Человек рассматривает то, что его постоянно окружает не только как факт, но и как нечто должностное, нормативное, регулирующее его суждение о том, что должно быть. Подобное явление мы замечаем в области огромного количества норм, управляющих повседневным жизненным обиходом. Невозможно заметить, что большинство из нас ведет тот образ жизни, который принят в кругу близких нам людей.

При исследовании проблемы к весьма интересным выводам пришел Ю.С. Гамбаров. Он писал: «Дети требуют обыкновенно повторения раз слышанного ими рассказа в том виде и даже в тех словах, как они привыкли его слышать, и всякое уклонение от этой формы кажется им ошибкой, подобно тому, как они же рассматривают фактическое владение своими игрушками, как такое состояние, нарушение которого их оскорбляет»¹. Из подобных наблюдений ученый заключил, что первые представления о должностном или нормативном возникли как с исторической, так и с психологической точек зрения, «из того, что существует фактически, и степень нормативной силы этого фактически существующего вовсе не зависит от его разумности»².

Наиболее ярко соотношение между фактическим и нормативным проявляется в правовой сфере. Частое повторение какого-либо действия или постоянное воздержание от его совершения вызывает привычку к одному и другому. Недаром существует поговорка: «Привычка — вторая натура». Указанный феномен в юриспруденции называется «нормативной силой фактического» и связан с разграничением областей сущего и должного в праве.

В обыденной жизни понятие факта часто применяется для обозначения всего того, что в каком-то смысле существует или утверждается. В таком значении понятие факта можно применять не только ко всему реальному, но и к идеальному, фиктивному, которое также каким-то образом существует. Можно сказать, что фактами являются и реальный мир, и «должное», и даже отрицание факта. Право тоже является фактом в широком смысле этого слова.

Здесь уместно упомянуть недостаточно оцененную в правоведении теорию «нормативных фактов» Л.И. Петражицкого, согласно которой любая норма права является, в сущности, «нормативным фактом». Но нормативность он не считал чисто объективным свойством некоторых фактов. «В этом отношении следует иметь в виду и помнить, что способность быть правовым или нравственным и т.п. нормативным фактом не есть объективное свойство объективных внешних событий, а зависит от психики тех, которые с ним ... имеют дело, и от их склонности к таким или иным психическим реакциям на соответственные представления»³.

При одних условиях психикой могут быть выдвинуты одни виды нормативных фактов, при других — другие. Однако если допустить, что нормативность некоторых фактов — не каприз человеческой психики, а объективное свойство, то сразу высветляется определенная система. К примеру, Н.Н. Алексеев выделял нормоустановительные факты, являющиеся порождением деятельности человека (договор, обещание, учредительные акты и т.п.). Он обращал внимание и на существование нормативных фактов, которые представляют собой некоторое непроизвольно установившееся состояние или отношение. «К ним относятся, прежде всего, сложившиеся обыкновения, привычки, принятый и заведенный порядок вещей, «старина» и «пошлина»»⁴. Опыт повседневной жизни убеждает нас в том, что привычка имеет способность обуславливать наше поведение. По мнению Н.Н. Алексеева, норма-

¹ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. I. Общая часть. СПб, 1911. С. 214.

² Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. I. Общая часть. С. 215.

³ Петражицкий Л. И. теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб, 2000. С. 526.

⁴ Алексеев Н. Н. Основы философии права. С. 153.

тивная сила привычки вытекает «из автоматической способности следовать раз данному образцу, из простой кости или из соображений наименьшей траты сил, удобства, пользы»¹.

Итак, юристы под «нормативной силой фактического» подразумевают своеобразную способность человеческой психики считать должным и нормальным то, к чему он привык. Причем нормативность фактов означает только способность приспосабливаться к внешней необходимости, считаться с фактическими событиями и отношениями. Таким образом, на основании единообразного повторения известного поведения формируется правило, которое становится убеждением людей, господствующим правилом поведения. Как полагает Д.Ф. Рамзайцев, «в одном и том же месте и по одному и тому же вопросу не может действовать два различных обычая»². В противном случае либо отсутствует обычай, либо таковым может считаться только одно из двух правил.

Однако вышеизложенные рассуждения ставят перед нами вопрос: если нормативная сила привычки возникает из автоматической способности человека следовать данному образцу поведения, то, как возникает этот образец, кто его формирует? Видимо следует признать, что общие нормы не всегда и непременно возникают из действий отдельных лиц, а только при наличии некоторых благоприятных предпосылок. Разные люди при единстве интересов и сходстве условий жизни, характеров и потребностей могут в одинаковых случаях поступать одинаково. Первоначально действия людей совпадают с их волей. Но по мере их накопления они сами начинают оказывать давление на волю и определять ее направление, чему способствуют, с одной стороны, желание остаться верным один раз принятому способу поведения, с другой стороны, примеры поведения других людей. Нетрудно заметить, что подрастающие поколения, прежде чем начнут действовать самостоятельно, наблюдают действия старших, их личная воля формируется под влиянием установившихся способов поведения взрослых людей. Следовательно, обязательность обычая возникает в силу присущего человеку свойства следовать раз намеченному пути.

Таким образом, обычай возникает благодаря действию двух сил. Под влиянием индивидуального сознания насущных интересов человека определяется способ его поведения. Иными словами, в основе самоопределения человека лежит его личный интерес, личное усмотрение о том, как следует поступать в конкретных условиях. Конечно, данное самоопределение само по себе еще не создает обычая, из него возникают только отдельные действия, практика поведения. Но если действия разных лиц будут одинаковыми в одинаковых ситуациях и накопится их значительная масса, то появится вторая сила, побуждающая всех знающих о существовании известной практики действовать таким же образом, в чем и проявляется инертная сила сложившегося образа поведения. Получается, что отдельные действия предшествуют образованию обычной нормы. «Для того чтобы образовался обычай, связывающий частную волю, в памяти людей должен уже накопиться настолько значительный материал сходных прецедентов, чтобы воля была подавлена этим материалом. Только при таком условии возникает «павальный обычай», обязательный по русской поговорке как царский указ»³.

Образ действий, избранный более энергичными, авторитетными людьми, например, третейскими судьями или посредниками, становится общей нормой, потому что другие пассивно привыкают действовать так же. Люди подчиняются обычаю, хотя лично могут и не иметь соответствующего убеждения. «Против обычая не спорь!» — говорит древняя русская поговорка. То есть обычай следует исполнять, даже если он кажется неуместным.

Возникновением обычая из индивидуального усмотрения путем формирования навыка можно объяснить некоторые его особенности. Обычаи могут быть общепризнанными или общеизвестными, а могут носить и частный характер. Все зависит от сходства или различия жизненных условий тех групп людей, в деятельности которых они создаются. Чаще всего обычай возникает не у целого народа, а в отдельной группе людей, ведущих совместную жизнь и имеющих возможность непосредственно влиять друг на друга своими действиями. Обычное право отличается особой партикулярностью, «оно изменяется с каждой местностью, с каждым классом лиц»⁴. Дореволюционный ученый С. В. Пахман, характеризуя современные ему правовые обычаи, отмечал: «Обычаи как нормы... всегда носят более или менее местный характер... местные различия, даже при сходстве общих воззрений, представляют собой явление

¹ Там же. С. 154.

² См.: Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 13.

³ Сергеевич В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб, 1910. С. 13.

⁴ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. СПб, 1909. С. 287.

нормальное»¹. Юридические обычаи всегда выражают воззрения, господствующие в какой-либо общественной группе, «будь то сословие, местность, союз религиозный, каким является церковь, или, наконец, целая группа государств, находящихся между собою в международном общении»². Обычное право может вовсе не иметь национального характера, но зависеть от сходства образующих его жизненных условий, как торговые обычаи с их общеизвестным космополитизмом. Несмотря на это, обязательность применения обычая обуславливается тем, что за ним стоит тот или иной общественный авторитет.

Для обоснования обязательной силы обычая необходимо остановиться на проблеме его санкционирования со стороны государства. По данному вопросу в юридической науке отсутствует единство взглядов. Ученые, отстаивающие позитивистский подход к обоснованию сущности права, полагают, что обязательная сила правовой нормы основана на велении государственной власти.³ Другие ученые, напротив, считают, что юридическая сила обычного права состоит не в признании его со стороны государства, а основана на «силе факта» и общественном авторитете⁴. Мы более склоняемся ко второй точке зрения, поскольку сила обычая все-таки опирается на авторитет общественной группы или корпорации, в рамках которой он выработан. Иначе как можно объяснить обязательность обычаев международного торгового оборота, имеющих надгосударственный характер. Но в современных условиях нельзя не признать особой конституирующей роли государства в формировании источников права. И если признать, что предметом санкционирования служит не конкретное правило поведения, а лишь возможность его использования для решения определенных вопросов в строго определенном порядке⁵, то все становится на свои места. Именно таких правил придерживается наш законодатель, санкционируя применение обычаев делового оборота к регулированию гражданских отношений.

Из определения понятия обычая делового оборота, данного в ст. 5 ГК РФ, вытекает следующее: если правило «сложилось и широко применяется», то участникам конкретных отношений в сфере предпринимательской деятельности необходимо знать о нем. Очевидно, что в такой ситуации речь должна идти только о презумпции знания или незнания о существовании обычая, которую можно при определенных условиях оспорить. Применение обычаев делового оборота должно осуществляться с учетом толкования ст. 5 ГК РФ, данного в п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 года состоящего в том, что обычай делового оборота должен быть достаточно определенным в своем содержании⁶.

Некоторые авторы, в частности, В.Н. Козлова, предлагают признак «широкой применимости» обычая рассматривать с точки зрения общей теории философии и толкования термина «широкий» как «охватывающий много, многих, массовый». С такой позиции доказательство широты применимости обычая автоматически означает то, что он сложился⁷.

Из формулировки ст. 5 непонятно, как установить границы «широкого применения» обычая. Поэтому мы полагаем, что корректнее было бы указать, что обычаем является правило, сложившееся в результате многократного и единообразного повторения известного поведения, обеспеченное тем или иным социальным принуждением или авторитетом. А поскольку в предмет гражданско-правового регулирования входят не только отношения, связанные с осуществлением предпринимательской деятельности, но и другие отношения, которые могут регулироваться нормами обычного права (см., ст. ст. 19 и 221 ГК РФ), мы предлагаем внести изменения в ст. 5 ГК РФ в виде введения в нее нового пункта, в котором будет дано понятие обычая.

¹ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. Т. II. Семейное право, наследство и опека. СПб, 1879. С. 18.

² Трубецкой Е. Н. Энциклопедия права. СПб, 1999. С. 107–108.

³ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. I. Вып. II. Часть теоретическая. М., 1911. С. 369–370.

⁴ См.: Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. С. 217.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: общие положения. М., 2001. С. 63.

⁶ О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 года // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. №9.

⁷ Козлова В. Н. Вопросы, разрешаемые судами при применении обычаев делового оборота // Арбитражный и гражданский процесс. 2008. №10. С. 69–70.

Итак, п. 1 ст. 5 предлагаем изложить следующим образом: «Обычаем признается правовая норма, не предусмотренная законодательством, сложившаяся и ставшая обязательной в определенной сфере деятельности в результате многократного и единообразного повторения известного поведения, обеспеченная социальным принуждением (авторитетом) и используемая для регулирования конкретных гражданских отношений в установленном порядке с санкции государства». А п. 2 этой же статьи изложить в следующей редакции: «Обычаем делового оборота признается правовая норма, являющаяся разновидностью правового обычая, сложившаяся и ставшая обязательной в какой-либо области предпринимательской деятельности в результате многократного и единообразного повторения известного поведения, обеспеченная корпоративным авторитетом и используемая для регулирования конкретных предпринимательских отношений с санкции государства».

НЕТИПИЧНЫЕ СУБЪЕКТЫ ПРАВА В СВЕТЕ ТЕОРИИ КОНВЕРГЕНЦИИ ЧАСТНОГО И ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

ИВАНОВ Вячеслав Игоревич,

к.ю.н., профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации,
профессор Финансового университета при Правительстве Российской Федерации;

ХАРИТОНОВА Юлия Сергеевна,

д.ю.н., доцент, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского центра
«Московская академия экономики и права»

Сегодня активно обсуждается вопрос о составе субъектов права. В гражданском праве появляются новые организационно-правовые формы юридических лиц — хозяйственные партнерства и инвестиционные товарищества. В то же время современный период развития права определяется законодательством о субъектах права в целом, а не только положениями Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК). Значительные обновления и уточнения общих положений гражданского законодательства связаны с юридическими лицами как основными участниками гражданского и предпринимательского оборота. Как отмечалось в литературе, единой доктринальной позиции, определяющей подход к изменению классификационных видов юридических лиц, приданию отдельным группам легального характера, до настоящего времени так и не выработано¹.

Еще в 1994 году была предложена доктрина существования субъектов в российском праве, которые не являются исключительно субъектами гражданского права², но так или иначе включены в гражданский оборот. В соответствии со ст. 60 Конституции РФ все права и обязанности наступают с восемнадцати лет. В то же время законом гражданам предоставлено право на объединение (ст. 30 Конституции), право совместно с другими использовать имущество (ст. 34 Конституции). Таким образом, перед нами объединения граждан, у которых может быть имущество или имущественные права. Этот факт заставляет обратиться к более общему вопросу о правосубъектности участников гражданского оборота. При этом следует учитывать, что правосубъектность не исчерпывается положениями только гражданского права. Правосубъектность в силу Конституции РФ — атрибут всей правовой системы России, а не только категория гражданского или предпринимательского права.

Например, в число субъектов гражданского оборота можно было бы включить и налогоплательщиков, определенных Налоговым кодексом Российской Федерации (НК РФ) в качестве обязанных лиц. Такой подход позволил бы снять и некоторые спорные моменты частного права в отношении правосубъектности конкретных коллективных образований.

¹ Серова О. А. Теоретико-методологические и практические проблемы классификации юридических лиц современного гражданского права России: Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 2011. С. 3–4.

² Иванов В. И. Община как субъект права // Закон. 1994. №5. С. 88–93; Иванов В. И. Коллективная собственность общины // Закон. 1996. №5. С. 117–119.

Согласно ст. 19 НК РФ налогоплательщиками и плательщиками сборов признаются организации и физические лица, на которых в соответствии с НК возложена обязанность уплачивать соответственно налоги и (или) сборы.

При этом для целей налогообложения под организациями понимаются не только юридические лица, образованные в соответствии с законодательством РФ (российские организации), но и иностранные юридические лица, компании и другие корпоративные образования, обладающие гражданской правоспособностью, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, международных организаций, а также филиалы и представительства указанных иностранных лиц и международных организаций, созданные на территории Российской Федерации (далее — иностранные организации) (ст. 11 НК). К числу налогоплательщиков законодатель также относит различные консолидированные на основе договора или фактической деятельности лица, не обладающие единой организационно-правовой формой.

Выступление ФПГ в определенных правоотношениях в качестве самостоятельных субъектов права также приводит авторов к утверждению о наличии у ФПГ некоторых элементов правосубъектности¹ или частичной правосубъектности². Рассматривая вопросы природы холдинговых отношений, О. А. Беляева обращает внимание на то, что в отношении холдинговой компании действуют специальные правила исполнительного производства, что, по ее мнению, подтверждает тезис о частичной правосубъектности холдинга³.

Обращает также на себя внимание, что объединения граждан на основании общих интересов, для защиты прав или по родству законодатель регулирует весьма по-разному. При этом не имеет значения, предоставлено ли данным объединениям право вести предпринимательскую деятельность, либо оно преследует сугубо некоммерческие интересы. Например, согласно ст. 38 Конституции РФ материнство, детство и семья находятся под защитой государства. Необходимость укрепления семьи выступает основополагающим принципом семейного законодательства России (п. 1 ст. 1 Семейного кодекса РФ). Однако правовой статус этого образования также является спорным и неоднозначно воспринимается гражданским правом. В литературе и законодательстве можно обнаружить до семи разных определений семьи, как правило, не предполагающих признания данного образования субъектом семейного или гражданского права⁴. При этом законодатель в законе о прожиточном минимуме устанавливает понятие семьи как лиц, связанных родством и (или) свойством, совместно проживающие и ведущие совместное хозяйство. Таким образом, если отойти от правоотраслевого подхода, представляется, возможным увидеть семью как объединение граждан, участвующую в семейных (защита семейной тайны, чести и достоинства семьи, воссоединение семьи), имущественных (совместное предпринимательство, приватизация, общая собственность), налоговых и бюджетных (налогообложение доходов и предоставление налоговых вычетов, дотаций и субсидий) и иных правоотношениях.

По нашему мнению, приведенные примеры позволяют сделать следующий вывод. Для отдельных правоотношений и различных направлений правового регулирования законодательство определяет соответствующих субъектов отношений. Есть субъекты, которые могут быть субъектами только одного правоотношения, но есть и такие, которые участвуют в разном качестве в правоотношениях, в регулировании которых переплелись нормы публичного и частного права. Как указано выше, охрана семьи может рассматриваться как конституционное правоотношение, но можно говорить и о частно-правовой составляющей в правовом статусе семьи в целом.

Таким образом, полагаем, субъекты частного права в свете концепции профессора Н. М. Коршунова о конвергенции частного и публичного права — это более широкое понятие, чем субъекты гражданского права⁵. Прежде всего, к субъектам частного права, на наш взгляд, следует отнести

¹ Лаптев В. В. Указ. соч. С. 184.

² Крутикова С. В. Вопросы правосубъектности финансово-промышленных групп. Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. №6. Сентябрь-октябрь 2004.; Предпринимательское право Российской Федерации. Отв. ред. Е. П. Губина, П. Г. Лахова. М. 2003. С. 282.

³ Беляева О. А. Предпринимательское право: Учеб. пособие. М., 2011. С. 107.

⁴ См., например: Федеральный закон от 24 октября 1997 г. №134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»// СЗ РФ, 1997. №43. Ст. 4904; Гонгалло Б. М. Комментарий к ст. 2 СК РФ // Поставленный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Под ред. П. В. Крашенинникова. М.: Статут, 2007. С. 9 10.

⁵ Коршунов Н. М. Конвергенция частного и публичного права: проблемы теории и практик. М., 2011.

любые объединения, имеющие коллективную основу. В соответствии с господствующим представлением в гражданском праве, субъектами сегодня признаются только те коллективные образования, которые имеют организационно-правовую форму. То есть фактически те коллективы, которые признаны юридическими лицами. Сегодня такой подход неэффективен, не отвечает потребностям практики. Е.К. Замотова в процессе исследования вопроса о юридическом лице как субъекте публичного права пришла к выводу, «что один и тот же субъект выступает, как правило, участником целого комплекса пересекающихся правоотношений, в результате чего происходит своеобразное «наложение» его юридических статусов друг на друга, так что даже попытка определить, где он действует как юридическое лицо, а где — как организация, представляется маловероятной, да и, наверное, бессмысленной»¹.

Приведенный выше анализ законодательства в имущественной сфере показывает, что субъектами признаются на уровне законодательства не только юридические лица, но и иные коллективные образования. Следовательно, субъекты частного права существуют не только в рамках гражданского права и Гражданского кодекса, но и в сфере публичного права. При этом современной тенденцией развития законодательства является то, что такие нетипичные субъекты права переходят из законодательства публичного характера в частное в порядке конвергенции.

Теорию конвергенции частного и публичного права впервые предложил и раскрыл профессор Н.М. Коршунов. По его мнению, сущностная характеристика конвергенции частного и публичного права имеет две основные ипостаси: юридическую и социальную. Как юридическая сущность конвергенция частного и публичного права представляет собой их сближение, состоящее в проникновении частного права в публичную сферу общественных отношений, а публичного — в частную. Частное и публичное право выступают в этом процессе в качестве отраслей права, обуславливая дуализм его системы².

Устойчивые объединения, возникающие на практике, нельзя не замечать, как нельзя создавать и новые образования, не отвечающие потребностям практики. Так, например, неоднократно критиковались полные товарищества, закрытые акционерные общества. Однако возникновение взаимозависимых образований в сфере семьи, должностного подчинения, холдинговых объединений настойчиво свидетельствует о фактическом существовании таких образований как самостоятельных субъектов правовой системы России. Мы видим, что их много, и при этом все из указанных субъектов описаны в законе, хотя и в разных сферах законодательства.

Как отмечает О.Д. Третьякова, процесс сближения (конвергенции) в полной мере затрагивает право. Сам факт признания права наиболее эффективным социальным регулятором свидетельствует о конвергентном единстве взглядов в мире на эффективное регулирование общественных отношений³. С помощью права регулируется сближение различных правовых систем и моделей правового регулирования общественных отношений.

Позитивная роль юридической конвергенции в выявлении и закреплении новых, не типичных для гражданского права субъектов, безусловна и очевидна: благодаря ей признаются, охраняются и защищаются естественные и неотчуждаемые права и свободы человека (право собственности, ведения предпринимательской и иной экономической деятельности и др.), как это закреплено в Конституции РФ.

Таким образом, следует согласиться с Н.М. Коршуновым, что юридическая конструкция конвергенции частного и публичного права отражает объективную потребность общественных отношений в их комплексном правовом опосредовании, предполагающем различное, но всегда необходимое сочетание частноправового и публично-правового методов нормативного регулирования соответствующих сфер жизнедеятельности людей. Отражая объективные процессы правового опосредования общественных отношений, конструкция юридической сущности конвергенции частного и публичного права снимает многие непродуктивные дискуссии, касающиеся отраслевой структуры системы права и системы законодательства, дуализма частного права, открывает более широкие возможности для предметного исследования механизма взаимодействия частного и публичного права и его нормативного оформления.

¹ Замотова Е. К. К вопросу о юридическом лице как субъекте публичного права // Конституционное и муниципальное право. 2007. №15. С. 19.

² Коршунов Н. М. Указ. соч. С. 222.

³ Третьякова О. Д. Юридическая конвергенция: Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. Владимир, 2012. С. 3.

ОДНОСТОРОННИЙ ОТКАЗ ОТ ИСПОЛНЕНИЯ И ОДНОСТОРОННЕЕ ИЗМЕНЕНИЕ УСЛОВИЙ ДИСТРИБЬЮТОРСКОГО ДОГОВОРА

КАШИРИНА Татьяна Васильевна,
аспирантка кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОАУ ВПО «Южный федеральный университет»

Конструкция дистрибьюторского договора, заимствованная из международного торгового оборота, широко применяется российскими предпринимателями.

Популярность данного договора с одной стороны обусловлена потребностью производителей товаров в расширении рынков сбыта, с другой — отсутствием нормативного регулирования указанной конструкции, что предоставляет сторонам широкие возможности для формирования условий договора, а порой и для злоупотреблений.

Какими нормами ГК РФ следует руководствоваться при расторжении договоров данного вида и возможно ли обезопасить добросовестных участников гражданского оборота от убытков, связанных с изменением условий такого договора в одностороннем порядке?

Автор настоящей статьи придерживается позиции, что дистрибьюторский договор представляет собой самостоятельный вид договоров и, следовательно, он должен найти отражение в ГК РФ путем дополнения его новой главой с соответствующим названием¹.

При внесении изменений законодателью следует обратить особое внимание на возможность одностороннего расторжения дистрибьюторского договора и изменение его условий по воле одной из сторон.

Действующее законодательство допускает два способа одностороннего расторжения договора:

- судебный
- внесудебный

В судебном порядке договор может быть расторгнут только при наличии установленных законом оснований (п. 2 ст. 450 ГК РФ)

Во внесудебном порядке договор может быть расторгнут:

1) по основаниям, предусмотренным в самом договоре, если договор связан с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности (ст. 310 ГК РФ), а также по основаниям, предусмотренным законом для данного вида обязательства (если договор допускает возможность его расторжения);

2) по «специальным» основаниям (например, ст. 102 Федерального закона от 26.12.2002 №127 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», когда даже наличие прямо установленного договором запрета не препятствует расторжению договора.

Во второй части 2 ГК РФ содержатся основания для одностороннего расторжения договора применительно к отдельным видам обязательств. При этом указанные основания сформулированы, исходя из общего положения ст. 450 ГК РФ о существенности нарушения.

До настоящего времени в ГК РФ дистрибьюторский договор не нашел отражения. Соответственно, в нем нет критериев существенности нарушения условий дистрибьюторского договора. Таким образом, суду в случае установления в договоре запрета на расторжение договора (что является довольно актуальным условием для длительных предпринимательских отношений) придется руководствоваться исключительно своим внутренним убеждением.

Проект Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в 1 чтении 27.04.2012 г., далее — «Проект»)² содержит в том числе изменения в ст. 310 и в ст. 450 ГК РФ.

Согласно п. 5 ст. 450 ГК РФ (внесена Проектом): «сторона, которой законом или договором предоставлено право на одностороннее изменение договора, должна при осуществлении этого права действовать в пределах, предусмотренных законом или договором, а при их отсутствии — разумно

¹ Каширина Т. В. Дистрибьюторский договор и его место в системе договоров ГК РФ // Закон. 2011. №6. С. 60–68.

² СПС «Консультант-Плюс».

и добросовестно». Однако применение оценочных понятий, таких как «разумность» и «добросовестность», едва ли будет способствовать единству судебной практики.

По идее законодателя, предложенные изменения в ст. 310 ГК РФ, позволят сторонам дистрибьюторского договора частично компенсировать потери, связанные с его односторонним расторжением. В новой редакции текст статьи будет дополнен абзацем вторым следующего содержания: «Предусмотренное договором право на односторонний отказ от исполнения обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, или на одностороннее изменение условий такого обязательства может быть обусловлено необходимостью выплаты определенной денежной суммы другой стороне обязательства».

Учитывая, что отказ от исполнения договора является правом стороны, а не нарушением обязательства, закон не называет подлежащую уплате денежную сумму штрафом. Между тем, само по себе расторжение договора одной стороной зачастую является мерой ответственности за нарушение условий договора контрагентом. Складывается парадоксальная ситуация, когда сторона, нарушившая договор и получившая уведомление о его расторжении, имеет право требовать выплаты компенсации за расторжение договора. Для всех видов обязательств, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (и для дистрибьюторских договоров в частности) возможность выплаты предусмотренной договором суммы при его расторжении следует ограничить случаем, когда договор расторгается по инициативе одной из сторон в отсутствие нарушений условий договора со стороны контрагента.

Особый интерес представляет п. 2 ст. 450.1 ГК РФ «Отказ от договора (исполнения договора) или от осуществления прав по договору»: «В случаях, когда при наличии оснований для отказа от договора сторона, имеющая право на такой отказ, подтверждает действие договора, в том числе путем принятия от другой стороны предложенного последней исполнения обязательства, последующий отказ от договора по тем же основаниям не допускается».

Для дистрибьюторских отношений описанная в проекте изменений ситуация весьма типична. Зачастую дистрибьютор, приобретающий товар, нарушает график его оплаты. В результате он рискует утратить статус дилера того или иного производителя (в договоре, как правило, указывается право производителя расторгнуть договор в одностороннем порядке). С учетом новой формулировки ГК РФ легко предположить ситуацию, когда производитель, повторно не получивший очередную оплату, направляет дистрибьютору уведомление о расторжении договора. Получив указанное уведомление, дистрибьютор частично погашает задолженность. Едва ли производитель возвратит перечисленную сумму. По смыслу ст. 450.1 ГК РФ, производитель, принимая платеж, подтверждает действие договора. Однако не ясно, лишен ли он права на все будущее время расторгать договор при возникновении новой задолженности за товар, переданный дистрибьютору в других периодах. Будет ли это считаться «последующим отказом от договора по тем же основаниям», либо возникновение новой задолженности в новом периоде является новым основанием для расторжения договора? Аналогичный вопрос возникает и в ситуации, когда дистрибьютор, установив факт нарушения производителем условия о территории (например, производитель допускает к продаже товаров на определенной договором территории другого дистрибьютора), направляет производителю уведомление о расторжении договора, а затем снова приобретает у него товар. Утрачивает ли дистрибьютор право расторгнуть договор при установлении нового факта нарушения условия о территории?

В настоящее время, до введения в действие изменений в ГК РФ, суды при рассмотрении споров о расторжении дистрибьюторских договоров выносят весьма неоднозначные решения.

Дистрибьютор обратился в Арбитражный суд города Москвы с иском к производителю о признании недействительным уведомления о досрочном расторжении дистрибьюторского договора, а договора — действующим.

Решением Арбитражного суда города Москвы, оставленным без изменения, постановлением Девятого арбитражного апелляционного суда от в удовлетворении иска отказано. В кассационной жалобе заявитель указал, что в договоре предусмотрено его расторжение в случае нарушения стороной обязательств, вытекающих из договора, или при возникновении исключительных обстоятельств, оправдывающих досрочное расторжение. Отказывая в иске, суд сослался на то, что заявитель не указал, в чем конкретно должны состоять эти нарушения. Кроме того ФАС Московского округа отметил, что с учетом заявленного предмета и основания иска, обстоятельства надлежащего или ненадлежащего исполнения договора исследованию в рамках настоящего дела не подлежат, поскольку данные обстоятельства могут быть оценены в рамках дела по спору об исполнении договора¹. Выводы суда

¹ Постановление ФАС Московского округа от 14 марта 2012 г. по делу №А4 0-1636/11-102-15 // СПС «Консультант-плюс».

по данному делу оставляют больше вопросов, чем ответов. Почему бремя доказывания наличия нарушений условий договора возложено судом на сторону, которая утверждает об отсутствии нарушения? Для чего исследовать вопрос надлежащего или ненадлежащего исполнения договора в рамках дела об исполнении договора, если договор уже расторгнут путем направления уведомления? Возможно ли было исследовать эти обстоятельства в рамках указанного дела, если бы Вторая часть ГК РФ содержала критерии существенного нарушения условий дистрибьюторского договора?

Чаще всего стороны дистрибьюторского договора стремятся в одностороннем порядке изменить условие о территории (существенное условие дистрибьюторского договора) и условие о цене. По вопросу о возможности одностороннего изменения условия дистрибьюторского договора о территории судебная практика также противоречива.

Так по делу о взыскании убытков в виде упущенной выгоды, причиненных односторонним изменением ОАО «Пивоваренная компания «Балтика» условий дистрибьюторского договора суд первой инстанции удовлетворил исковые требования. Постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда решение суда первой инстанции отменено. Суды вышестоящих инстанций также не нашли оснований для удовлетворения иска¹. Из обстоятельств дела следует, что между ответчиком (поставщик) и истцом (дистрибьютор) заключен дистрибьюторский договор, в соответствии с которым поставщик обязался поставлять дистрибьютору продукцию в установленные сроки на основании письменных заявок, а дистрибьютор обязался приобретать продукцию только у поставщика и реализовывать ее от своего имени и за свой счет на территории, определенной в приложении к договору. Условиями договора установлено, что в случае отсутствия письменных заявок продукция поставляется исходя из существующего ассортимента на сумму произведенной оплаты. Истец ссылался на то, что сотрудником ответчика — руководителем сбытового подразделения г. Воронежа изданы несколько распоряжений, которыми перераспределены территории, закрепленные за дистрибьюторами, в результате чего из территорий, закрепленных в Приложении №1 договора исключены несколько районов города Воронежа и Воронежской области. Таким образом, по мнению истца, ответчик в одностороннем порядке изменил условия договора и причинил истцу убытки в виде упущенной выгоды. Отказ в иске мотивирован недоказанностью размера убытков и отсутствием причинно-следственной связи между действиями ответчика и причиненными убытками. Между тем ВАС РФ не дал достаточной оценки действиям истца, как основаниям обращения с иском. Безусловно, квалификация названных действий как одностороннее изменение условия договора о территории при недоказанности размера убытков не изменила бы резолютивную части решения суда. Но она стала бы отправной точкой для понимания позиции судебных органов относительно свободы сторон к изменению указанного условия. Судя по всему, до нормативного признания факта существования дистрибьюторского договора ВАС РФ не стал брать на себя такую серьезную инициативу.

Примечательно, что при иной формулировке требований и грамотном составлении договора (взыскание неустойки за нарушение условия договора о территории) истец в схожей ситуации добился положительного эффекта².

ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ НА ПРОИЗВЕДЕНИЯ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ, ОПУБЛИКОВАННЫХ НА УСЛОВИЯХ ОТКРЫТОЙ ЛИЦЕНЗИИ

КОБЫЛЯЦКИЙ Дмитрий Андреевич,

аспирант кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОАУ ВПО «Южный федеральный университет»,
юрист 3 класса, сотрудник Ростовской областной коллегии адвокатов «Партнерство»

Электронная форма произведения с развитием технических средств становится все более распространенной. Сложности охраны имущественных прав на обнародованные в электронной форме произведения породили целый комплекс мер, направленных, в том числе, и на сохранение личных неимущественных прав автора. Юридическая квалификация открытого лицензирования позволяет установить, является ли такая модель перспективной с точки зрения охраны интеллектуальных прав.

¹ Определение ВАС РФ от 26.02.2010 №ВАС-2119/10 по делу №А5 6–43093/2007В // СПС «Консультант-Плюс».

² Постановление ФАС Московского округа от 13.03.2012 по делу №А4 0–55068/11–34–488 // СПС «Консультант-Плюс»

Затрагиваемые вопросы тем более актуальны в свете поручения Президента России Д.А. Медведева по подготовке предложений о внесении изменений в национальное гражданское законодательство в отношении правового статуса открытых лицензий¹.

Увеличение доли электронных объектов интеллектуальных прав в гражданском обороте, равно как и наметившаяся тенденция к переходу на электронный документооборот, привело к появлению исключительно электронных публикаций, то есть произведений, впервые вышедших в свет в электронной форме².

Электронная форма обеспечивает неограниченную по длительности и кратности возможность использования оригинала или копии произведения. Такие ограничения в случае с бумажным изданием могут быть обусловлены его тиражом и подверженностью материального носителя износу. Доведение до сведения результата творческой деятельности автора, выраженного в электронной форме, организуется путем его опубликования в компьютерной сети Интернет. Сеть Интернет определяется в научной гражданско-правовой литературе как международная телекоммуникационная сеть общего пользования, основанная на принципе децентрализации, отсутствии ограничений в передаче информации³. Любой файл, содержащий в себе экземпляр произведения, может быть доступен в сети Интернет после совершения автором действий по разрешению доступа⁴.

Гражданский кодекс Российской Федерации в ст. 1270 предусматривает такую возможность распоряжения исключительными правами, как предоставление другому лицу права использования соответствующего результата интеллектуальной деятельности. Распоряжение исключительными правами реализуется путем заключения предусмотренных гражданским законодательством договоров. Исходя из принципа свободы договора (ст. 421 ГК РФ), стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Поскольку для наиболее распространенных типовых правоотношений, нуждающихся в детальной регламентации, законодатель предусматривает конкретные виды договоров, нормы о лицензионном договоре содержатся в ст. 1286 ГК РФ. Такой договор дает лицензиату право использовать результат интеллектуальной деятельности в оговоренных пределах и оговоренными способами.

Выпуск произведения в свет может, по желанию автора, сопровождаться доведением до сведения публики условий лицензионного договора, оговаривающего особые условия использования произведения. Такие условия могут касаться, в том числе, порядка и способа вознаграждения лицензиара. Отметим, что возмездность не всегда является обязательным условием лицензионного договора.

Мы можем различать виды лицензионных договоров в зависимости от наличия или отсутствия оговоренного встречного имущественного предоставления автору от пользователя. В мировой практике условие обнародования произведения на безвозмездной основе и (или) без ограничения доступа получили устойчивое признание в качестве некоммерческой (открытой) лицензии. Существует комплекс причин, делающих возможным и целесообразным обнародование произведения на условиях открытой лицензии.

В первую очередь, экономическая выгода, извлекаемая из лицензионных договоров на использование произведений издателями, несопоставима по масштабам с ущербом, который терпит общество от ситуации закрытости знаний. В пользу такого аргумента говорит и то, что разрыв по объему цитирования научных изданий в закрытом и открытом доступе постоянно увеличивается⁵. Обобщенные результаты исследований по этому вопросу позволяют сделать однозначный вывод о необходимости коренным образом пересмотреть как модель предоставления доступа к таким произведениям, так и условия предоставления доступа⁶.

¹ Письмо Минкомсвязи России от 01.08.2011 №АЖ-П1 7–14249. URL: <http://www.forum.yourclub.ru>.

² Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации (утв. Президентом РФ 07.02.2008 №Пр-212). Российская газета. 16.02.2008. №34.

³ Панфилов П. А. Сравнительная характеристика юридических подходов к понятию Интернета. // Российское право в Интернете. 2007. №2. URL: http://www.rpi.msal.ru/prints/200702inf_law 5.html.

⁴ См. подробнее: Кобыляцкий Д. А. Объективная форма произведения, обнародованного в глобальной информационной сети // Северо-Кавказский юридический вестник. 2009. №4. С. 51–54.

⁵ Eysenbach G. The Open Access Advantage // Journal Med Internet Res. 2006. №8. P. 8.

⁶ См. подробнее: Кобыляцкий Д. А. Свободный доступ к произведениям науки в глобальной информационной сети // Материалы Международной научно-практической конференции «Инновационные технологии — основной ресурс социально-экономического развития России» 13–14 декабря 2007. Ростов н/Д: ИУБиП, 2007. С. 361–364.

Во-вторых, в глобальной информационной сети усилился обладателей прав на результаты интеллектуальной деятельности направлены на пресечение конкретных нарушений, совершаемых конкретными лицами. Они опираются на правомочия, содержащиеся в ст. 1252 ГК РФ (предъявление к конкретному лицу требований о признании права, пресечении действий, нарушающих право, возмещении убытков), сконструированные таким образом, что правообладателю необходимо сначала установить нарушителя, и лишь затем реализовать защиту своих прав. Даже применение технических средств защиты не позволяет сделать это. Данный путь экстенсивен, и, как отмечается, ведет к постоянному увеличению расходов на охрану прав¹.

Названные проблемы позволяют отметить наличие существенной потребности в нахождении новых способов охраны интеллектуальной собственности в глобальной информационной сети. К нашему удовлетворению, такие способы появились вскоре после повсеместного распространения самой информационной сети. Решение проблемы представляет собой конкретизацию некоторых законодательных положений в области лицензирования в целях подробной регламентации использования открытых лицензий.

Лицензионный договор, как определяется ст. 1235 ГК РФ, содержит условия использования результата интеллектуальной деятельности в пределах, оговоренных обладателем исключительного права на него. Такой вид регламентации ограничен лишь общими положениями, такими, как форма и обязательные условия, (к которым отнесены территория действия, срок, плата, предмет и способы его использования). Открытые лицензии в этой связи представляются типовыми лицензионными договорами, объединенными общим признаком неограниченности круга пользователей, и различаются, как нам видится, лишь степенью и видами ограничений, накладываемых на использование объекта исключительного права.

Мы можем констатировать, что теоретические положения, предлагаемые в развитие принципа открытого некоммерческого использования произведения могут быть беспрепятственно претворены в жизнь на правовом пространстве ВОИС, к которому относится, в том числе, и Россия².

Открытые лицензии могут быть охарактеризованы как особый вид лицензионных договоров, предназначенных для обеспечения юридической возможности неограниченного круга лиц воспроизводить, изучать и распространять произведения. При этом условия лицензионного договора могут быть оговорены как при обнаружении произведения, так и впоследствии. Среди открытых лицензий на текстовые, графические и аудиовизуальные произведения наибольшее распространение получили лицензии, разрабатываемые организациями Creative Commons и Free Software Foundation³.

При обнаружении произведения на условиях открытой лицензии по выбору правообладателя могут быть указаны условия, которые дают пользователю права использовать, распространять, перерабатывать произведение, как в коммерческих, так и в некоммерческих целях, при условии указания автора произведения, либо лицензирования производных работ на аналогичных условиях; при этом может сохраняться требование указания авторов и некоммерческого использования.

В свою очередь, открытое лицензионное соглашение GNU (GNU General Public License) — одна из самых юридически проработанных и распространенных открытых лицензий. Носящее характер договора присоединение соглашение предоставляет пользователю права копировать, модифицировать и распространять (в том числе на коммерческой основе) программы (что по умолчанию запрещено законодательством об авторских правах), а также обязывает передать пользователям всех производных программ аналогичные права.

Перспективы развития открытого лицензирования наглядно демонстрируются жизнеспособными деловыми моделями, заметно активизировавшими развитие программ для ЭВМ, расширивших пользовательскую базу, увеличивших поступления от обслуживания и консультационных услуг, а также существенно ожививших продажи издательской продукции⁴.

Как нам представляется, открытый лицензионный договор является особым видом правового регулирования режима использования произведения. Он по своей форме основывается на действующем

¹ Gowers A. Gowers Review of Intellectual Property. L.: Her Majesty's Treasury, 2006. P. 73.

² Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 года. Женева: ВОИС, 1979. Вып. 250 (R).

³ Creative Commons. URL: <http://www.creativecommons.org>.

⁴ Серета С. А. Свободны ли в России «Свободные лицензии» // Патенты и лицензии. 2009. №4. С. 2–8.

законодательстве об интеллектуальной собственности. Однако, существенным является дальнейшее принятие практических мер по закреплению основ правового регулирования на условиях открытого лицензирования в законодательстве Российской Федерации. В законодательном закреплении нуждается перечень факультативных условий, которые предлагается выбрать правообладателю для включения в открытый лицензионный договор.

Понятие свободного использования произведения в настоящий момент, на наш взгляд, необоснованно сужено. Перечень допустимых видов использования, ограниченный целями использования (ст. ст. 1273-1280 ГК РФ), не допускает в явном виде запись в память технического устройства произведения, свободно доступного для ознакомления в сети Интернет. Такое ограничение делает *de jure* незаконной любую попытку воспроизвести правомерно обнародованное произведение с помощью технического средства. Отметим также существующую на настоящий момент тенденцию к ужесточению описываемого правила путем введения дополнительного ограничения на свободное использование произведения путем записи его экземпляра в компьютерную память только при необходимости.

Существует практическая необходимость внесения изменений в законодательное регулирование разрешений на использование произведений, — в сторону упорядочения и расширения нормативной регламентации лицензионных договоров, разрешающих использование произведений в электронной форме. Для этого важно реализовать на практике существующее в настоящее время лишь в доктрине понятие исчерпания имущественных прав на произведение.

Согласно новой редакции ст. 1233 ГК РФ правообладатель сможет сделать заявление о предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать принадлежащий ему результат интеллектуальной деятельности на определенных им условиях и в течение указанного им срока. При этом если в заявлении правообладателя о предоставлении свободной лицензии не указан срок, считается, что он составляет пять лет, а при отсутствии указания на территорию считается, что это территория России. В течение срока действия заявление не может быть отозвано, а предусмотренные в нем условия использования не могут быть изменены.

В отношении произведений, обнародованных в электронном виде в сети Интернет, сохранение такой формулировки может способствовать юридическому коллапсу. Ввиду экстерриториального характера сети Интернет правомерно переработанное и распространенное произведение с высокой степенью вероятности будет находиться не на территории России. Ни технических, ни нормативных средств избежать этой ситуации не существует.

Более того, даже разрешение свободно перерабатывать распространять произведение предполагает наделение пользователя правом на переработку традиционного произведения в электронную форму, что увеличивает сферу его распространения до границ ноосферы. Существование законодательного ограничения, по умолчанию устанавливающего пределы распространения произведения, противоречит самой сути свободного лицензирования.

В связи с этим представляется возможным рекомендовать изменить редакцию закона, заменив в абз. 3 п. 6 ст. 1233 ГК РФ слова «что это территория Российской Федерации» словами «что территория разрешенного использования результата интеллектуальной деятельности не ограничена».

Как показывает практика регулирования свободных лицензий в других странах, условие о сроке использования произведения любыми лицам безвозмездно устанавливается правообладателем (чаще всего автором) бессрочно. Неоднократное продление срока использования, выраженного в годах, не является общепотребительным решением, и может рассматриваться скорее как исключение из правила. Более того, предлагаемая редакция ст. 1233 ГК РФ предусматривает, что заявление правообладателя состоит в предоставлении любым лицам возможности безвозмездно использовать результат интеллектуальной деятельности на определенных условиях и в течение указанного срока, — следовательно, желающий явно ограничить срок безвозмездного использования произведения правообладатель не лишен возможности сделать это в предусмотренной законом форме.

При обнародовании произведения на условиях свободной лицензии по выбору правообладателя могут быть указаны несколько факультативных условий, которые дают пользователю права использовать, распространять, перерабатывать произведение, как в коммерческих, так и в некоммерческих целях, при условии указания автора произведения, либо лицензирование производных произведений на тех же условиях, которые установлены для первоначального произведения; при этом могут сохраняться требования указания автора и запрета коммерческого использования произведения.

Такие условия, будучи включены в свободный лицензионный договор, способны более эффективно защитить имущественные интересы автора, чем установление срока безвозмездной лицензии по умолчанию. В свою очередь, баланс интересов автора и пользователя будет серьезно смещен в

сторону первого в том случае, если пользователь будет вынужден жестко контролировать период использования произведения, переданного в безвозмездное использование.

Правоочия распространения и переработки, однажды реализованные другими лицами в рамках свободной лицензии, не могут быть отозваны истечением стандартного срока, поскольку правомерно переработанное произведение будет безвозмездно распространено. Законодателем не предложено никаких легитимных средств, позволяющих прекратить по истечению срока использование такого модифицированного произведения.

В связи с этим п. 6 ст. 1233 ГК РФ целесообразно подвергнуть изменениям, заменив условие о пятилетнем сроке по умолчанию на условие: если в заявлении правообладателя не указан срок, считается, что оно действует бессрочно.

К ВОПРОСУ О ГРАЖДАНСКОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ

КРАВЦОВА Людмила Николаевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Понятие правосубъектности общепризнанно сводится к способности лица быть субъектом правоотношения. И здесь уместно вспомнить положения, высказанные в свое время одной из ведущих теоретиков науки права Р.О. Халфиной. Подчеркивая, что термин «субъект правоотношения» чаще всего применяется как равнозначный субъекту права, она указывает также: «...если даже условиться о том, что понятие субъекта правоотношения не тождественно субъекту права, а обозначает участие в правоотношении и ничего больше, то и в этом случае вряд ли целесообразно применять сходные наименования для различных понятий. Отграничивая понятие участника правоотношения как более узкое и конкретное, подчиненное по отношению к понятию субъекта права, нужно указать ту основную характеристику, которая предопределяет возможности выступления субъекта права в качестве участника правоотношения»¹.

Таким образом, правосубъектность — это возможность стать участником правоотношения, будучи субъектом права. И подобное представление неизбежно отражает грамматическое толкование слова «правосубъектность». Однако, оно не раскрывает сущности данного явления, которое в науке права понимается различно и отсюда обнаруживаются различные подходы и суждения при единодушном признании правового характера этой сущности. Обратимся к трем основным позициям, высказанным десятилетия назад, еще в советский период.

Ряд авторов издавна отождествляли правосубъектность с правовым статусом лица, дающим возможность быть участником не только конкретного правоотношения, но и носителем прав, обозначенных в законе². Речь идет о правах, которые носят общий характер и являются абсолютными. Таковы, прежде всего, конституционные права, реализуемые в конкретных правоотношениях. Не вдаваясь в уяснение положений о правовом статусе, отметим недопустимость смешения правосубъектности и субъективного права, которое всегда конкретно и принадлежит определенному лицу, — конституционные права, закрепленные в Гл. II Конституции РФ, принадлежат каждому человеку и им корреспондирует обязанность государства, также субъективная конкретная. Другое дело, что одна группа этих прав вытекает непосредственно из Основного закона, а другая требует нормирования дополнительно иными актами (гражданским, трудовым, пенсионным и прочим законодательством). Конечно, без признания таких прав, закрепленных во Всеобщей Декларации прав человека ООН 1948 года, национальным законодательством, указанных правоотношений с определенным государством не будет, несмотря на приоритет общепризнанных норм международного права и популярности теории естественного права.

Другая позиция относит правосубъектность к особой разновидности правоотношения, полагая, что этим подчеркивается ее функциональное значение, а также ее место и роль в системе механизма правового регулирования «Наделение субъекта определенными правами неизбежно порождает у

¹ Халфина Р. А. Общее учение о правоотношении. Юридическая литература. М., 1974. С. 116.

² Мицкевич А. В. Субъекты советского права. С. 26–33; «Общая теория советского права». С. 283–292; Н. А. Фоменко. Понятие и юридическое содержание трудовой правосубъектности // Проблемы гражданского права и процесса. Иркутск, 1970. С. 200–211.

другого лица соответствующие обязанности, то-есть само обладание правами и обязанностями есть отношение... Таким образом, правосубъектность — юридическая связь известных, определенных субъектов»¹. С точки зрения автора приведенного суждения выходит, что правосубъектность — относительное правоотношение и, следовательно, абсолютные правоотношения с ней не связаны, ведь обязанные лица здесь неизвестны, их неопределенное множество. Но не станем придираться и проанализируем эту точку зрения на правосубъектность как правоотношение. Особенность правосубъектности в системе правоотношений сторонники рассматриваемой точки зрения обнаруживают в том, что в ней одной из сторон всегда выступает государство. Отношения правосубъектности характеризуются «охраной, защитой, гарантированием, взаимной ответственностью, существующей между государством и гражданином»². Эта мысль, имея в виду социалистический строй, очевидно, созвучна с положением о правах, образующих правовой статус лица, которое мы рассмотрели выше.

Но исследуемая позиция относит к особенностям правоотношения — правосубъектности еще и условия возникновения его: здесь налицо сложный фактический состав, где необходимым компонентом, предшествующим конкретным юридическим фактам, выступают юридические условия. Они имеют универсальное действие и длящийся характер. В совокупности с иными юридическими фактами они порождают, изменяют и прекращают субъективные права и обязанности³. При этом, предшествующие юридические условия могут быть общими, отраслевыми и имеющими место в разных сферах, группах отношений, определяемых нормами института (институтов) одной или нескольких отраслей права⁴. По-видимому, в этой связи можно было говорить об общей, отраслевой и специальной правосубъектности.

Длящийся характер юридических условий, предопределяющих остальные юридические факты, неизбежно влияет на отношения правосубъектности, придавая им относительно непрерывный и длящийся характер, что предполагает неоднократную реализацию субъективных прав и обязанностей в рамках отношений правосубъектности, и в то же время здесь прослеживается независимость отношений правосубъектности от непосредственного поведения их участников⁵. Очевидно, что здесь также, как и при анализе первого подхода к правосубъектности, мы замечаем существование прав, провозглашенных Основным законом, реализация которых реальна лишь при наличии отраслевого законодательства.

Не соглашаясь в целом с позицией о признании правосубъектности отношением, мы справедливости ради должны отметить и положительные моменты, подмеченные сторонниками исследуемого подхода. Так, мы солидарны с ними, когда они говорят о системном характере правосубъектности от том, что «отношения правосубъектности применительно к конкретному субъекту права всегда системны, тесно взаимосвязаны и в реальной действительности зачастую не могут быть осуществлены в отдельности»⁶. Естественно, как и любая система, они обладают устойчивостью и целостностью. Правда, обоснование данного указания ссылкой на государственную волю и волю самих субъектов права, «которые по своей природе являются сложными биосоциальными и социально-политическими системами»⁷, нам представляется слишком банальным. Однако, действительно, следовало говорить о системности правосубъектности. Ведь она присуща субъектам правоотношений, а все общественные отношения, в том числе и правовые, существуют в рамках единой устойчивой системы. Вместе с тем устойчивость относительна, поскольку и общество, и его элементы развиваются, изменяются и, следовательно, правосубъектность также не может оставаться неизменной, — она динамична. Это зависит от разных периодов, условий и потребностей участников общественных отношений⁸. Именно поэтому благодаря правосубъектности, которая может носить общий, отраслевой и даже специальный характер, субъект права становится участником разных правоотношений.

¹ Перевалов В. Д. Вопросы теории социалистической правосубъектности // Правоведение. №3. 1980. С. 56.

² Матузов Н. И. Личность. Право. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1972. С. 176.

³ Ханнанов Н. А. Нормативные условия и динамика гражданского правоотношения // Советское государство и право. 1973. №8. С. 125–126.

⁴ Перевалов В. Д. Указ. соч. С. 57.

⁵ Проблемы социалистического государства и права в современный период. М., 1969. С. 229–230.

⁶ Перевалов В. Д. Указ. соч. С. 57.

⁷ Там же.

⁸ О динамике правосубъектности мы вспомним несколько позднее, говоря о правоспособности.

Выходит, что правосубъектность — это нечто присущее любому субъекту права, то, без чего он не сможет участвовать в конкретном правоотношении, то есть отношении, подпадающем под воздействие определенной отрасли права. И каждая отрасль права применительно к правосубъектности выдвигает свои требования. Так, конституционное право дает возможность каждому человеку стать участником любого правоотношения по реализации его прав, провозглашенных Конституцией. Более того, — уже с момента признания значительной части этих прав человек становится участником правоотношений в качестве управомоченного лица по отношению к государству. По сути, признавая естественные права, государство признает существование общей правосубъектности. Но эта же отрасль в отношении, например, депутатов Государственной Думы допускает лишь специальную правоспособность, ограничивая его общечеловеческие правовые возможности: известно, что депутат не вправе быть участником правовых отношений, предполагающих предпринимательскую деятельность данного лица. Отраслевые правоотношения ввиду их специфики, очевидно, не могут принимать правосубъектность, не различая субъектов, иными словами каждая отрасль права, допуская лицо к участию в конкретном правоотношении, проверяет наличие у него необходимой правосубъектности, — не статуса (который, кстати, формируется благодаря правосубъектности) и не каких-то особых отношений, — а определенного качества, обязательного для участника той или иной правовой связи (предмета данной отрасли права). Таким образом, правосубъектность — это такое свойство субъекта права, которым он должен обладать для того, чтобы стать участником конкретного отношения, являющегося предметом определенной отрасли права. Такова третья позиция относительно понятия правосубъектности и мы считаем ее наиболее верной.

Теперь предстоит решить вопрос о содержании правосубъектности, о том, что составляет ее суть. На этот счет в юридической литературе нет единого мнения. Так, авторы, считающие ее отношением особого рода, естественно, в качестве содержания называют субъективные права и обязанности¹. Конечно, правосубъектность, предполагая возможность участия в конкретном правоотношении предполагает также и приобретение участниками этого отношения субъективных прав и обязанностей. Но они образуют содержание именно конкретного правоотношения, а не правосубъектности — отношения, где невозможно выделить управомоченного и обязанного. Впрочем, такой взгляд на содержание правосубъектности не стал популярным.

Наиболее распространены три позиции, в соответствии с которыми: одни ученые отождествляют правосубъектность с правоспособностью, то есть полагают, что содержание правосубъектности состоит в возможности обладания субъективными правами и наделения лица обязанностями. Другие считают содержанием правосубъектности совокупность правоспособности и дееспособности. Третьи полагают, что содержание правосубъектности различно в зависимости от специфики отрасли права, — для некоторых отраслей она равнозначна правоспособности, а в иных более объемна по содержанию, требуя еще и дееспособности. Последняя точка зрения нас в настоящий момент не интересует, не потому, что она не заслуживает внимания, тем более, что она высказывалась маститыми учеными-теоретиками, а от того, что целью нашего исследования является установление сути гражданской правосубъектности.

С.Н. Братусь определяет ее как признанную законом способность иметь права и нести обязанности², — он самый яркий представитель первой позиции, анализ которой требует исследования понятия правоспособности.

Сам термин «правоспособность» дает основание полагать, будто она свидетельствует о способности к обладанию правами. Но, если она неразрывна от правосубъектности — способности быть участником правоотношения, то должна существовать также и способность нести обязанности. Как известно, в правоотношении управомоченному лицу корреспондирует обязанность другой стороны, — субъективное право немислимо вне правоотношения, содержанием которого являются субъективные права и обязанности его участников. Следовательно, необходимо понятие, говорящее о способности иметь обязанности. Однако, такового нет, — в лучшем случае можно вспомнить о деликтоспособности. Между тем, деликтоспособность не следует отождествлять с способностью нести обязанности, поскольку она скорее привязана к дееспособности, а не к правоспособности, выражая возможность привлечения лица к ответственности за совершенное им правонарушение. Иными словами, деликтоспособность — это способность отвечать

¹ Перевалов В. Д. Указ. соч. с. 56.

² Братусь С. Н. Советское гражданское право. Субъекты гражданского права. Гл. I. М.: Юридическая литература, 1966. С. 12.

за свои неправомерные действия. А ответственность и обязанность — не одно и то же. Правда, в обязанности из причинения вреда они совпадают, поскольку причинитель вреда приобретает обязанность отвечать, иных обязанностей у него по данному обязательству не возникает. Однако наличие такого обстоятельства никак не стирает различия между понятиями «обязанность» и «ответственность».

Итак, специального термина, который выражал бы «обязанность» не существует и понятие правоспособности относится также и к способности нести обязанности. Именно так определяет ее Закон, говоря о гражданах: «способность иметь гражданские права и обязанности (правоспособность)...» — ст. 17 ГК РФ. То же самое можно сказать и о других субъектах.

А если лицо имеет подобную способность, то оно, несомненно, по мнению С. Н. Братуся является участником правоотношения, если тому способствуют определенные юридические факты. Отсюда и его вывод о том, что правосубъектность и правоспособность — однозначные понятия. И это подтверждается во многих случаях.

Но не во всех. Так, граждане, все в равной мере обладающие правоспособностью, — а значит, в равной мере могущие приобрести права и обязанности, порой не могут быть участниками правоотношений, поскольку важным свойством любого правоотношения, а гражданского в особенности, является его волевой характер. И если субъект не обладает с точки зрения права достаточной волей для участия в гражданском обороте, а его законный представитель не вправе от его имени участвовать в данном правоотношении (например, составлять завещание, быть представителем его на стороне поверенного и пр.), — то правоспособный не сможет стать участником правоотношения, будучи неправо субъектным. Все это относится к относительным правоотношениям. А в абсолютных наблюдается иная картина: здесь носитель права совпадает с участником правоотношения, то есть способность обладания абсолютным правом равнозначна способности участия в соответствующем отношении. И недееспособный носитель права собственности или авторства является участником правоотношения собственности или авторского отношения. Выходит, что воля лица здесь не требуется.

С учетом обширности абсолютных отношений, а также сравнительно немногих случаев недопущения участия в относительных правовых связях, мы должны бы согласиться с позицией Н.С. Братуся, если бы не одно положение, высказанное в юридической литературе: известный ученый-цивилист Д.М. Генкин считал искусственной конструкцией признание основным признаком абсолютных отношений того, что каждый должен воздерживаться от нарушения абсолютного права. «Едва ли гражданин не искушенный в премудростях таких цивилистических конструкций, поймет, что он состоит в правовых отношениях с неизвестным ему лицом, обязывающем его воздерживаться от нарушения неизвестной ему сферы собственности неизвестного ему лица»¹. Следовательно, носитель абсолютного права обычно об участии в правовом отношении едва ли даже предполагает и мы, как правило, имеем дело с такой степенью неосознанной правосубъектности, которую можно сопоставить с приобретением прав и обязанностей недееспособным на основе представительства по закону. Однако, как бы мы то ни было и в том, и в другом случае есть правоотношения и в них реализованы элементы правоспособности, то-есть и в том, и в другом случае, хотя и неосознанно, но есть участие в правоотношении, хотя бы и через законного представителя. Далее мы отметим, что такое участие неполноценно в сопоставлении с самостоятельной волевой деятельностью участника, но пока речь не об этом.

Исходя из сказанного выше, очевидно, что при равенстве правоспособности граждане могут иметь не равную правосубъектность.

Теперь обратимся к юридическим лицам. В отношении из правоспособности равнозначный подход, поскольку и универсальную, и специальную правоспособность определяют с учетом целей и задач, предопределивших создание данного юридического лица. Отсюда объем специальной правоспособности по сравнению с универсальной ограничен. Все юридические лица, будучи субъектами права, равны, но правосубъектность у них различная, зависящая от объема их правоспособности. Соответственно от этого объема зависит и правосубъектность: при универсальной правоспособности можно стать участником любого правоотношения, за исключением случаев, запрещенных законом; при специальной правоспособности участие ориентировано специальными целями основной деятельности. Частным коммерческим организациям путем участия в рыночных отношениях по своему усмотрению требуется только получение прибыли, поскольку закон предоставил им почти неограниченную правоспособность. Предпринимательская деятельность этих

¹ Генкин Д. М. Право собственности в СССР. М.: Госюриздат, 1977. С. 37–38.

юридических лиц может осуществляться в каком угодно направлении, то есть правоспособность и правосубъектность у них, по сути, тождественны. Правда, это частные коммерческие лица со специальной правоспособностью, их цель также определена законодательством: извлечение прибыли, но лишь путем специальной деятельности, — страховой, банковской, сысской и т.д. Несмотря на то, что эти юридические лица имеют организационно-правовую форму, предполагающую наличие универсальной правоспособности, их правосубъектность оказывается ограниченной целью их деятельности.

Интересны случаи, когда организация, обладающая универсальной правоспособностью в своем уставе подчеркивает, что намерена осуществлять только определенную деятельность, явно не связанную со многими сферами правовых отношений. В таком случае не исключается предположение о том, что мы имеем дело с самоограничением правоспособности, о котором говорит законодатель, — п. 3 ст. 22 ГК РФ допускает частичный и даже полный отказ от правоспособности¹, если этому не препятствует закон. Однако, на наш взгляд, здесь нет самоограничения правоспособности, — налицо официально выраженное намерение не использовать ее универсальность. А если появится необходимость, от такого намерения нетрудно отказаться, даже не внося соответствующие изменения в устав и в данном случае самоограничения правосубъектности нет.

Итак, правоспособность имеет свое содержание, выражающее ее объем и именно он влияет на правосубъектность, которая изначально определяется целями деятельности, не запрещенной данным лицам или даже требуемой от них.

В науке права обнаруживаются суждения о динамике правоспособности². Однако, такое суждение по справедливому замечанию С.Н. Братуся «...растворяет правоспособность в конкретных субъективных правах»³.

Между тем динамика как таковая, действительно есть, и она влияет на правосубъектность, но ее следует относить, прежде всего, не к правоспособности, а дееспособности. Следовательно, нам предстоит обратиться далее к позиции, согласно которой правосубъектность, помимо правоспособности включает и дееспособность.

А пока мы считаем невозможным игнорировать широко распространенный в юридической литературе взгляд на правоспособность как особое субъективное право. Его можно принять, учитывая оговорку о том, что оно особое и служит предпосылкой правообладания (то есть приобретения субъективных прав и, стало быть, правосубъектности). Конечно, нельзя забывать и об абсолютном характере подобного права, существующего в рамках абсолютного правоотношения, отношение к которому мы высказали выше. Здесь нужно бы упомянуть о связи правоспособности с объективным и субъективным правом, но мы не станем этого делать ввиду общеизвестной очевидности данной связи.

Также мы не будем приводить определение понятия дееспособности. Подчеркнем лишь тот факт, что если неправоеспособных субъектов не существует, то немало либо недееспособных, либо неполноценно дееспособных физических лиц. И, как известно, такой дефект восполняется действиями их законных представителей, выступающих от имени соответствующего лица или предоставляющих последнему возможность действовать самостоятельно, реализуя свою правоспособность. Таким образом, их можно считать участниками многих правоотношений.

Вместе с тем анализ элементов дееспособности позволяет говорить о пороках правосубъектности этих лиц. Повсеместно принято признавать элементами дееспособности способность самостоятельно приобретать права и обязанности; своими осознанными действиями осуществлять их и нести самостоятельно имущественную ответственность (деликтоспособность). Оказывается, что даже с помощью законных представителей в ряде случаев нельзя стать участником правоотношения. Например, дети до достижения определенного возраста не могут заниматься предпринимательской деятельностью, приобретать спиртные напитки и т.д. Еще сложнее с самостоятельным осуществлением приобретенных прав и обязанностей. Ведь даже права на продукты питания зачастую реализуются без ориентации на волю детей. А в силу п. 3 ст. 37 ГК РФ, за отдельными исключе-

¹ Возможность полного отказа от правоспособности нам представляется нереальной, ведь неправоеспособных субъектов не существует.

² Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву // Ученые Труды Всесоюзного Института юридических наук. Вып. III. М., 1940. С. 70. Гражданское право: Учебник для юридических вузов. М., 1944, Т. 1. С. 123.

³ Братусь С. Н. Указ. соч. С. 19.

ниями, установлен запрет опекуну, его супругу и близким родственникам совершать с подопечным сделки по распоряжению имуществом подопечного (соответственно попечителю запрещено давать на то согласие). Что же касается деликтоспособности, то у малолетнего ребенка, а также у лица, признанного судом недееспособным ее нет, — вместо них уже от собственного имени вследствие собственной вины отвечают законные представители. Равным образом, возлагая на представителя несовершеннолетнего субсидиарную ответственность, законодатель исходит из наличия его вины в действиях подростка.

Правосубъектность юридических лиц и иных субъектов гражданского права более совершенна, ведь правоспособность и дееспособность у них возникают с момента их образования безоговорочно. Так, определяя понятие юридического лица, ст. 48 ГК РФ указывает на его возможность от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные права, нести обязанности, отвечать по своим обязательствам принадлежащим ему имуществом. Здесь очевидно наличие всех элементов дееспособности.

Было бы интересно исследовать реализацию указанных элементов дееспособности юридического лица, однако это вряд ли окажется достаточно целесообразным в рамках нашей темы. Между тем нельзя не отметить, что законодатель подчеркнул необходимость для признания организации юридическим лицом наличия у нее всех элементов дееспособности. И ясно, что в отличие от дееспособности физических лиц дееспособность юридического лица, как и иных субъектов, стабильна и не влияет на их правосубъектность.

Мы уже говорили о воздействии возраста на правосубъектность граждан, определяя ее динамику. Но, как нам кажется, не следует это положение увязывать с градацией дееспособности физических лиц, установленную законом. Хотя, конечно, достижение ребенком 14 лет является юридическим фактом, значительно приближающим его к приобретению такой правосубъектности, которая имеется у подавляющего большинства совершеннолетних субъектов.

Разумеется, для возникновения любого правоотношения, а значит и участия в нем, необходим юридический факт. Между тем, если для создания подавляющего большинства отношений требуется «индивидуальный» юридический факт (чаще всего в виде действия), то в нашем случае градация дееспособности учитывается повсеместно. Кроме того, самыми распространенными фактами являются правомерные действия, предполагающие наличие воли участника отношения, а дееспособность обусловлена достижением возраста или психическим состоянием, что субъект не может регулировать. Поэтому для признания субъектом права с различной степенью дееспособности законодатель устанавливает для всех физических лиц одинаковые положения.

Динамику правоспособности для законодателя невозможно увязывать с юридическими фактами, — она определяется потребностями общественной жизни, ввиду чего изменяется ее содержание, иногда через многие десятилетия. Например, с возрождением частной собственности стали возможными юридические лица с универсальной правоспособностью, в то время как все юридические лица в советском государстве имели правоспособность исключительно специальную, будучи основанными на социалистической форме собственности. Конечно, динамика правосубъектности может быть не только прогрессивной, — не исключено противоположное явление, как это произошло у нас после Октябрьской революции в отношении граждан.

Подводя итоги, в заключение мы должны констатировать следующее:

1. Нельзя стать субъектом гражданского права, если нереальны с данным лицом никакие отношения, поддающиеся под воздействие гражданско-правовых норм. Разумеется, таких лиц не существует, — напротив, гражданское право имеет дело с разными лицами, обладающими правоспособностью и дееспособностью (либо имеющими законных представителей).

2. Признание субъектом права предполагает участие в гражданских правоотношениях, иначе оно было бы бессмысленным. Поэтому правосубъектным мы считаем тех, кто способен быть участниками этих отношений. Возможность участия, прежде всего, выражает правосубъектность.

3. Провозглашая равенство всех перед законом, устанавливая содержание правоспособности граждан, законодатель даже при наличии дееспособности иногда не допускает лицо к участию в правовом отношении или не дает возможности недееспособному стать носителем каких-то прав даже с помощью представителя. Реже это может быть и в отношении юридического лица.

4). Вероятно, здесь налицо правопрепятствующие факты и правосубъектность, имея общее содержание склонно к ограничению не только фактическими, но и юридическими фактами, относительно постоянными и конкретно определяемыми законодателем.

О НЕОБХОДИМОСТИ УСИЛЕНИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ СОБСТВЕННИКОВ ИСТОЧНИКОВ ПОВЫШЕННОЙ ОПАСНОСТИ

МИХАЙЛЕНКО Олег Валентинович,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Вполне возможно, что тезис, выдвигаемый в данном докладе, будет встречен негативной критикой. Однако, невзирая на такую возможность, мы все же хотим попробовать привлечь научное цивилистическое сообщество к назревшей потребности вернуться к вопросу ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.

На идею нашего тезиса нас навела частная ситуация — ответственность за вред, причиненный автотранспортными средствами. То ли от невежества, то ли от низкого правового воспитания, наш обыватель даже и не задумывается о том, что автомобиль — это не только и не столько средство передвижения, сколько опасный объект, несущий в себе реальную угрозу причинения особо тяжкого вреда окружающим. И совсем свежий пример с гибелью известной актрисы Марины Голуб — прямое тому подтверждение.

Казалось бы, российский законодательство итак предусматривает повышенную гражданско-правовую ответственность владельцев источника повышенной опасности (ст. 1079 ГК РФ). Но в чем заключается такая повышенная ответственность? Признавая определенный объект или определенную деятельность источником повышенной опасности, т.е. источником, содержащим в себе потенциально повышенную угрозу причинения вреда окружающим, гражданское законодательство выводит такое причинение вреда из привычной юристам плоскости вины, переводя его в плоскость случая. Но этого сегодня уже не достаточно. На наш взгляд, основной порок ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, заключается в идее, что субъектом такой ответственности является **только владелец** источника повышенной опасности, т.е. лицо, в чьем обладании находился источник повышенной опасности в момент причинения вреда.

Вернемся к теме автотранспортных средств. Кто такой владелец? Это либо собственник транспортного средства, либо лицо, обладающее автомобилем не имея права собственности. В отношении ситуаций причинения вреда самим собственником автомобиля все предельно ясно, и нам эти случаи не интересны.

Нас в настоящем докладе интересуют ситуации, когда вред причинен владельцем автотранспортного средства, не являющимся его собственником. Такой владелец может быть правомерным либо неправомерным владельцем, однако в любом случае у автомобиля есть еще и собственник. Вопрос, как и почему автомобиль попал от собственника к владельцу не собственнику и является ключевым для нашего тезиса.

Сначала рассмотрим правомерное владение автомобилем. Правомерный владелец автомобиля — это лицо, на законных основаниях получившее владение от собственника. Самым распространенным случаем такой передачи является так называемая доверенность на право управления автотранспортным средством, реже — договор аренды. Кстати, оба случая упомянуты в абз. 2 п. 1 ст. 1079 ГК РФ. Т.е. это случаи, когда автотранспортное средство добровольно передано собственником во владение третьему лицу.

И тут возникает единственный вопрос, неужели собственник транспортного средства не должен понимать, осознавать и нести ответственность, в том числе и за выбор лица, кому он “доверяет” свой автомобиль? Например, отец хочет научить своего сына управлять автомобилем или какой-нибудь молодой человек желает дать уроки вождения своей девушке. В обоих случаях и отец, и молодой человек не могут не понимать, что передают автомобиль в руки лиц, не обладающих знанием и опытом вождения, способностью справиться с дорожной ситуацией. Но формально, исходя из ст. 1079 ГК РФ, ответственными за причиненный в подобных ситуациях вред должны быть исключительно сын или девушка. В равной степени это касается передачи автомобиля в управление третьему лицу по доверенности или договору аренды.

Но неужели собственник, передавая автомобиль третьему лицу в пользование по доверенности или договору аренды, снимает с себя всякую ответственность за потенциальный вред, который может быть причинен его автотранспортным средством, лишь потому, что автомобиль выбыл из его владения? А если это третье лицо окажется чрезвычайно невежественным водителем, попирающим правила дорожного движения, да еще не раз привлеченным к ответственности за их нарушения? Неужели

собственник может передать свой автомобиль кому угодно, проявляя полную беспечность, безразличие и безответственность к последствиям такой передачи? Ведь автомобиль это не просто вещь — **это источник повышенной опасности**. И неужели мы можем позволить, чтобы собственник автомобиля не нес никакой ответственности за столь беспечное и безответственное поведение, которое, в общем-то, и может послужить реальной причиной наступления вреда в будущем?

Неправомерный владлец — это, очевидно, тот, кто завладел автомобилем без согласия собственника. Самый банальный случай, который первым приходит в голову — кража или угон, которые отличаются по своему составу в УК РФ. С первого взгляда кажется, что действительно собственник не должен нести ответственности за вред, причиненный лицом, завладевшим автомобилем преступным путем. Но если начинать разбираться, то данное утверждение ставится под сомнение. Как могло произойти, что автомобиль был украден, быть может он оставлен ночью под домом или же днем возле работы, магазина или еще где-то? А разве мы живем в стране, где кражи автотранспортных средств большая редкость, и разве собственник автомобиля не понимает, что его автомобиль может быть украден или угнан в любой момент? Но ведь автомобиль, находясь ночью под домом, не перестает быть источником повышенной опасности, и разве этот факт не должен потребовать от собственника предпринять все возможное и невозможное, чтобы его автомобиль ни при каких условиях не попал во владение преступника? А если автомобиль попал во владение третьего лица помимо воли собственника только потому, что оно имело доступ к автомобилю из-за беспечности собственника, как, например, часто дети, желая покататься вечером друзей, берут ключи от машины родителей, пока те спят?

В середине 19 века, когда безвиновная ответственность только пробивала себе дорогу в гражданском праве, известный немецкий цивилист Гирке в своей речи «О социальных задачах гражданского права» на съезде немецких юристов в 1889 г., отстаивая идею такой ответственности, обосновывал ее социальными задачами, которые стоят перед гражданским правом, в том числе задачей наибольшей защиты имущественного положения участников гражданского оборота¹. На наш взгляд, реалии сегодняшнего дня вновь ставят перед гражданским правом старую социальную задачу. Уже более нельзя позволить собственнику и далее быть крайне небрежным, беспечным и безответственным при решении вопроса вверения своего источника повышенной опасности третьему лицу.

Так вот, основная идея нашего тезиса заключается в том, что собственник источника повышенной опасности, а в нашем случае это автомобиль, по общему правилу должен нести субсидиарную ответственность за вред, причиненный лицом, в чьем владении находился данный источник, независимо от правомерности владения, за некоторыми исключениями.

Правомерное владение. Когда источник повышенной опасности добровольно был передан собственником третьему лицу, то собственник должен быть предельно осторожен при выборе такого третьего лица. Юристы древнего Рима при возложении ответственности на мандата (поручителя) за вред и убытки, причиненные третьим лицам мандатарием (поверенным, помощником, служащим) при исполнении договора поручения (mandatum), указывали, что вина мандата выражается в *culpa in eligendo* (вина в выборе лица) и *culpa in inspeciendo* (вина в контроле за выбранным лицом). Такую же конструкцию можно было бы применить и в нашем случае.

На самом деле наше законодательство отчасти уже позволяет привлекать собственника автомобиля к ответственности за действия владельца. Только почему то на практике шаблонность мышления юристов не позволяет ее разглядеть. Вернемся к вопросу оформления доверенностей на управление автомобилями. По распространенности — это, пожалуй, основной способ передачи автотранспортных средств во владение третьим лицам.

Но что это за документ — доверенность на право управления автомобилем? Мы до сих пор не понимаем, почему этот документ именуется именно так. Ведь он по своей природе совершенно не соответствует понятию доверенности, данному хотя бы в ст. 185 ГК РФ. Суть его не в представлении интересов собственника автомобиля перед третьими лицами тем, кому эта доверенность выдана. Суть этого документа в передаче автомобиля во владение с целью использования, причем практически всегда безвозмездно. В подавляющем случае доверенность на право управления автотранспортным средством — это договор безвозмездного пользования, по которому автомобиль передается собственником (судодателем) в безвозмездное временное пользование владельцу (судополучателю). Договор судоды позволяет возлагать на собственника автомобиля ответственность за вред, причиненный третьему лицу в результате его использования (ст. 697 ГК РФ).

Здесь можно возразить тем, что такая конструкция не применима при аренде, особенно в сфере предпринимательской деятельности, когда договорные связи предпринимателей не дают возмож-

¹ См.: Покровский И. А. Возмещение вреда и разложение его // Вестник права. 1899. №9. С. 7.

ность тщательно присматриваться к личности контрагента, чтобы определить, насколько возможно передавать автомобиль потенциальному арендатору. Можно сказать и то, что предлощенное правило может сковать свободу экономической деятельности предпринимателя, направленной на извлечение прибыли. На данные возражения хотелось бы указать, что частный интерес предпринимателя в получении прибыли в данном случае не может быть поставлен выше интересов других. Социальная задача гражданского права, о которой говорил Гирке, и заключается в том, чтобы защитить участника гражданского оборота от той социальной опасности, которую представляет собой субъект, небрежно и опасно обращающийся с источником повышенной опасности, получивший его благодаря безразличию собственника-предпринимателя, движимого лишь целью получения прибыли. Тем более что предприниматели несут повышенную ответственность за свои действия, как профессиональные участники экономических отношений.

Очевидно, что конструкция ответственности собственника автомобиля через договор ссуды очень сложна. Такую конструкцию нельзя применить к договору аренды. Кроме того, договор ссуды предусматривает прямую ответственность ссудодателя, что тоже видится нам неверным в рассматриваемых отношениях.

Неправомерное владение. На самом деле п. 2 ст. 1079 ГК РФ содержит правило возложения ответственности в данном случае на владельца источника повышенной опасности при наличии его вины в противоправном изъятии этого источника из его обладания. Не ясным при применении данной нормы в судебной практике остается пока критерий признания виновности владельца источника повышенной опасности в таком изъятии. На наш взгляд сам факт неправомерного изъятия не может служить автоматическим основанием освобождения владельца от ответственности. Если автомобиль был просто где-то оставлен закрытым на замок с сигнализацией — сегодня этого уже не достаточно для признания владельца автомобиля проявившим достаточную степень заботливости и осмотрительности для исключения противоправного изъятия. В таких случаях, по нашему мнению, если автомобиль все же был угнан или украден, его владелец подлежит ответственности по п. 2 ст. 1079 ГК РФ. Надлежащим проявлением заботы и осмотрительности здесь можно признать помещение автомобиля на специализированную охраняемую парковку или в закрытый гараж, или организация охраны самостоятельно, как это было, например, в Москве после ряда ночных поджогов автомобилей припаркованных во дворах домов. Единственно, пожалуй, когда действительно можно было бы говорить об освобождении собственника от ответственности, так это в случае, когда преступник отобрал автомобиль у собственника, угрожая его жизни.

В случае если источник повышенной опасности, а в нашем случае — автомобиль, был неправомерно изъят у владельца-собственника, то правила п. 2 ст. 1079 ГК РФ вполне достаточно.

Но если автомобиль был неправомерно изъят у титульного владельца — не собственника, то правила п. 2 ст. 1079 ГК РФ, на наш взгляд, уже не достаточно. Если причиной противоправного изъятия автомобиля послужила беспечность титульного владельца, который будет привлечен к ответственности по п. 2 ст. 1079 ГК РФ, то собственник не может отречься от ответственности за то, что был небрежным, беспечным и безответственным при решении вопроса вверения своего автомобиля такому владельцу и за то, что не осуществлял контроля над режимом охраны своего автомобиля указанным владельцем.

Как отмечалось в начале, мы строим свой тезис на частной ситуации — причинение вреда таким видом источника повышенной опасности, как автотранспортные средства. Рассмотрение этой же ситуации в отношении иных источников, на наш взгляд, совершенно не меняет картину, а только подтверждает наш тезис. Представим себе не автомобиль, а огнестрельное оружие. Кто должен отвечать в случае, если охотник на охоте отдал свое ружье неопытному другу, а тот, начав стрелять без соблюдения правил, подстрелил человека? Возможно ли предположить, чтобы собственник травматического пистолета оставил его в людном месте, а кто-нибудь из прохожих завладев им причинил кому-нибудь вред?

По нашему мнению статус повышенной опасности для окружающих любого объекта должен возлагать на его собственника не только повышенное внимание и заботливость при его эксплуатации. Данный статус в равной степени должен требовать от собственника проявления повышенной осмотрительности, заботливости и внимания при выборе лица, которому этот объект вверяется в пользование. Собственник обязан осуществлять контроль над ходом использования своего источника повышенной опасности титульным владельцем. На собственника должен быть возложен еще и контроль над тем, какие меры предпринимает титульный владелец для исключения возможности противоправного изъятия источника повышенной опасности из его владения. В случае если титульный владелец при использовании источника повышенной опасности в силу своей небрежности создает опасность для окружающих или не предпринимает мер для исключения противоправного изъятия источника из его обладания, на собственнике должна лежать обязанность изъятия своего источника повышенной опасности из чужого титульного владения.

Подводя итоги, мы приходим к выводу о том, что собственник по общему правилу должен нести субсидиарную ответственность за вред, причиненный принадлежащим ему источником повышенной опасности, и в том случае, когда во время причинения вреда этот источник находился в правомерном владении третьего лица. Собственник источника повышенной опасности должен нести субсидиарную ответственность за причиненный этим источником вред и в том случае, когда источник был противозаконно изъят у титульного владельца, если данный владелец был привлечен к ответственности в силу п. 2 ст. 1079 ГК РФ.

Считаем необходимым прямое закрепление правила о субсидиарной ответственности собственника источника повышенной опасности в специальной норме — статье 1079 ГК РФ.

ДЕФЕКТЫ ОКАЗАНИЯ МЕДИЦИНСКОЙ ПОМОЩИ: ПРАВОВАЯ КВАЛИФИКАЦИЯ ЯТРОГЕНИИ И ВРАЧЕБНОЙ ОШИБКИ

МУРАВЬЕВА Елена Викторовна,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Неблагоприятные последствия оказания медицинской помощи, в том числе ятрогенная патология, становятся все более актуальными как для судебных медиков, так и для правоприменителей. Увеличение количества исковых заявлений, связанных с нарушением качества медицинской помощи, можно объяснить и повышением требовательности пациентов, и повышенным вниманием правозащитников к так называемым неблагоприятным последствиям лечения. Здесь и далее предпочтем говорить именно о неблагоприятных последствиях, а не о неблагоприятном результате оказания медицинской помощи, хотя подобная формулировка достаточно часто встречается в правовой литературе. Наша позиция обусловлена тем, что если проанализировать определение результата и примеры результатов, содержащиеся в толковых словарях¹, то можно сделать вывод, что о таковом целесообразно говорить, если речь идет о чем-то положительном (например, «опыт дал положительный результат», «блестящие результаты строительства» и т.д.), о том, к чему стремились и достигли. Что касается нашего случая, то вряд ли здесь речь идет о положительном, и, кроме того, сложно предположить то, что врачи, оказывая медицинскую помощь, стремятся к неблагоприятным результатам.

Как часто в повседневной жизни можно услышать: «Словом и убить можно!». Правда, подразумеваем мы, конечно, под этим не буквальный смысл, а лишь то, что иным словом человека можно глубоко оскорбить или унизить. Однако науке известно такое медицинское понятие, как «ятрогения», где слово может привести к действительно фатальным последствиям. Проблема ятрогений остается на протяжении многих лет сложной не только в медицинском, но и в правовом плане. В настоящее время существует большое количество отличающихся друг от друга определений и классификаций ятрогений. Изначально под ятрогенией (от греческого *iatros* — врач, *генпао* — порождают) понималось неблагоприятное изменение состояния больного, обусловленное неосознанными действиями врача, которые выступают в качестве негативного внушения. Причиной болезненных расстройств являлось неправильное поведение врача, а именно: неосторожное высказывание врача о тяжести и плохом прогнозе болезни; научно-популярная лекция, построенная в пессимистическом плане; рассказ о плохом исходе аналогичного заболевания у другого больного и т.п.

Согласно данным Большой медицинской энциклопедии (БМЭ) 1964 г. к ятрогенным болезням (ятрогениям) относили «болезни, имеющие исходным пунктом такое поведение врача или других медицинских работников, которое оказало неблагоприятное воздействие на психику больного, в результате чего у последнего возникает ряд новых болезненных ощущений, складывающихся в конечном итоге в самостоятельную картину заболевания»².

Однако в настоящее время преобладает тенденция к расширенному пониманию ятрогении, к включению в данное понятие болезней, вызванных действием медицинских факторов физической, химической и механической природы³. При этом следует отметить, что понятие «ятрогения» было рас-

¹ Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д. Н. Ушакова. Т. 1. М., 1935; Т. 2. М., 1938; Т. 3. М., 1939; Т. 4. М., 1940 [Переиздавался в 1947–1948 гг.]; Репринтное издание. М., 1995; М., 2000.

² БМЭ. Изд. II. Т. 35. М., 1964. С. 1212.

³ Красильников А. П. Ятрогении и безопасность медицинской помощи // Медицинские новости. 1996. №4. С. 3–10.

широно не только до заболеваний, связанных с ошибочными действиями врача, но и до всех болезней и травм, ассоциированных с любым медицинским вмешательством.

Согласно международной классификации болезней (МКБ-10) ятрогении — это любые нежелательные или неблагоприятные последствия профилактических, диагностических и лечебных вмешательств, либо процедур, которые приводят к нарушениям функций организма, ограничению привычной деятельности, инвалидизации или смерти; осложнения медицинских мероприятий, развившиеся в результате как ошибочных, так и правильных действий врача. Как следует из стандарта Росздравнадзора (2006 г.), ятрогении — это групповое понятие, объединяющее все разнообразие неблагоприятных последствий (нозологические формы, синдромы, патологические процессы) любых медицинских воздействий на больного, независимо от правильности их исполнения¹. В соответствии с определением, данным Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ), под ятрогенией понимаются любые нежелательные или неблагоприятные последствия профилактических, диагностических и терапевтических вмешательств или процедур, которые приводят к нарушениям функций организма, инвалидности или смерти. В актах Министерств здравоохранения отдельных субъектов подобное понимание ятрогении также нашло отражение. Так, например, согласно Положению о регистрации ятрогичных осложнений², ятрогичные заболевания — патологические процессы, состояния, необычные реакции, возникновение которых однозначно обусловлено медицинским воздействием в ходе обследования, лечения больных, выполнения диагностических и профилактических процедур.

В теоретической доктрине также встречается понимание ятрогении, под которое авторы подводят абсолютно все дефекты оказания медицинской помощи и врачебные ошибки, и несчастные случаи, и, непосредственно, сам вред жизни и здоровью, причиненный субъектом медицинской деятельности. Так, под ятрогенией понимаются патологии диагностики и лечения, осложнения диагностики и лечения, несчастные случаи в медицине, лекарственные болезни, побочные действия лекарств, «вторые болезни», госпитализм³. М.И. Галюкова считает, что «ятрогения — это неблагоприятные изменения состояния больного, обусловленные неосознанными действиями врача, которые выступают в качестве негативного изменения»⁴. А.Г. Пашинян определяет ятрогению как причинение вреда здоровью в связи с проведением диагностических, лечебных и профилактических мероприятий⁵. По мнению А.В. Шапошников, ятрогении — это негативные прямые и косвенные последствия действий, а также высказываний медицинских работников, повлекшие за собой изменения психического и физического состояния больного независимо от времени их наступления⁶. В то же время И.В. Тимофеев считает, что к ятрогениям следует отнести случаи, в которых возникновение нового патологического процесса обязательно обусловлено медицинским действием (или бездействием) и оказало влияние на наступление неблагоприятного исхода⁷. По мнению А. Золоева ятрогения является вновь возникшей патологией, вызванной осложнениями тех или иных медицинских мероприятий и не связанной патогенетически (по механизмам развития) с основным заболеванием⁸.

Основным при установлении факта развития ятрогенной патологии, с точки зрения судебной медицины, считается, что ятрогения — это неизбежное нанесение вреда пациенту, при отсутствии вреда ситуация не может считаться ятрогенной⁹.

¹ Зайратьянц О., Кактурский Л., Верткин А., Вовк Е. Болезни, порожденные врачом // Медицинская газета. URL: <http://www.mgzt.ru/article/960>.

² Приложение 4 к Приказу комитета по здравоохранению ленинградской области от 06.06.2000 г. №147 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Зайратьянц О., Кактурский Л., Верткин А., Вовк Е. Болезни, порожденные врачом. Там же.

⁴ Галюкова М. И. Уголовно-правовая оценка дефектов оказания медицинской помощи // Российский судья. 2008. №12. С. 32–34.

⁵ Пашинян А. Г. Анализ неблагоприятных исходов при оказании дерматовенерологической помощи // Медицинское право. 2004. №2. С. 27–30.

⁶ Шапошников А. В. Ятрогения (терминологический анализ и конструирование понятия). Ростов н/Д: Книга, 1998. С. 56.

⁷ Тимофеев И. В. Патология лечения: Руководство для врачей. СПб, 1999. С. 234.

⁸ Золоев А. Причины неблагоприятных результатов (исходов) медицинских мероприятий // Законность. 2008. №2.

⁹ Сергеев Ю. Д., Ерофеев С. В. Неблагоприятный исход медицинской помощи. М., 2001. С. 154.

На наш взгляд, в качестве основной причины расширения содержания дефиниции понятия «ятрогенно» является отсутствие единства, как в медицинском, так и в правовом сообществе относительно определения понятия «ятрогенно» и «врачебная ошибка», и их соотношения, а также отсутствие правовых норм четко закрепляющих признаки как одного, так и другого понятия. Необходимость нормативного закрепления данных дефиниций подтверждается и данными, полученными в ходе социального опроса правоприменителей. Так, на вопрос, считаете ли вы, что термин «ятрогенная патология» («ятрогенно») должен найти свое отражение в законодательных актах РФ, таких как УК, УПК, ГК, ГПК, большинство респондентов ответили положительно: 75% — следователей, 65% — судей (из ста опрошенных)¹.

Полагаем, что та трактовка ятрогении, которая сформировалась как в нормативных источниках, так и в доктринальной литературе ведет к смешению или даже к подмене одних понятий, другими, что не позволяет, например, с должной четкостью определить, где мы имеем дело с вредом, причиненным жизни или здоровью пациента, где — с врачебной ошибкой, а где, непосредственно, с ятрогенной, а отсюда и нечеткость правового регулирования ответственности субъектов медицинской деятельности за вышеперечисленные дефекты оказания медицинской помощи.

Попробуем определиться с этими дефинициями.

Анализируя научные работы, мы пришли к выводу, что в качестве общего понятия, объединяющего все дефекты деятельности медицинских работников, употребляется понятие «неблагоприятные последствия оказания медицинской помощи», «неблагоприятный исход медицинской помощи». При этом к неблагоприятным последствиям оказания медицинской помощи, на наш взгляд, могут быть отнесены как ятрогенно (ятрогенная патология), так и врачебная ошибка. Причем и то, и другое связано с вредными последствиями для здоровья или, даже, для жизни пациента.

Врачебную ошибку можно считать не менее противоречивым явлением теоретико-правового осмысления, чем ятрогению. «Вопрос об ответственности врачей за свои ошибки имеет многовековую историю — он так же стар, как и сама медицина»². Во времена, когда деятельность врачей отождествляли с действием сверхъестественной силы, в случаях неблагоприятных исходов болезни, врача жестоко наказывали. При этом не редкостью было выкалывание глаз, отсечение рук, другие подобного рода действия. К примеру, в России XVII века за смерть от неправильного лечения или «важный вред здоровью» виновный предавался церковному покаянию. В случае если подобных последствий не происходило, то врачам, допустившим ошибки, воспрещалась практика «доколе они не выдержат нового испытания и не получат свидетельства в надлежащем знании своего дела»³.

На сегодняшний день, несмотря на значительные успехи в лечении многих заболеваний, следует согласиться с точкой зрения Н. Кондаковой, что «мы должны признать, что врачебные ошибки являются такой же составляющей нашей работы, как и победа над болезнью»⁴. Учитывая такое положение, задачей правового регулирования сферы врачебных ошибок является выработка правильной, продуманной и единой позиции относительно юридической квалификации ошибочных действий врачей.

При формулировании дефиниции понятия «врачебная ошибка» изначально необходимо отталкиваться от определения ошибки вообще. Ошибка, с точки зрения философии, рассматривается как результат действия, совершенного неточно или неправильно, вопреки плану, т.е. результат, который получен, не соответствует намеченным или заданным, требуемым⁵. По С. И. Ожегову, ошибка — это неправильность в действиях, мыслях⁶. Оговоримся сразу, мы не ставим перед собой задачу приве-

¹ Козлов С. В. Об отношении врачей и правоприменителей к проблеме ятрогенной патологии (результаты социологического опроса) // Медицинское право. 2011. №3. С. 28–31.

² Зальмунин Ю. С. Врачебные ошибки и ответственность врачей (по материалам Ленинградской судебной-медицинской экспертизы): Автореф. дис. ... канд. мед. наук. Л., 1959. С. 2.

³ Попов В. Л. Правовые основы медицинской деятельности. СПб, 1997. С. 6–7.

⁴ Кондакова Н. Врачебные ошибки и их анализ: еще один взгляд на проблему // Качество медицинской помощи. 2000. №1. С. 3.

⁵ Стрелков Ю. К. Ошибка человека. Концепция ошибки / Факультет психологии МГУ им. М. В. Ломоносова. URL: <http://www.psy.msu.ru/science/public/strelkov/glava1.html>.

⁶ Ожегов С. И. Словарь русского языка / Под общ. ред. проф. Л. И. Скворцова. 24-е изд., испр. М.: Оникс; Мир и образование, 2008. С. 626, 478.

сти все определения врачебных ошибок, тем более что Ю. Сергеев и С. Ерофеев уже взяли на себя труд подсчитать их количество, и оказалось, что в литературе содержится не менее 65 промежуточных определений, понятий и признаков врачебных ошибок¹. Мы остановимся на более точном, на наш взгляд, определении И. В. Давыдовского: «врачебная ошибка — это добровольное заблуждение врача, основанное на несовершенстве современного состояния медицинской науки и методов ее исследования, либо вызванное особенностями течения заболевания определенного больного, либо объясняемое недостатками знаний, опыта врача»². Действительно, такие обстоятельства, как добровольное заблуждение, основанное на несовершенстве современного состояния медицинской науки и методов ее исследования, и добровольное заблуждение, вызванное особенностями течения заболевания определенного больного, не зависят от воли медицинского работника и не могут быть основанием для привлечения последнего к ответственности.

Однако добровольное заблуждение, объясняемое недостатками знаний, опыта врача, являются субъективными факторами и зависят от воли медицинского работника. В этой связи в каждом отдельном случае причинения вреда жизни или здоровью пациента вследствие врачебной ошибки, необходимо устанавливать уровень профессиональной подготовки врача, объем его знаний. На наш взгляд, если речь идет о заблуждении, объясняемом недостатками знаний, т.е. когда в основе причинения вреда пациенту лежат не объективные, а субъективные причины, то необходимо ставить вопрос о наличии вины врача и соответственно о его ответственности. С позиции Я. А. Фроловой, Л. В. Канунникова, Е. В. Фроловой медицинская ошибка включает в себя как признаки невиновного деяния: причинение вреда при отсутствии вины; причинение вреда при отсутствии ответственности, так и признаки преступления — противоправное виновное деяние³. Вопрос, связанные с ответственностью за врачебную ошибку, также является весьма дискуссионным. Так, например, Г. Каликова предлагает признать врачебную ошибку юридической категорией, в основе которой будет лежать ответственность медицинских учреждений (работников) по принципу безвиновной ответственности. Автор полагает, что при этом достигается цель более полного гарантирования прав пациентов от нежелательных последствий лечения, в то же время деятельность врача не пострадает от ненужных ограничений⁴. Оппонентом такой точки зрения выступает М. Мироненко, полагающий, что «нельзя согласиться с употреблением некоторыми авторами понятия «принцип ответственности без вины». Такого принципа у ответственности нет и быть на данном этапе цивилизации не должно»⁵. И. Тяжкова считает, что врачебные ошибки должны влечь в некоторых случаях ответственность, если заблуждение врача являлось результатом несоблюдения каких-то установленных правил, предписаний или инструкций⁶.

Признаками врачебной (медицинской) ошибки, по О. Ю. Александровой, Н. Ф. Герасименко, Ю. И. Григорьеву и И. К. Григорьеву, являются: отрицательный результат при надлежащем объеме и содержании медицинской помощи; неправильное определение (ошибка мысли) при добросовестном заблуждении; неправильное врачебное мероприятие (ошибка действия) при добросовестном заблуждении; добросовестное заблуждение; при отсутствии халатности, умысла, неосторожности; непреднамеренность нанесения вреда здоровью человека в связи с проведением оправданных диагностических, лечебных и профилактических мероприятий⁷.

Целесообразно, принимая во внимание необходимость всестороннего теоретико-правового исследования неблагоприятных последствий оказания медицинской помощи, внести в общее законо-

¹ Сергеев Ю., Ерофеев С. Ятрогеня: актуальная проблема медицины и права // Медицинская газета. 1998. 27 февраля.

² Давыдовский И. В. Врачебные ошибки // Советская медицина. 1941. №3. С. 3–10.

³ Фролов Я. А., Канунникова Л. В., Фролова Е. В. О правовых проблемах врачебной (медицинской) ошибки // Медицинское право. 2003. №2. С. 22–23.

⁴ Каликова Г. А. Проблемы правового регулирования медицинского страхования и медицинских услуг: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Алма-Ата, 1992. С. 20–21.

⁵ Мироненко М. Б. Принципы юридической ответственности в системе принципов права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 19.

⁶ Тяжкова И. М. Уголовная ответственность медицинских работников // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. 1994. №6. С. 14.

⁷ Ответственность за правонарушения в медицине: Учеб. пособие для студ. высш. учеб. заведений / О. Ю. Александрова и др. М.: Издательский центр «Академия», 2006. С. 167.

дательство о медицинской помощи, а также в планируемый Медицинский кодекс РФ, определение врачебных ошибок.

Врачи одними из первых поняли опасность своей профессиональной деятельности для жизни и здоровья людей. Уже в IV в. до н. э. в клятве Гиппократов содержалось обещание врача: «... буду оберегать больных от всего вредного и непригодного для них». Около 2 тыс. лет назад это стало принципом лечения: «Primum pop posege» (Прежде всего не навреди), «Nihil posege» (Ни в коем случае не навреди), что было воспринято как первойшая заповедь врача. В последующем заболевания, связанные с оказанием медицинской помощи, стали называть ятрогениями — болезнями, имеющие врачебное происхождение. Термин «ятрогения», был введен немецким психиатром Освальдом Бумке в работе «Врач как причина душевных расстройств»¹ в 1925 году (на русский язык эта статья никогда не переводилась), а в русскоязычной медицинской литературе был впервые использован в работах таких психиатров и терапевтов, как Ю.В. Каннабих², Р.А. Лурия³ и К.И. Платонов⁴. Начиная с довоенного периода и вплоть до 1970-х годов, этот термин продолжал использоваться преимущественно для обозначения психогенных болезней, возникающих от неосторожного высказывания врача. Как мы уже отмечали выше, в медицинском сообществе в настоящее время преобладает тенденция к включению в ятрогениями болезней, вызванных действием любых медицинских факторов. Вначале понятие ятрогения было расширено до заболеваний, связанных с ошибочными действиями врача⁵, а затем до всех болезней и травм, ассоциированных с любыми медицинскими вмешательствами⁶. Так, И.Ф. Калитиевский с соавт.⁷ предлагают два определения ятрогении: 1) любое новое побочное заболевание (в том числе функциональное), связанное с действиями (лечение, диагностические исследования, профилактика, поведение и др.) медицинских работников независимо от того, правильными или неправильными они были; 2) осложнения основного заболевания, вызванные ошибочными или неадекватными действиями врача. А.П. Красильников и А.И. Кондрусев⁸ предлагают понимать под ятрогениями любые болезни, которые возникают у пациента в результате медицинских вмешательств или общения с медицинскими работниками независимо от места оказания медицинской помощи и причинного фактора. Вместе с тем, отождествление ятрогении со всеми, без исключения действиями врача, причем как правомерными, так и неправомерными не позволяет однозначно решить вопрос не только о терминологической определенности, о чем говорилось выше, но и о возможности, либо невозможности привлечения врача к ответственности в случае неблагоприятных последствий этих самых действий.

В связи с этим полагаем, что в данном вопросе необходимо все же придерживаться классического понимания ятрогении, которое было предложено еще в 20-х годах прошлого века. И которое на сегодняшний день нашло свое закрепление в словарях по психоанализу, в психиатрических энциклопедиях и т.д.⁹². Ятрогения — это психическое состояние, характеризующееся болезненными проявлениями,

¹ Bumke O. Der Arzt als Ursache seelischer Störungen // Deutsche Medizinische Wochenschrift, 1925; 51(1): 3.

² Каннабих Ю. В. К профилактике одной из форм реактивной (иатрогенной) депрессии // Профилактика нервных и психических заболеваний / Под ред. Давыденко С. Н., Розенштейн Л. М. М.: Изд. Мосздраводела, 1929. С. 75–78.

³ Лурия Р. А. Врач и психогенез некоторых заболеваний внутренних органов // Казанский медицинский журнал. 1928. №1. С. 8–12.

⁴ Платонов К. И. Труды Государственного психоневрологического института Народного комиссариата здравоохранения УССР. Харьков: Государственное издательство Украины, 1930. С. 28.

⁵ Хромов Б. М. Ятрогенные заболевания в хирургии. Л., 1978. С. 16.

⁶ Балясный М. М. О расширении понятия ятрогения и ее новой классификации // Новые методы диагностики, лечения и профилактики нервных и психических болезней. Харьков, 1982. С. 375.

⁷ Калитиевский И. Ф., Докторова А. В. Попытка этиологической классификации ятрогений // Клиническая медицина. 1979. №7. С. 101.

⁸ Красильников А. П., Кондрусев А. И. Проблема безопасности медицинской помощи // Актуальные проблемы экспериментальной и клинической медицины. Каунас, 1987. С. 94.

⁹ Дудьев В. П. Психомоторика: словарь-справочник. 2008; Жмуров В. А. Большая энциклопедия по психиатрии. 2-е изд. 2012; Никифоров А. С. Неврология. Полный толковый словарь, 2010; Психология общения. Энциклопедический словарь / Под общ. ред. А. А. Бодалева. М.: Когито-Центр, 2011.

обусловленным общением человека с врачом, который в ряде случаев может оказаться травмирующим фактором. Обращение за помощью к врачу может сопровождаться возникновением или усилением у человека страха ожидания самого худшего. Диагноз врача, не оставляющий никакой надежды на излечение пациента или порождающий излишнюю тревожность, может сыграть патогенную роль в образовании невроза. Усиленная, непродуманными действиями врача, фиксация пациента на своем болезненном состоянии становится патогенной, способствующей возникновению психического расстройства.

Существует много случаев на практике, когда действия врача становятся источником невротизации пациента и приводят к возникновению ятрогении. Хорошо известен ставший классическим пример ятрогении, описанный Р.А. Лурия. Больному была нанесена психическая травма в результате заключения рентгенолога о том, что у него «луковица двенадцатиперстной кишки плохо отшнуровывается». Привычный для рентгенолога термин «отшнуровывается» вызвал настоящую панику у пациента. «Что будет — тревожится больной, — если она вообще отшнуровуется?». С этой травмой удалось справиться с трудом и не сразу¹. В качестве примера возникновения ятрогенной болезни с неблагоприятным исходом может служить и случай из практики знаменитого профессора Б.Е. Вотчала². Во время обхода в палате ассистент показал ему больного, находящегося на лечении по поводу инфаркта миокарда и готовящегося к выписке. Осматривая больного, Б.Е. Вотчал сказал, что его не следует выписывать, поскольку не в порядке тоны сердца. Больного оставили в клинике. Ночью у него развился повторный инфаркт, и он скончался. Наутро сосед по палате рассказал профессору, что несчастный пациент очень расстроился после обхода, был обеспокоен и говорил: «Даже когда я сам чувствовал, что умираю, доктору всегда нравились тоны моего сердца. Если же сейчас они ему не нравятся, то мои дела крайне плохи». Можно привести еще ряд примеров ятрогении: 26-летняя пациентка пришла к маммологу на профилактический осмотр. Ощупывая грудь пациентки, врач протянул: «Надо бы сделать еще одну маммограмму». Пациентка насторожилась: «Что-то не так?» «Да как вам сказать, — врач был полностью уверен в свои мысли. — В нашей профессии, дорожку, никогда и ни в чем не можешь быть уверен...» Женщина пыталась справиться с нарастающей тревогой, а доктор продолжал: «О, а это что у вас — родинка? Странная какая. Не кровит, не болит? Вы бы сходили на консультацию к онкологу, мало ли что!» Домой женщина вернулась в невменяемом состоянии. Ни на какую консультацию она больше не пошла. Спустя две недели домашние заметили, что пациентка изменилась: стала вялой, заторможенной, потеряла интерес к работе и ребенку, на расспросы не отвечала. Через месяц ее почти насильно отвели к психиатру: румяную и жизнерадостную женщину было трудно узнать, настолько она исхудала и почернела. Психиатру стоило больших трудов отвлечь пациентку от мыслей о самоубийстве: она считала, что доктор намекнул ей на обнаруженное онкологическое заболевание.

Пациент панически боялся заболеть чем-то серьезным и с ходу заявил докторам: «Знаю, что мой организм полностью разрушен, не пытайтесь меня успокоить, скажите правду!». Была назначена лекарственная терапия, длительное время с мужиной работой психотерапевты. Само собой, молодого человека тщательно обследовали с ног до головы и не нашли никаких серьезных нарушений. Клиент радовался не спешил, в результате обследований не верил и просил: «Покажите мне анализы, я сам посмотрю». Надо сказать, что ипохондрики обожают рассматривать собственные кардиограммы, рентгеновские снимки и прочие показатели состояния организма. И, естественно, они «находят» симптомы ужасных заболеваний, «не замеченные» врачами. Зная об этом, сотрудники клиники не выдавали пациентам на руки никаких результатов. Когда пришло время выписываться, мужчина сдал необходимые анализы. Поскольку он успешно прошел терапию и вылез из-от своих страхов, медики утратили бдительность и дали на руки пациенту бумажку с результатом. Черным по белому там было написано: «Эпителий — умер, («умеренно» то есть). Взрослый мужик заорал: «Как умер?! Мой эпителий умер, а я еще жив? Ну, я же говорил, что меня обманывают!» И снова рухнул в жестокую депрессию³.

В формировании психической (психогенно обусловленной) ятрогении помимо неосторожных, ранимых пациента высказываний врача о его состоянии здоровья играют роль также определенные черты характера больного (неуверенность, склонность к тревожным опасениям, повышенное внимание к малейшим изменениям самочувствия, эмоциональная ранимость и т. д.), предопределяющие крайне

¹ Лурия Р. А. Внутренняя картина болезней и иатрогенные заболевания. М., 1977. С. 34.

² Шамов И. А. Врач и больной. М., 1986. С. 39.

³ URL: <http://www.neurolog.kiev.ua/yatrogenia.html>.

неврозное отношение к любой получаемой им медицинской информации. Некоторые специалисты считают, что в подобных случаях следует говорить о псевдоэтрогении, поскольку она возникает не по вине врача, а скорее вследствие особенностей характера пациента, которые способствуют формированию навязчивых страхов за свое здоровье без серьезных на то оснований.

Профилактика этрогенных заболеваний психогенного происхождения заключается в строжайшем и повседневном соблюдении принципов и норм медицинской деонтологии или «психической аспетики» на всех этапах взаимоотношений медицинского персонала с больными и здоровыми людьми и внимании к так называемой «внутренней картине болезни», к которой, согласно точки зрения Р. А. Лурия, относятся субъективные ощущения болезни.

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ НОРМ В ГРАЖДАНСКОМ И АРБИТРАЖНОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ НА ПРИМЕРЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ

НУРИЕВА Эльвира Марсовна,

аспирантка кафедры экологического, трудового права и гражданского процесса
Казанского (Приволжского) федерального университета

В цивилистическом процессе вопрос гражданско-правовой ответственности является одним из актуальных. Существует мнение, что процессуальная ответственность — самостоятельный вид юридической ответственности¹. Основная ее цель — пресечение правонарушений и обеспечение нормального существования общественных отношений. Сущность процессуальной ответственности состоит в претерпевании соответствующих процессуально-правовых санкций норм ГПК РФ. Санкции могут состоять либо в недостижении субъектом желаемого результата (при отказе в принятии заявления, прекращении производства и т.п.), либо в возложении на него новой дополнительной обязанности, которая в известной мере ухудшает его положение (уплатить штраф, компенсировать потери другого лица и др.). По мнению М.Р. Загидуллина, во втором случае речь идет об ответственности имущественного характера в гражданском процессе².

М.А. Викут, И.М. Зайцев различают штрафную, компенсационную процессуальную ответственность, а также неблагоприятные процессуально-правовые последствия, связанные с применением гражданских процессуальных фикций, при этом штрафная и компенсационная ответственность — виды ответственности имущественного характера.

Д.А. Бусыгин предлагает понимать гражданско-правовую ответственность в процессуальной сфере как санкцию за правонарушение, обеспеченную возможностью государственного принуждения в виде судебного постановления, и вызывающую для правонарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских, гражданско-процессуальных прав, возложения новых и (или) дополнительных гражданско-правовых и гражданско-процессуальных обязанностей либо лишения материального характера.

Также М.Р. Загидуллин полагает, что существует межотраслевой комплексный вид ответственности — ответственность имущественного характера. Данный вид ответственности содержится во многих отраслях права. Гражданско-правовую ответственность следует определять как субинститут правового института ответственности в процессуальных отраслях права.

Если же обратиться к понятию гражданско-правовой ответственности в гражданском праве, то

¹ См. например: Богданова М. С. Юридическая ответственность: основание, виды, субъекты: Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1998. С. 17; Валеев Д. Х. Процессуальные гарантии прав граждан и организаций в исполнительном производстве: Монография. Казань, 2001. С. 127; Викут М. А., Зайцев И. М. Гражданский процесс России: Учебник / Под ред. М. А. Викут, И. М. Зайцев. М.: Юрист, 1999. С. 122.

² Загидуллин М. Р. Гражданско-правовая ответственность в исполнительном производстве. Казань: Казанский государственный университет им. В. И. Ульянова-Ленина, 2005.

гражданско-правовая ответственность есть одна из форм государственного принуждения, связанная с применением санкций имущественного характера, направленных на восстановление нарушенных прав и стимулирование нормальных экономических отношений юридически равноправных участников гражданского оборота.

Таким образом, сопоставив понятия гражданско-правовой ответственности в гражданском праве и процессуальных отраслях права, мы можем сделать вывод, что институт гражданско-правовой ответственности в цивилистическом процессе претерпевает изменения в силу того, что в указанной сфере действуют другие принципы правоотношений, и сами правоотношения имеют несколько иной характер, поскольку в числе лиц, вовлеченных в общественные отношения в процессуальной сфере имеется суд. Данный орган не является равноправным участником процессуальных правоотношений, поскольку является обособленным участником, имеющим специфическое назначение. В гражданском и арбитражном процессе применение гражданско-правовой ответственности облекается в иную форму, однако сущность данного института сохраняется.

ПРОБЛЕМЫ КЛАССИФИКАЦИИ ПРАВ УЧАСТНИКОВ (УЧРЕДИТЕЛЕЙ) ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ В ПРОЕКТЕ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА О ВНЕСЕНИИ ИЗМЕНЕНИЙ В ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РФ

ОРЛЯНКИНА Елена Константиновна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В первом чтении принят законопроект федерального закона №47538–6 о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, разработанный Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства¹. В Указе Президента РФ от 18 июля 2008 года №1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» в качестве основных целей реформирования гражданского законодательства обозначены развитие его основных принципов в соответствии с изменившимся уровнем рыночных отношений, отражение в Гражданском кодексе РФ опыта его применения и толкования судом, унификация российского гражданского законодательства и др.²

Законопроект вносит кардинальные изменения в положения раздела 1 Гражданского кодекса РФ о юридических лицах. В частности, предполагается закрепить принципиально иной подход к классификации юридических лиц в зависимости от прав их участников (учредителей).

Согласно ст. 65¹ проекта изменений в ГК РФ все юридические лица делятся на корпоративные организации (корпорации) и унитарные организации. К корпоративным относятся хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации граждан, ассоциации и союзы.

Анализ законопроекта показал, что законодатель придает качественно иное значение «корпорации», приближая его к зарубежному законодательству. Термин «корпоративный» происходит от латинского слова «corporatio», что в переводе означает сообщество, объединение³. В словаре В. В. Даля «корпорация» определяется как «община, общество, братство, товарищество, сословие, союз людей одного звания, ремесла. Корпоративные собрания по званиям, сословиям, состояниям и промыслам»⁴.

В специальной литературе отсутствует единое мнение по вопросу доктринального определения «корпорации». В частности, Н. В. Козлова под корпорацией понимает «юридическое лицо, организованное на началах членства (строго фиксированного участия) его учредителей, каждый из которых имеет по отношению к юридическому лицу определенные права и обязанности, может так или иначе

¹ URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/31202.html>.

² СЗ РФ. 2008. №29 (ч. 1). Ст. 3482.

³ Словарь иностранных слов в русском языке. М.: ЮНВЕС, 1995. С. 365.

⁴ Даль В. В. Толковый словарь живого великорусского языка в 4 т. Т. 2. СПб: Диамант, 1998. С. 169–170.

участвовать в управлении его имуществом и деятельностью», то есть хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации и унитарные предприятия¹. С точки зрения другого автора — О.А. Макаровой, корпорация представляет собой такие формы предпринимательского объединения капитала, как акционерное общество и его модификации². Некоторые ученые-цивилисты полагают, что к числу корпоративных организаций не следует относить хозяйственные товарищества³. Приведенные мнения заслуживают отдельной оценки, основанной на изучении прав участника и учредителя юридического лица.

Согласно законопроекту к унитарным организациям (*unitaire* — франц., от латинского *unitas* — единство) относятся государственные и муниципальные унитарные предприятия, фонды, учреждения, а также религиозные организации.

Нам представляется, что предложенная классификация юридических лиц имеет ряд существенных недостатков. В основу новой классификации положен уже известный критерий — права участников организаций, который и ранее вызывал немало нареканий. В частности, в специальной литературе указывается на то, что содержащееся в п. 2 ст. 48 ГК РФ деление прав учредителей (участников) на обязательственные и вещные при образовании юридического лица не основано на единых критериях. Применительно к первой группе, в которую объединены хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, имеется в виду отношение участников к юридическому лицу как к субъекту права, ко второй группе, куда относятся унитарные предприятия и учреждения, — отношение учредителей к имуществу юридического лица. Конструкция «либо-либо» к различным по своему характеру отношениям не применима⁴.

Не останавливаясь подробно на оценке критериев существующей классификации юридическим лиц, обратим внимание на новый подход законодателя в предлагаемом проекте изменений в Гражданский кодекс РФ.

Заявленный критерий классификации раскрыт иначе — через «право членства»: в корпоративных организациях имеются участники, которые обладают правом на участие в управлении их деятельностью (правом членства). В унитарных организациях учредители не становятся их участниками и не приобретают в них прав членства.

При этом в п. 2 статьи 65¹ разработчики проекта допускают оговорку, которая, по нашему мнению, нивелирует обозначенный критерий, а, следовательно, и саму построенную на его основе классификацию. Предполагается, что Гражданским кодексом РФ могут быть установлены случаи, когда участники корпоративной организации не приобретают корпоративные (членские) права и обязанности в отношении созданного ими юридического лица. В настоящее время в проекте такие случаи отсутствуют, если не принимать во внимание некоторые изъятия в правах ряда участников, которые обусловлены спецификой организационно-правовой формы юридического лица. В связи с этим возникает вопрос о том, что имели в виду разработчики проекта, предусматривая возможность установления таких исключений? В чем они выражаются?

К корпоративным организациям относятся как коммерческие, так и некоммерческие организации. Несмотря на существенные различия между этими видами юридических лиц, права их участников определены таким образом, что позволяют объединить хозяйственные товарищества и общества, производственные и потребительские кооперативы, общественные организации граждан, ассоциации и союзы в одну группу.

Авторы проекта раскрывают права участников (членов) корпораций через право на участие в управлении имущественными делами корпорации, за исключением случая, предусмотренного пунктом 2 статьи 84 ГК РФ; право на получение информации об имущественной деятельности корпорации, а в случаях, предусмотренных законом или уставом корпорации, знакомиться с ее бухгалтерской и иной

¹ Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица: очерк истории и теории. М., 2003. С. 246, 252.

² Макарова О. А. Корпоративное право: Учебник. М., 2005. С. 5.

³ Андреев В. К. О праве частной собственности в России (критический очерк). М., 2007. С. 76; Степанов П. В. Корпоративные отношения в коммерческих организациях как составная часть предмета гражданского права: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1999. С. 9, 19 и др.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Научно-практический комментарий / Отв. ред. Абова Т. Е., Кабалкин А. Ю., Мозолин В. П. М.: Издательство БЕК. 1996. С. 100–101; Гутников О. В. Концепция развития корпоративного законодательства / Под ред. Хабриева Т. Я., Тихомирова Ю. А. М.: ЭКСМО, 2010. С. 243–244.

документацией; право обжаловать решения органов корпорации, влекущие гражданско-правовые последствия, в случаях и в порядке, предусмотренных законом; в случаях, предусмотренных законом, оспаривать совершенные корпорацией сделки и требовать возмещения причиненных корпорации убытков. Применительно к конкретной организационно-правовой форме Гражданский кодекс РФ расширяет перечень прав участников, не определяя его исчерпывающим образом.

При этом минимальный объем корпоративных прав участников не претерпевает изменений даже в зависимости от вида юридического лица (коммерческая или некоммерческая организация), не говоря уже о том, чтобы какое-либо из названных прав отсутствовало у участников отдельных юридических лиц с одной организационно-правовой формой.

В отличие от действующего ГК РФ во второй группе юридических лиц объединены организации, в отношении имущества которых учредитель не только сохраняет право собственности, но и наделен широкими управленческими полномочиями, а также организации, учредитель которых не имеет никаких прав ни в отношении организации, ни на имущество такой организации.

Согласно ст. 306¹ в редакции проекта федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ учредитель унитарного предприятия или учреждения, сохраняя право собственности на закрепленное за названными юридическими лицами имущество, решает вопросы создания предприятия или учреждения, определения предмета и целей их деятельности, их реорганизации и ликвидации, назначает директора (руководителя) предприятия или учреждения, осуществляет контроль за использованием по назначению и сохранностью принадлежащего предприятию или учреждению имущества, а также осуществляет иные полномочия, предусмотренные законом или уставом предприятия или учреждения. Анализ иных положений проекта приводит к выводу, что полномочия учредителя по управлению унитарным предприятием и учреждением значительно шире «прав членства» участников корпоративных организаций.

Возникает вопрос, почему фонды и религиозные организации, в отношении которых их учредители не имеют никаких управленческих полномочий и прав на имущество, относятся к той же группе унитарных организаций? Авторы проекта считают достаточным для объединения этих юридических лиц в одну группу отсутствие у них состава участников, не углубляясь в анализ правомочий участников и учредителей.

Представляется вполне очевидным, что несостоятельность предложенной классификации обнажает судебная практика. При разрешении спорных ситуаций суды исходят из сущности иных критериев классификации юридических лиц.

В частности, участник хозяйственного общества или товарищества в случаях, предусмотренных законом, вправе оспорить совершенные обществом или товариществом сделки, в случаях и требовать возмещения убытков. Собственник имущества унитарного предприятия или учреждения также активно пользуется этим правом, обращаясь с исками о признании сделок недействительными.¹ При этом собственники имущества используют различные способы защиты гражданских прав, в том числе взыскание убытков, неосновательного обогащения.²

В то же время проект в п. 4 ст. 306¹ в редакции проекта Гражданского кодекса РФ, по нашему мнению, необоснованно ограничивает способы защиты прав собственника имущества унитарного предприятия и учреждения, указывая на возможность применения лишь способов защиты вещных прав. В ряде случаев они не способны обеспечить восстановление нарушенных прав, что не соответствует поставленным целям реформирования гражданского законодательства.

Подводя итог изложенному, мы приходим к выводу о том, что предложенная в проекте изменений в ГК РФ логика разделения юридических лиц противоречит сложившейся правоприменительной деятельности и видится умозрительной.

В частности, «права членства» по своему содержанию близки правам учредителя на участие в управлении унитарным предприятием и учреждением. Различие их не является сущностным. Статус единственного участника корпорации имеет много общего со статусом учредителя унитарного предприятия или учреждения. Участник корпоративной организации, равно как и учредитель

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ №10, Пленума ВАС РФ №22 от 29.04.2010 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав». Вестник ВАС РФ. 2010. №6.

² Определение ВАС РФ от 02.07.2012 №ВАС-8094/12 по делу №А4 0–52926/11–159–428; Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13.12.2010 по делу №А3 1–177/2010; Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 09.09.2009 по делу №А3 2–20573/2008.

унитарного предприятия и учреждения, имеет целый комплекс имущественных прав и несет имущественные обязанности в отношении данной организации. Например, участники хозяйственных товариществ и обществ вправе принимать участие в распределении прибыли товарищества или общества, участником которого он является; получать в случае ликвидации товарищества или общества часть имущества, оставшегося после расчетов с кредиторами, или его стоимость. Аналогичные имущественные права имеет и учредитель унитарного предприятия, который согласно п.п. 2, 3 ст. 306¹ в редакции проекта изменений в ГК РФ вправе получать часть прибыли от использования имущества, находящегося в оперативном управлении предприятия, устанавливать порядок распределения доходов казенного предприятия и учреждения, полученных за счет разрешенной им предпринимательской или иной приносящей доходы деятельности. В установленных законом случаях и участник корпоративной организации, и учредитель унитарного предприятия или учреждения могут быть привлечены к субсидиарной ответственности по обязательствам созданного ими юридического лица.

Приведенные положения свидетельствуют о том, что новая классификация юридических лиц, закрепленная в ст. 65² в редакции проекта изменений в ГК РФ, не отличается достаточной определенностью критериев. Как показала практика применения ГК РФ 1994, такой подход себя не оправдывает. Развитие законодательства о юридических лицах выявляет невозможность последовательного применения рассмотренных критериев классификации ко всем юридическим лицам без исключения, что, в свою очередь, свидетельствует о нарушении системного подхода.

ВОПРОСЫ ОБЩЕЙ ТЕОРИИ СИСТЕМ В АСПЕКТЕ СИСТЕМНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

РУЗАНОВА Валентина Дмитриевна,

к.ю.н., доцент заведующая кафедрой гражданского и предпринимательского права
ФГБОУ ВПО «Самарский государственный университет»

Проблемы системности гражданского законодательства не могут быть поняты и раскрыты без использования положений общей теории систем, поскольку последняя определяет основы системного подхода. Отметим, что применение категорий указанной теории для изучения правовых явлений, в частности гражданско-правовой законодательной системы, должно базироваться на максимальном учете специфических особенностей правовой материи.

Как справедливо подчеркивает Д.А. Керимов, актуализация системных исследований обусловлена, по крайней мере, двумя факторами, во-первых, все более настоятельной практической необходимостью целостного, системного и комплексного освоения и преобразования природных и социальных условия жизни и, во-вторых, современное теоретическое и практическое знание и деятельность настолько углубляются, специализируются и дифференцируются, что общая картина общественного бытия, общественная практика как бы распадается на отдельные, на первый взгляд не связанные между собой и обособленные друг от друга фрагменты или формы деятельности, поэтому возникает объективная потребность в систематизации знания и деятельности, но и их интеграции, синтезе, в восстановлении общей картины общественного бытия, общественной практики в целом¹.

Применительно к исследованию гражданского законодательства как системы встает очень сложная задача: выявить пределы использования общей теории систем и в принципе системного подхода для изучения правовых явлений и, в частности, законодательства (гражданского законодательства). Прежде всего, оговоримся, что понятие законодательства в различных работах употребляется как в узком, так и в широком значениях. Подчеркнем, что мы стоим на позиции узкого понимания гражданского законодательства (как совокупности законов). Однако в настоящей статье оно изучается в широком смысле (как совокупность всех нормативных правовых актов, содержащих нормы гражданского права). В доктрине намечилось два основных направления, в которых выражается отношение ученых к самой идее о возможности создания общей теории систем. Одни авторы полагают, что такую теорию

¹ См.: Керимов Д. А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). 2-изд. М.: Аванта плюс, 2001. С. 242.

вообще создать невозможно¹, другие же исходят не только из возможности, но и необходимости ее разработки².

Вопрос о необходимости формирования единого определения понятия «система» в литературе также является спорным³. Полагаем, что на общетеоретическом уровне наличие принципиальных ориентиров относительно сущности системы, сформулированных в виде неких общих положений, выраженных в высокой степени абстрактности определении не только возможно, но и необходимо. По справедливому утверждению М. Г. Макарова, «своего завершения указанная теория, вероятно, никогда не сможет получить, но исследование в данном направлении плодотворны уже тем, что способствуют сближению «языков» далеко стоящих друг от друга, разобщенных научных дисциплин, интеграции знания»⁴. Вместе с тем, следует иметь в виду следующее важное обстоятельство, отмечаемое подавляющим большинством исследователей систем: существует огромное множество классов систем, каждый из которых обладает своими существенными специфическими особенностями и поэтому требует учета при изучении того или иного конкретного класса (вида) систем. Мы солидарны с мыслью В. С. Тюхтина о том, что «трудности выработки унифицированных понятий коренятся как в факте очень большого (практически неисчерпаемого) множества качественно разнородных объектов, так и в множестве подходов и задач, возникающих при изучении объектов как систем»⁵. Однако установление точек соприкосновения различных систем путем выявления названных ориентиров, «минимального набора» их общих признаков (качеств, свойств) создает базу, на которой должно базироваться формирование понятий конкретных классов (видов, подвидов) систем.

В литературе приводится огромное множество понятий систем, в основу которых положена та или иная совокупность признаков, различающаяся как по количеству, так и по качеству (по их сочетанию, набору, интерпретации). Однако, практически все авторы (за небольшим исключением), с которыми мы солидарны, сходятся во мнении, базирующемся на идеях основателя общей теории систем Берталанфи, что обязательными признаками системы являются наличие множественности элементов и связей (отношений, взаимодействия) между ними. Как известно, Берталанфи под системой понимает комплекс элементов, находящихся во взаимодействии.

Мы считаем, что система имеет внутренний и внешний аспекты. Первый аспект выражается в следующих признаках: наличие множества элементов (состава системы), связей (отношений) между ними (структуры), целостности (единства). Второй аспект характеризуется признаком ограниченности системы. С нашей точки зрения именно названная совокупность признаков позволяет сформулировать общее понятие системы. В первом приближении в рамках настоящего исследования под системой мы будем понимать целостное ограниченное множество находящихся во взаимодействии (взаимосвязи) элементов (их групп).

При этом мы предлагаем все структурные части системы именовать обобщающим понятием «компонент», понимая под ним элемент, подсистему и уровень. По нашему мнению, элемент — это минимальный неделимый компонент системы, способный к относительно самостоятельному осуществлению определенной функции. Подсистемой следует считать такую совокупность (группу) элементов, которая в силу наличия специфических связей между элементами и связей с системным целым

¹ См., например: Ахлибининский Б. В., Ассеев В. А., Шорохов И. М. Принцип детерминизма в системных исследованиях. Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1984. С. 107–108.

² См., например: Садовский В. Н. Основания общей теории систем. Логико-методологический анализ. М.: Наука, 1974; Урманцев Ю. А. Начала общей теории систем // Системный анализ и научное знание. М.: Наука, 1978. С. 10; Тюхтин В. С. О подходах к построению общей теории систем // Системный анализ и научное знание. М.: Наука, 1978. С. 51–52; Макаров М. Г. Сложность и вариативность категорий диалектики. Л.: Изд-во «Наука». Ленинградское отделение, 1988. С. 107. Более того, А. А. Иванченко заявил о создании им всестороннего универсального комплексного системного учения (См.: Иванченко А. А. Всеобщая универсальная комплексная концепция системной жизнедеятельности природы, общества, бизнеса, человека. М.: Мир книги, 2002).

³ Аверьянов А. Н. Системное познание мира: Методол. проблемы. М.: Политиздат, 1985. С. 39. См. также: Блауберг И. В., Садовский В. Н., Юдин Э. Г. Системный подход: предпосылки, проблемы, трудности. М.: Знание. 1969. С. 30.

⁴ Макаров М. Г. Указ. соч. С. 107.

⁵ Тюхтин В. С. Отражение, системы, кибернетика. М.: Изд-во «Наука», 1972. С. 10.

в рамках системы обладает относительной целостностью. В первом приближении уровень системы можно определить как такую ее часть, которая характеризуется высокой степенью охвата других компонентов системы (элементов и (или) подсистем) и в силу наличия специфических связей с другими уровнями и с системным целым в рамках системы обладает относительной целостностью. При этом важно понимать определенную условность приведенной градации¹.

Применительно к гражданскому законодательству вопрос о его компонентах предлагаем решать следующим образом: в качестве элемента рассматривать гражданско-правовой нормативный акт, подсистемы формировать по различным критериям в зависимости от конкретной исследовательской и практической задачи, а под уровнями понимать законы, иные правовые акты и ведомственные нормативные правовые акты (ст. 3 ГК РФ).

Отметим, что смысл понятия «элемент» в действительности может быть раскрыт не как самостоятельное понятие, а лишь в соотношении с понятием структуры как закона связи элементов между собой.

Вопрос о понятии структуры системы в рамках настоящего исследования является ключевым в силу того, что никакая, в том числе гражданско-правовая законодательная система, не может быть вообще описана без характеристики ее структуры.

Данная проблема обсуждается практически во всех работах, посвященных системам. На основе анализа литературы можно заключить, что в настоящее время существует два основных подхода к пониманию структуры системы. Одни авторы исходят из широкого толкования структуры и включают в нее как совокупность элементов (состав системы), так и их взаимоотношения (взаимосвязи)², другие же трактуют ее узко, только как совокупность взаимосвязей элементов системы (как закон связи элементов между собой, системы их взаимных отношений)³.

Сторонники второго подхода, с которыми мы солидарны, критикуя первых, указывают, что широкая трактовка понятия «структура» ведет к его отождествлению с понятием «система»⁴.

Обобщая изложенное, отметим, что в определениях структуры системы нередко не уточняется, о связях каких частей системы идет речь: собственно об элементах как неделимых единицах системы, или же и о других ее компонентах (подсистемах)? Полагаем, что в структуру должно включаться внутрисистемное взаимодействие всех компонентов системы. Вместе с тем, считаем, что такой признак системы как наличие связей (отношений) между ее элементами специального уточнения не требует, поскольку отношения внутри подсистем, между подсистемами и т.д. по существу представляют собой (правда, с определенной долей условности) инвариант отношений между элементами (их группами). По этой причине обозначенный «допуск» мы считаем в достаточной степени корректным.

Мы исходим из понимания структуры системы как совокупности связей компонентов системы. Считаем, что поскольку взаимосвязи внутри системы весьма многообразны, то их описание путем выделения тех или иных видов структур будет более достоверным и содержательным. Вместе с тем, мы не отказываемся от понимания структуры как нечто единого для данной системы, вобравшего в себя все типы взаимосвязей, и имеющего видовые градации (т.е. проявляющееся как дифференцированное единство).

Структура законодательства в литературе традиционно описывается через категории горизонтальной (основными элементами которой являются институты и отрасли законодательства, а также «их различные модификации и переходные формы между ними») и вертикальной структур (построение нормативного материала в зависимости от иерархии правотворческих органов)⁵.

¹ См.: Аверьянов А. Н. Указ. соч. С. 46–47. В частности, автор пишет, что подсистемы той или иной системы являются ее частями, элементы в простых системах могут быть названы также и частями; но и части в сложных системах можно определить как элементы, если рассматривать образуемую ими систему как систему другого уровня.

² См., например: Садовский В. Н. Указ. соч. С. 85.

³ См.: Афанасьев В. Г. Системность и общество. М.: Политиздат, 1980. С. 106–108; Калошин П. Н. Материалистическая диалектика и системный подход. Ташкент: Изд-во «ФАН» Узбекской ССР, 1985. С. 119–120; Свицерский В. И., Зобов Р. А. Новые философские аспекты элементарно-структурных отношений. Л.: ЛГУ, 1970. С. 5,13, 66.

⁴ См.: Афанасьев В. Г. Указ. соч. С. 119–120.

⁵ См.: Система советского законодательства / Под ред. И. С. Самошенко. М.: Юридическая литература. 1980. С. 20.

В литературе для характеристики системы используется не только понятие структуры, но и понятия организации¹. Более правильным видится использование указанного термина для характеристики структуры системы, например, в смысле организации связей ее компонентов.

Внутрисистемные связи отличаются значительным многообразием, на что неоднократно обращалось внимание в литературе². Как известно, понятия «связь», «отношения» и т.д. являются ключевыми категориями системного подхода.

В связи со сказанным необходимо остановиться на понятии иерархии, которое в литературе рассматривается в самых различных аспектах (как в качестве самостоятельной категории, так и в связи с исследованием других системных понятий). Так, В.Н. Садовский говорит о «принципе иерархичности и о принципиальной «иерархической организации любой системы», которая состоит в том, что «отдельные элементы системы представляют собой системы низшего порядка, и (или) рассматриваемая система выступает в качестве элемента системы более высокого порядка» или каждый элемент системы «в свою очередь может рассматриваться как система, а сама исследуемая система представляет собой лишь один из компонентов более широкой системы»³.

Ю.Г. Марков, например, рассматривает иерархию как тип структуры системных объектов, утверждая при этом, что всюду, где приходится сталкиваться с иерархией, «обнаруживается одна важная особенность: целостность оказывается «разложимой» на элементы, каждый из которых, в свою очередь, ведет себя как целостность». При этом в методологическом плане он выделяет так называемые уровни иерархии, базируясь на том, что относительно обособленный объект, рассматриваемый в рамках более широкой системы, может трактоваться как уровень иерархии в этой последней системе⁴.

Под иерархией мы понимаем соподчиненность компонентов системы. Применительно к гражданско-правовой законодательной системе следует иметь в виду, что здесь соподчиненность нормативных правовых актов строится на основе единого критерия — юридической силы акта, на которую, в свою очередь, оказывает влияние ряд факторов (правотворческая компетенция издавшего акт органа, определенные формальные признаки акта (кодификационные и некодификационные акты) и др.). Иерархия таких уровней гражданско-правовой законодательной системы как законы и иные правовые акты базируется исключительно на иерархии издавших их правотворческих органов, соподчиненность же внутри законов определяется как юридической силой Гражданского кодекса Российской Федерации, так их принадлежностью к отраслевым или комплексным актам. В последнем случае следует говорить о так называемой горизонтальной иерархии.

Изложенные основные положения общей теории систем могут быть полноценно использованы для характеристики системности гражданского законодательства: оно представляет собой системное образование и в этом своем качестве выступает как гражданско-правовая законодательная система, представляющая собой построенное по иерархическому принципу целостное отграниченное от других законодательных систем множество находящихся во взаимодействии (взаимосвязи) отраслевых и комплексных нормативных правовых актов (их групп), содержащих нормы гражданского права.

О НОВОМ ПОДХОДЕ К ФОРМИРОВАНИЮ ЖИЛИЩНОГО ФОНДА СОЦИАЛЬНОГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ

СЕЛИВАНОВА Евгения Сергеевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В Конституции РФ от 12 декабря 1993 года закреплён приоритет инициативного удовлетворения гражданами своей потребности в жилье, в отличие от ранее существовавшего в СССР — бесплатного распределения жилья всем нуждающимся. В то же время только незначительное число граждан в современной России способно самостоятельно без государственной поддержки удовлетво-

¹ См.: Тохтин В. С. Отражение, системы, кибернетика. М.: Наука, 1972. С. 17.

² См.: Аверьянов А. Н. Указ. соч. С. 113.

³ См.: Садовский В. Н. Указ. соч. С. 19, 174, 233.

⁴ См.: Марков Ю. Г. Функциональный подход в современном научном познании. Новосибирск: Наука. Сибирское отделение, 1982. С. 41–43, 46, 49–51.

рять свою потребность в жилье. В России беднейшая группа населения составляет 10–11%, средний класс 6,9%, остальные 70% населения похожи своими чертами, как на средний класс, так и на бедных. Только 3% взрослого населения участвуют в развитии предпринимательства¹. В 2008 году доля российских граждан, способных самостоятельно, без поддержки государства, но с использованием банковского кредита решать квартирный вопрос, составила не более 18%². Очевидно, что жилищная проблема, это по существу проблема бедных, малообеспеченных граждан.

В ФЦП «Жилище»³ приводятся данные социологических исследований на 2009 год, согласно которым жилищная проблема стоит перед 60 процентами российских семей, в той или иной степени не удовлетворенных жилищными условиями, при этом для 32 процентов семей жилищная проблема является наиболее острой и требует решения в ближайшие 3 года. При этом каждая четвертая семья имеет жилье, находящееся в плохом или очень плохом состоянии. Общая потребность населения России в жилье составляет около 1570 млн. кв. метров, для удовлетворения этой потребности необходимо увеличить жилищный фонд на 46 процентов. Среднее время ожидания предоставления жилых помещений социального использования в 2009 году составляло 8 лет а, в 2010 году составит 5–7 лет.

Первостепенное значение для успешного решения жилищной проблемы граждан имеет наличие необходимого по площади, качеству, структуре жилищного фонда. Именно жилищный фонд является материальной базой, за счет которой удовлетворяется потребность граждан в жилье.

Слово фонд (fond) французское, пришедшее из латинского языка (fundus) означает основные ресурсы, запасы чего-нибудь. Следовательно, жилищный фонд — это «запасы» жилых помещений, иными словами совокупность жилых помещений.

Согласно ст. 19 ЖК РФ жилищный фонд — это совокупность всех жилых помещений, находящихся на территории Российской Федерации.

Жилищный кодекс РФ использует при классификации жилищного фонда два критерия: 1) по принадлежности к той или иной форме собственности; 2) в зависимости от целей использования жилого помещения.

В зависимости от целей использования жилого помещения в статье 19 ЖК РФ выделены: жилищный фонд социального использования, специализированный жилищный фонд, индивидуальный жилищный фонд, коммерческий жилищный фонд.

Реальность выполнения взятых на себя государством обязательств по решению жилищной проблемы малоимущих и иных, указанных в законе граждан, зависит от грамотного решения проблемы формирования жилищного фонда, в частности, публичных форм собственности.

В настоящее время отсутствует закреплённый на законодательном уровне механизм финансирования и строительства жилищных фондов, из которых обеспечиваются жильем малоимущие и иные категории граждан. В то же время, ранее, провозглашенное в Конституции РСФСР 1978 г. право граждан на жилище, обеспечивалось, в том числе, развитием и охраной государственного и общественного жилищного фонда, а также государственной программой строительства благоустроенных жилищ, (ст. 44).

Представляется, что на федеральном уровне должна быть разработана долгосрочная программа формирования государственного и муниципального жилищного фонда, в которой бы определялись основные принципы и механизмы его создания, общие требования к его содержанию, управлению и эксплуатации.

Е. С. Шомина отмечает, что с изменением патерналистской сути российского государства на рыночную стал иным и характер содержания жилищной политики: от практиковавшейся ранее политики обеспечения жильем, когда государство действительно несло ответственность за финансирование, строительство и распределение жилья, эксплуатацию жилищного фонда, наблюдается переход к жилищной политике селективизма, когда государство сосредотачивает свое внимание на решении проблем немногочисленных, менее обеспеченных групп населения: предоставление жилья или оказание адресной финансовой помощи⁴.

Одной из основных форм решения проблемы обеспечения жильем малоимущих и иных указанных в законе граждан, является предоставление жилых помещений государственного и муниципального жилищного фонда по договору социального найма.

¹ Российская газета. 2007. 26 сентября.

² Известия. 2008. 18–20 июля.

³ Утв. Постановлением Правительства РФ от 17.12.2010 г. №1050 // СЗ РФ, 31.01.2011 г. Ст. 739.

⁴ Шомина Е. С. Квартиросъемщики — наше «жилищное меньшинство»: российский и зарубежный опыт развития арендного жилья. М., 2012. С. 19, 20.

Согласно п. 3 ст. 19 ЖК РФ жилищный фонд социального использования — совокупность предоставляемых гражданам по договорам социального найма жилых помещений государственного и муниципального жилищных фондов.

Согласно п. 1 ст. 60 ЖК РФ по договору социального найма жилого помещения одна сторона — собственник жилого помещения государственного или муниципального жилищного фонда (действующее от его имени уполномоченный государственный орган или уполномоченный орган местного самоуправления) либо управомоченное им лицо (наймодатель) обязуется передать другой стороне — гражданину (нанимателю) жилое помещение во владение и пользование для проживания в нем на условиях, установленных Жилищным кодексом РФ.

Малоимущим гражданам жилые помещения предоставляются из муниципального жилищного фонда. Жилые помещения жилищного фонда Российской Федерации или жилищного фонда субъекта Российской Федерации предоставляются иным определенным федеральным законом, указом Президента РФ или законом субъекта РФ категориям граждан, признанных по установленным ЖК РФ и (или) федеральным законом, указом Президента РФ или законом субъекта РФ основаниям нуждающимися в жилых помещениях (п. 2, п. 3 ст. 49 ЖК РФ).

Категориям граждан, указанным в ч. 3 ст. 49 ЖК РФ, могут предоставляться по договорам социального найма жилые помещения муниципального жилищного фонда органами местного самоуправления в случае наделения данных органов в установленном законодательством порядке государственными полномочиями на обеспечение указанных категорий граждан жилыми помещениями.

Жилое помещение государственного и муниципального жилищного фонда включается в состав жилищного фонда социального использования только после предоставления его по договору социального найма. До момента предоставления жилого помещения по договору социального найма жилого помещения фактором, определяющим его правовой режим, является форма собственности, а не цель использования. Собственник жилищного фонда самостоятельно принимает решение о цели использования жилого помещения. Он вправе предоставить жилое помещение в безвозмездное пользование, передать в собственность, принять решение об отнесении жилого помещения к специализированному жилому помещению. В жилищном законодательстве отсутствуют требования к обязательному нормативу общей площади (обязательной доли) жилых помещений государственного и муниципального жилищного фонда, предоставляемого по договору социального найма жилого помещения, найма жилого помещения государственного и муниципального жилищного фонда, договора найма специализированного жилого помещения. Приоритеты в целевом использовании жилых помещений государственного и муниципального жилищного фонда определяются собственником по его усмотрению. При дефиците жилых помещений, находящихся в государственной и муниципальной собственности, отсутствии эффективных механизмов пополнения жилищных фондов публичных форм собственности, уменьшении объема государственного и муниципального жилищного фонда в результате его приватизации договор социального найма жилого помещения представляет собой слабо работающий институт, который не способен решить возложенные на него законодательством задачи. Особенно такая постановка проблемы актуальна для муниципального жилищного фонда, за счет которого должна решаться проблема обеспечения жилыми помещениями малоимущих граждан.

Таким образом, во-первых, для решения проблемы обеспечения жилыми помещениями малоимущих граждан и иных, указанных в законе граждан, необходимо решить проблему стабильного воспроизводства жилищного фонда публичных форм собственности.

Во-вторых, следует пересмотреть место, роль и систему договора социального найма жилого помещения в системе правовых институтов решения жилищной проблемы малоимущих и иных, указанных в законе граждан, в современных социально-экономических условиях и порядок формирования жилищного фонда социального использования.

Социальное государство гарантирует гражданам защиту от таких социальных рисков как бедность, старость, болезнь, безработица и т.п. Предполагается, что состояние, требующее социальной поддержки должно носить временный характер. Если следовать предложенной логике, то сомнение должно вызывать бессрочность договора социального найма жилого помещения (п. 2 ст. 60 ЖК РФ). Изменение оснований его предоставления не влечет за собой прекращения договора или его изменения. Концепция договора найма жилого помещения как бессрочного была сформирована в СССР, когда основной формой удовлетворения потребности большинства граждан в жилье являлось получение его от государства бесплатно по договору найма жилого помещения. Договор найма жилого помещения в тот период являлся не одним из механизмов государственной поддержки какой-то одной социальной группы населения страны, а основной формой реализации права граждан на жилище. Нуждающиеся в жилых помещениях граждане советского государства вселялись в жилые

помещения на основании ордера на жилое помещение (ст. 47 ЖК РСФСР 1983 г.). Договор найма жилого помещения государственного жилищного фонда, как правило, не заключался. Несоблюдение его письменной формы не влекло его недействительности. Право пользования жилыми помещениями возникало у лиц, включенных в ордер. Согласно ст. 10 ЖК РСФСР жилые помещения в домах государственного и общественного жилищного фонда, а также в домах жилищных и жилищно-строительных кооперативов предоставляются гражданам в бессрочное пользование. Как одному из важнейших жилищных прав, праву пользования жилым помещением в домах государственного и общественного жилищного фонда придано качество бессрочности действия только в 1982 г. с момента вступления в действие Основ жилищного законодательства в силу. До этого момента пользование жилым помещением было ограничено сроком пять лет с преимущественным правом возобновления его на следующее пятилетие.

Бессрочностью права пользования, по мнению В.Н. Литовкина, постоянные пользователи государственного и общественного жилищного фонда сравнивались с постоянными пользователями в домах, принадлежащих жилищной кооперации, а также с гражданином — собственником жилого дома (квартиры). Бессрочность пользования жилым помещением выражает устойчивость пользования и независимость пользователя от его поведения вне жилого помещения¹. Выселение из жилых помещений, без предоставления другого жилья, за некоторыми исключениями, не допускалось жилищным законодательством (ст. 90 ЖК РСФСР 1983 г.). Необходимо отметить, что в ЖК РСФСР 1983 г. был закреплен принцип дифференцированного регулирования найма жилых помещений в домах государственного и муниципального жилищного фонда и найма помещений в других домах. Нехарактерная для несобственника бессрочность пользования законодателем не распространялась на договор найма жилого помещения индивидуального жилищного фонда.

Договор социального найма жилого помещения стал преемником договора найма жилого помещения в государственном жилищном фонде, урегулированным в ЖК РСФСР 1983 г. Однако, в настоящее время договор социального найма жилого помещения выполняет роль института «сглаживающего» социального неравенство в обществе по признаку имущественного положения. Следовательно, в жилом помещении, предоставленном по договору социального найма должны проживать граждане, отвечающие определенным социальным критериям, при изменении которых должны отпадать и основания пользования жилым помещением, предоставленным по договору социального найма. Представляется, что договор социального найма жилого помещения из бессрочного следовало бы трансформировать в срочный договор. Думается, что установление срока договора социального найма жилого помещения соответствует его цели — оказание государственной социальной поддержки определенным наименее защищенным категориям граждан посредством предоставления жилого помещения во временное владение и пользование за невысокую плату. Механизмом, обеспечивающим стабильность пользования жилым помещением нанимателем и членами его семьи, может стать, как и ранее, закрепление в законе нормы о преимущественном праве нанимателя на заключение договора найма жилого помещения на новый срок в случае сохранения оснований пользования жилым помещением государственного и муниципального жилищного фонда.

Следует отметить, что за рубежом отсутствует понятие договора социального найма жилого помещения. Однако действует институт социального жилья.

В 1998 году Европейский комитет по вопросам социального жилья (CECODHAS²) предложил следующее определение социального жилья: «понятие социального жилья охватывает строительство, предоставление, обновление и реконструкцию социальной жилой площади, т.е. жилья, доступ к которому контролируется на основании правил распределения, учитывающих потребности граждан, испытывающих трудности в поиске жилья».

¹ Жилищное законодательство: Комментарий / Под ред. В. Ф. Яковлева, П. И. Седугина. М., 1991. С. 40.

² Европейский Комитет по вопросам социального жилья (the European Liaison Committee for Social Housing — CECODHAS) — это международная некоммерческая организация, созданная в 1988 году в целях продвижения лучшего опыта деятельности жилищных некоммерческих организаций Европейского Союза, поощрения постоянного обмена идеями и опытом среди своих членов, предоставления своим членам информационных услуг и т.д. В CECODHAS входит 31 одна национальная и региональная жилищная организации из 15 стран Евросоюза. Все члены Комитета — неправительственные некоммерческие организации. Суммарно организации-члены CECODHAS предоставляют жителям 35 миллионов жилых помещений, из которых 25 миллионов сдаются в аренду и 10 миллионов были построены для продажи в собственность.

Из данного определения можно выделить следующие признаки социального жилья: первый — это жилье, отношения по строительству, реконструкции, предоставлению и пользованию, которым контролируется публичной властью; второй — это жилье, предоставляемое на основании правил распределения; третий — это жилье, предоставляемое гражданам, испытывающим трудности в поиске жилья.

Е. С. Шомина отмечает, что в Европейском Союзе отсутствуют единые подходы и понятия социального жилья, но существует его широкая трактовка: любая часть жилищного фонда (включая частный сектор), созданная хотя бы и минимальной поддержки государственного бюджета. А есть, наоборот, узкий подход: это сектор арендного жилья, предоставляемого малоимущим гражданам, остро нуждающимся в социальной помощи (безработные, этнические меньшинства, инвалиды)¹.

Представляется, что выше сказанное позволяет говорить о необходимости реформирования договора социального найма жилого помещения как института, относящегося к социальному жилью, и как следствие, порядка формирования жилищного фонда социального использования.

Думается, что поскольку ключевым в определении правового режима использования является вид жилищного фонда, то дифференцировать договор найма жилого помещения в государственном и муниципальном жилищном фонде на договор социального найма жилого помещения и договор найма жилого помещения нецелесообразно. Они призваны выполнять одну общую задачу — обеспечивать право на жилище граждан, которые самостоятельно не могут его реализовать. Необходимо расширить круг субъектов, выступающих на стороне нанимателя по договору социального найма жилого помещения, включив в него и категории граждан с невысоким доходом, который не позволяет им самостоятельно приобрести жилье, перечислив их в жилищном законодательстве. Например, молодые семьи, инвалиды, матери-одиночки, учителя и т.п. Очевидно, что расширение круга субъектов, обеспечиваемых жилыми помещениями за счет публичных жилищных фондов, требует одновременное внедрение новых схем формирования государственного и муниципального жилищного фонда. Бремя распределения обязанности по решению жилищных проблем малоимущих и иных категорий граждан должно быть распределено между собственниками государственного жилищного фонда и муниципального жилищного фонда с учетом их финансовых и иных ресурсных возможностей. Проблема удовлетворения спроса на социальное жилье может быть также решена посредством привлечения к ее решению частных собственников недвижимости.

Согласно п. 3 ст. 40 Конституции РФ бесплатно или за доступную плату жилые помещения малоимущим и иным указанным в законе гражданам могут предоставляться не только из государственного и муниципального жилищного фонда, но и из иных жилищных фондов. В Европе наймодателем социального жилья выступают не только муниципалитеты, но и частные инвесторы, так называемые «социальные домовладельцы». На их стороне могут выступать помимо муниципалитетов также кооперативы, благотворительные организации — фонды, ассоциации². «Социальным домовладельцам» предоставляются различные льготы и преференции. Следует обратить внимание, что в Англии, Дании и Нидерландах наиболее серьезными поставщиками социального жилья являются жилищные ассоциации³. Думается, что следует учесть европейский опыт, определив в законодательстве круг лиц, которые могут стать социальными домовладельцами и определить их правовой статус. Такие некоммерческие организации также могли бы предоставлять жилые помещения по договору социального найма жилого помещения. Расширение круга субъектов, выступающих на стороне наймодателя жилого помещения по договору социального найма жилого помещения, на наш взгляд, может улучшить ситуацию в сфере решения жилищной проблемы малоимущих и иных, указанных в законе граждан. Соответственно в структуру жилищного фонда социального использования следовало бы включить не только жилые помещения государственного и муниципального жилищного фонда, предоставленные по договору социального найма жилого помещения, но и жилые помещения некоммерческих юридических лиц, выступающих наймодателями по договору социального найма жилого помещения.

¹ Шомина Е. С. Квартирсыемщики — наше «жилищное меньшинство»: российский и зарубежный опыт развития арендного жилья. М., 2010. С. 91.

² Там же. С. 93.

³ Шомина Е. С. Квартирсыемщики — наше «жилищное меньшинство»: российский и зарубежный опыт развития арендного жилья. М.. 2010. С. 98.

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА РЕГРЕСНЫХ ТРЕБОВАНИЙ

ТАНАГА Андрей Николаевич,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
ФГБОУ ВПО «КубГАУ»

Особенности регрессных обязательств позволяют выделить их в самостоятельную группу в системе обязательств российского гражданского права. Их принято рассматривать изолированно от классификации обязательств, о чем свидетельствует учебная и научная литература. Но если такие обязательства выделены в общей массе обязательств, следует признать наличие антагонистической группы в соответствующей дихотомии. В противном случае придем к ложному выводу о том, что все обязательства являются регрессными.

Для выработки двучленной классификации критерием может выступить направленность права требования кредитора. В большинстве обязательств право требования можно назвать *прямым*, так как оно принадлежит непосредственно кредитору. Совершенно иная природа присуща такому праву в обязательствах регрессных. Определению таковой, не без серьезной доли казуистики, посвящена настоящая работа. Избрать абстрактный подход мешает многообразие регрессных обязательств, имеющих массу особенностей с одним лишь объединяющим признаком: кредитор в них обладает правом *обратного* требования.

Основные сложности при квалификации отношений в качестве регрессных вызваны лишь простым употреблением законодателем понятий «регресс» и «обратное требование». При этом, как правильно заметил М.И. Брагинский, ни один из отечественных Гражданских кодексов, включая действующий, не включал в себя «норм, посвященных регрессу как таковому»¹.

В юридической литературе постоянно предпринимаются попытки восполнения данного пробела в виде определения признаков и понятия регрессных обязательств.

Так, И.Б. Новицкий, определяя регрессное обязательство, выделил два его характерных признака: во-первых, оно является «следствием платежа одним лицом (кредитором по регрессному обязательству) другому лицу, хотя последовавшего юридически обоснованно, однако вызванного виной третьего лица (должника по регрессному обязательству) без вины со стороны первого»²; во-вторых, оно направлено «к переложению уплаченной суммы на это третье лицо, по вине которого последовал платеж со стороны первого лица второму»³. Это традиционный состав признаков регрессного обязательства, выделявшихся в советском гражданском праве. Но И.Б. Новицкий выделял также названную им редко встречающейся разновидность, «когда регрессное требование возникает на почве получения известной суммы одним лицом от другого, за счет третьего лица»⁴.

Нельзя не согласиться с классиком, но время и экономико-правовые реалии внесли весомые поправки: в современном гражданском праве, скорее всего, преобладают по распространенности разновидности регрессных обязательств, отнесенные И. Б. Новицким к исключительным. Причиной тому является, конечно, развитый гражданский оборот, основанный на свободе договора.

Суть регрессных обязательств состоит в том, что определенное обязательство исполняет лицо, не являющееся должником; что предоставляет исполнившему обязательство лицу право требования возмещения произведенного исполнения. Обязательство по такому возмещению называется регрессным, предоставляющим исполнившему обязательство лицу так называемое «право обратного требования».

Без исполнения первоначального обязательства за другое лицо регрессное, производное по сути, обязательство возникнуть не может.

Юридическим фактом, лежащим в основании регрессного обязательства, являются действия третьего лица по исполнению основного обязательства за должника. Поэтому никогда *не может служить основанием возникновения регрессного обязательства бездействие*.

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М.: Статут, 2001. С. 467 (автор главы — М. И. Брагинский).

² Новицкий И. Б. Регрессные обязательства между социальными хозяйственными организациями. М.: Госюриздат, 1952. С. 94.

³ Там же.

⁴ Там же.

В настоящее время предпринимаются попытки определить понятие регресса. Так, Ю. В. Журавлева предлагает рассматривать регресс как «обязательство, носящее производный характер, в силу которого кредитор (регредиент) вправе требовать от должника (регрессата) возврата денежной суммы (или иной имущественной ценности), уплаченной кредитором или полученной должником от третьего лица во исполнение первоначального обязательства»¹.

Таким образом, **для возникновения регрессного обязательства основное обязательство должно прекратиться исполнением. Параллельное сосуществование основного и регрессного обязательств невозможно.** Потому в отношении регрессных обязательств не используется субъективный критерий определения начала течения исковой давности, применимый в большинстве случаев. В частности, по общему правилу течение исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права (п. 1 ст. 200 ГК РФ). Но указанная норма допускает установление изъятий из этого правила, которые могут быть закреплены лишь самим Гражданским кодексом РФ и иными федеральными законами. Частный случай исключения закреплен для регрессных обязательств: течение исковой давности по ним начинается с момента исполнения третьим лицом основного обязательства (п. 3 ст. 200 ГК РФ), что свидетельствует об использовании законодателем объективного критерия для подобных случаев; не зависящего от субъективного восприятия лицом фактов правовой действительности.

В регрессном обязательстве должник по основному обязательству является также должником (регрессатом), а кредитором (регредиентом) становится третье лицо, исполнившее за должника обязательство перед кредитором.

ВИДЫ РЕГРЕССНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

Полагаем, что для целей правоприменения можно систематизировать регрессные обязательства по основаниям их возникновения.

В данной классификации необходимо выделить случаи, когда на третье лицо возложена *обязанность исполнить обязательство за должника*.

Например, в большинстве случаев право регресса названного вида возникает при исполнении обязательства в полном объеме одним из солидарных должников.

Для подобных случаев общая универсальная норма пункта 1 ст. 325 ГК РФ устанавливает правило, согласно которому исполнение солидарной обязанности полностью одним из должников освобождает остальных должников от исполнения кредитором.

С этого момента прекращается основное обязательства и возникает регрессное. В противном случае были бы нарушены такие гражданско-правовые принципы как равенство и необходимость обеспечения восстановления нарушенных прав, а также общеправовые принципы добросовестности, разумности и справедливости.

По общему правилу (если иное не вытекает из отношений между солидарными должниками), должник, исполнивший солидарную обязанность, имеет право регрессного требования к остальным должникам в равных долях за вычетом доли, падающей на него самого. При этом неуплаченное одним из солидарных должников должнику, исполнившему солидарную обязанность, падает в равной доле на этого должника и на остальных должников (п. 2 ст. 325 ГК РФ).

Частные случаи данного правила встречаются, например, в отношениях по передаче прав по ордерным ценным бумагам. Такая передача осуществляется путем совершения передаточной надписи — индоссамента. Индоссант несет ответственность не только за существование права, закрепленного в ценной бумаге, но и за его осуществление (п. 3 ст. 146 ГК РФ).

В соответствии с пунктом 1 ст. 147 ГК РФ лицо, выдавшее ценную бумагу, и все лица, индоссировавшие ее, отвечают перед ее законным владельцем солидарно. В случае удовлетворения требования законного владельца ценной бумаги об исполнении удостоверенного ею обязательства одним или несколькими лицами из числа обязавшихся до него по ценной бумаге, они приобретают право обратного требования (регресса) к остальным лицам, обязавшимся по ценной бумаге (п. 1 ст. 147 ГК РФ).

Частный случай более детального регулирования таких отношений, связанных с ответственностью перед чекодержателем, представлен в пункте 3 ст. 885 ГК РФ.

При этом иск чекодержателя к лицам, солидарно обязанным по чеку: чекодателю, авалистам, индоссантам, может быть предъявлен в течение шести месяцев со дня окончания срока предъявления чека к платежу. Налицо сокращенный специальный срок исковой давности для требований чекодержателя, что, на наш взгляд, объясняется именно наличием солидарной обязанности названных лиц.

¹ Журавлева Ю. В. К вопросу о понятии права регресса // Сборник научных статей аспирантов и соискателей Нижегородского коммерческого института. Вып. 10. Н. Новгород: НКИ, 2004.

Исполнение такой обязанности влечет возникновение у исполнившего лица права регресса. Непосредственно для регрессных требований законодатель закреплен пресекательный срок, истечение которого влечет прекращение права регресса. В частности, регрессные требования по искам обязанных лиц друг к другу погашаются с истечением шести месяцев со дня, когда соответствующее обязанное лицо удовлетворило требование, или со дня предъявления ему иска.

Момент удовлетворения требования для применения пресекательного срока следует применять лишь при добровольном исполнении обязанности. В противном случае, срок начинает исчисляться со дня предъявления солидарно обязанному лицу иска.

Солидарный долг возникает также у должника и поручителя в обеспечительном обязательстве поручительства (п. 1 ст. 363 ГК РФ). При этом, если должник исполнил обязательство перед кредитором; то поручителю законом предоставляется право взыскать с кредитора неосновательно полученное либо предъявить регрессное требование к должнику (ст. 366 ГК РФ). Выбор способа защиты зависит лишь от усмотрения поручителя. Примечательно, что лишь в этом случае возникает регрессное обязательство. Когда же основное обязательство исполнено только поручителем, у последнего не возникает право регресса, а права кредитора переходят к нему на основании закона — в соответствии с пунктом 1 ст. 365 и абзацем 4 ст. 387 ГК РФ. Ряд авторов не без оснований объединяют эти случаи термином «суброгация», выходящим, по их мнению, за пределы института страхования (подробнее — далее).

В силу того, что весьма схожие внешне и близкие по характеру обеспечительные обязательства поручительства и банковской гарантии отличаются по признаку акцессорности (первое обладает им, а второе — нет), законодатель закрепил принципиально различающиеся правила о праве регресса. В частности, такое право в отношении поручителя по банковской гарантии зависит целиком от соглашения гаранта с принципалом (п. 1 ст. 379 ГК РФ).

При возможности возникновения у гаранта права регресса он, в свою очередь, также принимает обеспечительные меры. В практике возник вопрос о возможности принятия обеспечительных мер в целях обеспечения исполнения обязательств, вытекающих в результате реализации других средств обеспечения, в частности, вследствие выплаты по банковской гарантии. Ассоциация российских банков обратилась с соответствующим вопросом в Министерство юстиции РФ, которое дало положительный ответ в порядке консультации. Конечно, здесь достаточно было лишь утвердительного ответа со ссылкой на принцип свободы договора, закрепленный в ст. 421 ГК РФ. Минюст России дал пространственный ответ о возможности обеспечения регрессных требований, в том числе ипотекой — залогом недвижимого имущества¹.

Различная правовая природа регрессных обязательств и перемены лиц в обязательстве состоит в том, что регрессное обязательство представляет собой принципиально новое обязательство, в отличие от исполненного основного обязательства, прекратившегося в результате исполнения (п. 1 ст. 407 ГК РФ). При переходе прав кредитора обязательство не прекращается, в нем лишь изменяется субъектный состав правомоченной стороны. Это нашло отражение и в правовом регулировании. В частности, правила о переходе прав кредитора к другому лицу (нормы § 1 гл. 24 ГК РФ) не применяются к регрессным требованиям (абз. 2 п. 1 ст. 382 ГК РФ). М.И. Брагинский емко определял данное отличие всего несколькими словами: «регресс порождает право, а при цессии передается возникшее право»².

Следует отличать регресс от такого смежного правового явления как суброгация. Ранее (до введения в действие Части первой Гражданского кодекса РФ — по общему правилу до 1 января 1995 года) суброгацию, не определяемую тогда законодателем, относили к разновидности регресса.³ Сегодня же они представляют собой различные явления, которые необходимо четко разграничивать.

Для их разграничения необходимо обратиться к определению правовой природы суброгации.

Суброгация представляет собой частный случай перехода прав кредитора на основании закона; а не в силу рассмотренной выше сделки цессии, облакаемой в форму договора купли-продажи или договора дарения.

Впервые современное российское законодательство закрепило категорию суброгации в ст. 387 действующего ГК РФ. В частности, права кредитора по обязательству переходят к другому лицу на

¹ См.: Письмо Министерства юстиции РФ от 1 апреля 2008 г. №04–2382 // СПС «КонсультантПлюс».

² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 468.

³ См.: Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М., 1940. С. 160; Юдельсон К. С. Основные проблемы права регресса в советском гражданском праве // Ученые труды ВЮЮН. Вып. IX. М., 1947; Новицкий И. Б. Указ. соч. С. 145–195.

основании закона и наступления таких указанных в законе обстоятельств как суброгация страховщику прав кредитора к должнику, ответственному за наступление страхового случая.

Таким образом, после принятия Части первой Гражданского кодекса РФ в российском гражданском праве возникло весьма ограниченное рамками института страхования представление о суброгации.

Как справедливо отмечал М.И. Брагинский, хотя законодатель и не использует соответствующий термин, но с суброгацией де-факто мы встречаемся в случаях, указанных в п. 2 ст. 313 ГК РФ: третье лицо, подвергающееся опасности утратить свое право на имущество должника (право аренды, залога или др.) вследствие обращения кредитором взыскания на это имущество, может за свой счет удовлетворить требование кредитора без согласия должника. В этом случае к третьему лицу переходят права кредитора по обязательству в соответствии со статьями 382-387 ГК РФ. Такие последствия М. И. Брагинский и называл суброгацией¹.

В итоге автор считает возможным представить следующие выводы. Для правильного определения правовой природы и места регрессных обязательств в системе обязательств предложено использовать в качестве классификационного критерия направленность права требования кредитора. В результате получим дихотомию прямых и регрессных обязательств.

Бездействие не может служить основанием возникновения регрессного обязательства.

Для возникновения регрессного обязательства основное обязательство должно прекратиться исполнением. Параллельное сосуществование основного и регрессного обязательств невозможно.

РАЗВИТИЕ ПОЛОЖЕНИЙ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ И ДОКТРИНЫ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА О ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ, ПРАВОСПОСОБНОСТИ И ДЕЕСПОСОБНОСТИ ГРАЖДАН

ТАРАСОВА Анна Евгеньевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского и предпринимательского права
Южно-Российского института — филиала РАНХиГС при Президенте РФ

Гражданское законодательство РФ в настоящее время находится в процессе совершенствования, имеющем доктринальную основу в виде Концепции развития гражданского законодательства². Результатом явилась разработка Проекта №47538–6 Федерального закона РФ о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ, отдельные законодательные акты РФ и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов РФ (положений законодательных актов РФ) (далее Проект)³. Однако планируемые изменения и нововведения не представляют собой целостного и системного решения всех назревших вопросов регулирования частно — правовых отношений, что свидетельствует об отсутствии единого доктринального подхода к реформированию главной отрасли частного права — гражданского права.

Так, в положения ГК РФ о физических лицах, как субъектах гражданского права, изменений и дополнений практически не предлагается. В то время как юридическим лицам в Проекте уделено огромное внимание, начиная от включения в предмет гражданского права корпоративных отношений, определения юридического лица, деления организаций на корпорации и не корпорации, и затем продолжая детальную регламентаций каждого их вида в отдельности.

Острые, давно назревшие проблемы реформирования положений о физических лицах, правосубъектности, правоспособности и дееспособности граждан, защиты прав детей и семьи, особенностей имущественных и неимущественных отношений с участием лиц, имеющих пороки или ограничения воли, законодатель и доктрина обходят стороной, стараясь не замечать потребности в выработке

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 476 (автор главы — М. И. Брагинский).

² Одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009 г. URL: <http://www.consultant.ru>.

³ Проект №47538–6 Федерального закона РФ о внесении изменений в Гражданский кодекс РФ, отдельные законодательные акты РФ и о признании утратившими силу отдельных законодательных актов РФ (положений законодательных актов РФ). URL: <http://www.consultant.ru>.

кардинально нового системного подхода к участию физических лиц разного статуса, как равных субъектов в гражданских и смежных с ними отношениях (семейных, жилищных, трудовых, земельных, в сфере предпринимательской деятельности).

Разработка нового системного подхода к правосубъектности граждан обусловлена несколькими факторами.

Во-первых, **самим развитием частных отношений.** Это послужило формированию на базе гражданского права смежных отраслей права, выделившихся из него в силу специфики регулируемых отношений и выработки собственных принципов регулирования. Некоторые отрасли регулирования смежных отношений заимствовали основу гражданского права, хотя исторически на определенном этапе своего развития находились в области исключительно публичного права. В свою очередь, **смежные отрасли не только делят с гражданским правом определенный срез отношений, но и сохраняют общие системные связи, которые должны работать универсально.** Для этого требуется сочетание принципов регулирования базовых частных и смежных с ними отношений, развивающихся в рамках специальных отраслей.

Во-вторых, усложнение общественных отношений актуализирует **проблему баланса интересов и требует создания новых моделей сочетания частного и публичного права при регулировании частно-правовых отношений и отношений, сформировавшихся на их основе.** Для сочетания совокупности частных интересов, интересов группы лиц, связанных неимущественными отношениями, обеспечения участия в отношениях отдельных видов субъектов требуются механизмы, в которые вовлекаются публичные элементы. Такие элементы обеспечивают правосубъектность граждан, лишенных дееспособности, ограниченных в дееспособности, несовершеннолетних. Например, органы опеки и попечительства, будучи включенными в механизм осуществления сделок, являются органами публичной власти и поэтому, участвуя в осуществлении имущественных прав несовершеннолетних, недееспособных и ограниченно дееспособных граждан проявляют свой двойственный статус. Они выступают и как элемент гражданско-правового механизма совершения сделок, и как элемент государственного контроля за соблюдением имущественных и неимущественных прав указанных субъектов.

В-третьих, **необходима национальная доктрина правосубъектности граждан,** которая бы учитывала специфику культуры страны, развитие институтов семьи, уровень эмансипации детей, психофизические особенности личности, роль государства и иных публичных институтов в установлении механизмов осуществления прав и обязанностей граждан, не обладающих полной дееспособностью.

Правосубъектность, как правовое состояние лица, должно обеспечиваться гражданину на протяжении всей его жизни за счет установления необходимых ее элементов: правоспособности, дееспособности и проделеспособности (содееспособности)¹. Сочетание двух последних элементов в правосубъектности гражданина зависит от наличия и полноты собственной дееспособности физического лица. **При этом развитие законодательного регулирования частных отношений необходимо осуществлять в направлении отказа от конструкции абсолютной недееспособности граждан или сокращения области ее существования.**

Развитие категории правоспособности граждан. Давно назревшей проблемой, требующей законодательного решения, является определение правового статуса эмбрионов². К регулированию отношений по искусственным технологиям воспроизводства человека необходимо подходить с объектно-субъектной стороны, урегулировав эти отношения и определив момент перехода состояния из объекта в субъект либо субстанцию, имеющую признаки правовой личности. Для этого следует признавать признаки правовой личности еще не родившегося, но зародившегося ребенка с момента первого сердцебиения в утробе матери. Исключительной целью такого признания должна служить защита будущих прав личности, как субъекта, при установлении особенностей имущественных и неимущественных отношений, для которых такое признание элементов правовой личности является обязательным уже на стадии эмбрионального развития, без изменения общего момента возникновения правоспособности граждан.

¹ Тарасова А. Е. Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях. М.: Волтерс Клувер, 2008.

² Уже неоднократно предлагалось внести изменения в ГК РФ и даже в Конституцию РФ для определения момента рождения человека с момента зачатия или с момента первого сердцебиения эмбриона в утробе матери, т. е. иначе, чем это установлено в настоящее время // Проект Ф3 «О внесении дополнения в статью 17 Гражданского кодекса Российской Федерации». URL: <http://www.legislature.ru/monitor/amendgk/292316-3ekspsov.html>; www.zakon.ru/Blogs/embrion__tozhe...peterburgskij...na.../4154.

Требуется развитие положений гражданского законодательства о дееспособности граждан.

ГК РФ выделяет в объеме дееспособности малолетних в возрасте от 6 до 14 лет, несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет, ограниченно дееспособных граждан сделкоспособность в разных пределах. Малолетние дети в возрасте до 6 лет и граждане в судебном порядке признанные недееспособными не имеют никакой сделкоспособности. В то же время дееспособность не исчерпывается только лишь способностью своими действиями совершать гражданско-правовые сделки¹, приобретение прав и обязанностей возможно посредством совершения иных юридических действий, не являющихся сделками. О необходимости выделения иных юридически значимых действий, отличающихся от сделок, в частности и от односторонних сделок, писал еще русский дореволюционный цивилист Д. Мейер². Такие действия могут быть целенаправленными, и не целенаправленными (юридические поступки).

Способность совершения иных юридически значимых действий в объеме дееспособности граждан ГК РФ не регламентирована, что представляет серьезный пробел, требующий устранения. Тем более, что в Проекте предлагается внести изменения в п. 2 ст. 37 ГК РФ, заменив слова «других сделок» на «других действий», в результате чего предварительное разрешение органов опеки и попечительства будет требоваться при совершении опекунами и одобрении попечителями любых действий (а не только сделок), влекущих уменьшение имущества подопечных граждан, не обладающих полной дееспособностью.

В то же время в Проекте не содержится никаких изменений и дополнений в ст.ст. 26, 28, 29, 30 ГК РФ о совершении юридических действий гражданами в зависимости от объема их дееспособности, что существенно изменит саму концепцию дееспособности/недееспособности граждан.

Для применения на практике нового правила, предлагаемого в Проекте, изменения одной лишь ст. 37 ГК РФ недостаточно. Более того, такое изменение повлечет концептуальное противоречие внутри института правосубъектности граждан. Представляется, что к решению вопроса о совершении гражданами юридически значимых действий, не являющихся сделками, необходимо подходить дифференцированно и системно.

Актуальность указанного вопроса возрастает с закреплением в предмете гражданского права корпоративных отношений, ведь несовершеннолетние, недееспособные и ограниченно дееспособные граждане могут являться владельцами акций, долей, паев в уставных капиталах коммерческих юридических лиц, участие в которых требует совершения юридических действий в виде принятия решений на общем собрании участников, членов таких организаций. В настоящее время вопрос об участии граждан с неполной дееспособностью в корпоративных отношениях законодательством вообще не регламентирован. В связи с этим в правоприменительной практике возникают сложности в определении механизма действий таких граждан при принятии корпоративных решений в зависимости от объема их дееспособности.

Таким образом, в доктринальном пересмотре нуждается вся конструкция дееспособности/недееспособности граждан. Состояние недееспособности должно иметь существенно ограниченную сферу применения, в частности сохраняться за малолетними детьми первых трех-четырёх лет жизни. После этого возраста ребенок хоть и в самой незначительной степени, но приобретает собственную дееспособность.

В отношении граждан, страдающих психическими заболеваниями, механизм признания их недееспособными следует признать несовершеннолетним и используемым, зачастую, как средство злоупотребления. С учетом Постановления Конституционного суд РФ от 27.06.2012 г. №15-П необходимо перейти от концепции абсолютной недееспособности граждан, страдающих психическими заболеваниями, к установлению дифференцированных режимов их ограниченной дееспособности³.

¹ Тарасова А. Е. Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях. М.: Волтерс Клувер, 2008.

² Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 2000. С. 175.

³ Взаимосвязанные положения пунктов 1 и 2 статьи 29, пункта 2 статьи 31 и статьи 32 ГК РФ Постановлением Конституционного суда РФ от 27.06.2012 №15-П признаны соответствующими Конституции РФ постольку, поскольку они направлены на защиту прав и законных интересов граждан, которые вследствие психического расстройства не могут понимать значения своих действий или руководить ими, а также на обеспечение прав и свобод других лиц и охрану иных конституционно значимых ценностей, и не соответствующими Конституции РФ, постольку, поскольку в действующей системе гражданско-правового регулирования не предусматривается возможность дифференциации гражданско-правовых последствий наличия у гражданина нарушения психических функций при решении вопроса о признании его недееспособным, соразмерных степени фактического снижения способности понимать значение своих действий или руководить ими.

Представляется, что на граждан, которые признаются ограниченно дееспособными вследствие психического заболевания целесообразно распространить правила о дееспособности малолетних (ст. 28 ГК РФ), закрепив за ними способность к заключению мелких бытовых и иных сделок, разрешенных малолетним. При этом ответственность за все действия подопечных, также как и за действия малолетних будут нести законные представители (опекуны).

Для граждан, страдающих психическими заболеваниями, чей уровень понимания совершаемых действий является более высоким, чем у малолетних детей, следует установить иной порог ограничения дееспособности, приближенный к дееспособности несовершеннолетних, достигших возраста 14 лет. Такой уровень дееспособности позволит гражданам, ограниченным в дееспособности, совершать юридически значимые действия и сделки под контролем попечителей (с их согласия), а также органов опеки и попечительства, а в случаях предусмотренных законом — самостоятельно, например, распоряжаться своими доходами, пенсиями, пособиями при установлении предельного размера или для совершения мелких бытовых сделок¹.

Изменение концепции дееспособности/недееспособности предоставит возможность самим гражданам совершать определенные юридические значимые действия, прежде всего, обращаться за защитой своих прав, не получая формальный отказ на том основании, что заявители являются недееспособными, ограниченно дееспособными, не полностью дееспособными и не могут обращаться за защитой.

Совершенствуя положения гражданского законодательства РФ о дееспособности необходимо урегулировать вопросы, касающиеся способности совершения малолетними детьми юридических поступков, вследствие которых создаются результаты интеллектуальной деятельности. В этом вопросе требуют развития нормы гражданского законодательства, регулирующие способность участия детей в отношениях интеллектуальной собственности, возмездного оказания услуг с учетом уже имеющихся, например, в нормах трудового законодательства положений (ст. 63 ТК РФ).

В гражданском законодательстве отсутствует четкое определение возраста, с наступлением которого ребенок может быть зарегистрирован в качестве индивидуального предпринимателя, и начать осуществлять индивидуальную предпринимательскую деятельность. Не урегулирован и сам порядок осуществления предпринимательской деятельности несовершеннолетних, только в пределах самостоятельно осуществляемых сделок или также сделок, требующих согласия родителей (усыновителей, попечителя). Не установлены виды предпринимательской деятельности, которые несовершеннолетнему осуществлять запрещено. Существует неопределенность в вопросе соотношения налоговой и гражданско-правовой ответственности в связи с осуществлением предпринимательской деятельности несовершеннолетнего.

С развитием экономической активности граждан и появлением возможностей для получения различных видов доходов, положения о способности несовершеннолетних детей, достигших возраста 14 лет, распоряжаться своими доходами необходимо уточнять как в части видов доходов, так и максимального их размера, в пределах которого дети вправе распоряжаться ими самостоятельно, без согласия родителей. С законодательной инициативой в установлении максимальной величины доходов, которыми несовершеннолетний вправе распоряжаться самостоятельно, выступило Министерство

¹ Министерством юстиции РФ подготовлен законопроект о дифференциации дееспособности лиц, страдающих психическими заболеваниями. Согласно законопроекту Минюста, возможность заключать сделки будет предоставлена не только опекуну лица, признанного недееспособным из-за психического расстройства, но и самому лицу, страдающему заболеванием. Определить перечень юридически значимых действий, которые сможет совершать такое лицо, должен будет суд при принятии решения о признании человека недееспособным. Установить такой перечень действий сможет суд и для лиц, уже признанных недееспособными, по заявлению их законных представителей. URL: http://www.zakon.ru/Discussions/nedeesposobnost_ostavili_na_usmotrenie_suda__minyust_podgotovil_popravki_v_st_29_gk/4530; <http://izvestia.ru/news/539100>.

Представляется, что передача вопроса об объеме дееспособности указанных лиц на усмотрение суда без четкого законодательного закрепления вида и объема дееспособности противоречит механизму правового регулирования. Положения о субъектах гражданского права и гражданской правосубъектности, тем более касающиеся механизма участия в гражданских отношениях лиц с неполной дееспособностью, должны устанавливаться законом, при этом императивными его нормами.

юстиции РФ¹. Данная мера является адекватным ответом на современные угрозы и соблазны, которыми могут подвергаться дети, получив свободу распоряжаться доходами без установления какого-либо предела в тех случаях, когда размер зарабатываемых ребенком средств является значительным.

В свою очередь, способность к самостоятельной ответственности несовершеннолетних, достигших возраста 14 лет, не только по деликтным обязательствам, следует дополнить ответственностью родителей, которая должна быть субсидиарной². Это повысит ответственность родителей, иных представителей в области контроля за юридическими действиями детей, обеспечит внимание детей к мнению своих законных представителей и будет в полной мере отвечать механизму осуществления прав несовершеннолетних, центральное место в котором занимает семья.

Поэтому **обеспечение защиты преимущественно семейных форм воспитания детей родными родителями и означает обеспечение правосубъектности таких детей**. Иные формы законного представительства детей, особенно временные, по сравнению с родной семьей, не являются совершенными элементами в механизме обеспечения прав несовершеннолетних граждан.

Исходя из такого понимания особенностей механизма реализации правосубъектности несовершеннолетних граждан, а также сокращения института абсолютной недееспособности граждан **следует развивать третий элемент правосубъектности — проееспособность (содееспособность)**.

Механизм проееспособности (содееспособности) является комплексным, закрепляется в нормах гражданского, семейного, жилищного, земельного и иного отраслевого законодательства, законодательства об опеке и попечительстве, и включает в себя:

— действия самих несовершеннолетних, ограниченно дееспособных граждан в тех пределах, которые определяются объемом их дееспособности;

— действия родителей, усыновителей, приемных родителей, опекунов/попечителей, включая специализированные учреждения и организации и организации для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, иных законных представителей в соответствии с предусмотренной законодательством формой устройства ребенка (постоянной или временной);

— действия органов опеки и попечительства, являющихся органами государственной власти субъектов РФ.

Указанный механизм **предполагает достаточную долю публичного регулирования и реализуется посредством сочетания в нем частных и публичных элементов. Эти элементы формируются на разных уровнях: частном (родители), частно-публичном (усыновители и иные назначаемые представители) и публичном (органы опеки и попечительства)**.

Для несовершеннолетних граждан элемент проееспособности должен быть выражен преимущественно через таких лиц, как родные родители. Соответственно, в отраслевом законодательстве, регулирующем смежные отношения, следует создавать все необходимые предпосылки для сохранения ребенку родной семьи, к иным формам представительства (содействия) интересам ребенка подходить как к исключению.

Национальная доктрина правосубъектности несовершеннолетних граждан должна заключаться в том, что только родная семья может обеспечить наилучшее состояние правосубъектности ребенка. Право ребенка, с одной стороны, и право родных родителей, с другой стороны, на воспитание ребенка в родной семье следует рассматривать как естественные и неотчуждаемые права, а родные родители должны иметь приоритет перед иными формами законного представительства, включая право на получение социального сопровождения (патроната), льгот, гарантирующих сохранение семьи.

В случаях, когда родные родители содействуют своим несовершеннолетним детям в осуществлении и защите их прав можно вести речь о своего рода «семейной правосубъектности», которая является наиболее естественным состоянием правосубъектности несовершеннолетнего гражданина. Именно поэтому приоритетной является семейная форма устройства и воспитания детей, которая априори

¹ Минюст России направил в Правительство России проект поправок к законопроекту о новой редакции ГК, предусматривающий лишение несовершеннолетних в возрасте от четырнадцати до восемнадцати лет права на крупные траты. В случае принятия поправок подростки от четырнадцати до восемнадцати лет без согласия родителей смогут распоряжаться своим ежемесячным доходом лишь в пределах трехкратного размера прожиточного минимума на душу населения в России. Этот прожиточный минимум во втором квартале составил 6385 рублей — то есть, подростки могут самостоятельно тратить в месяц не больше 19 155 рублей. URL: <http://www.minjust.ru/node/2549?theme=minjust>.

² Аналогичное положение о субсидиарной ответственности по сделкам следует установить для попечителей граждан, признаваемых ограниченно дееспособными.

выражается в наилучшем правовом механизме реализации правосубъектности несовершеннолетних граждан.

Таким образом, **без улучшения правового положения семьи, укрепления данного института с помощью государственной семейной политики и норм семейного права невозможно совершенствовать механизм осуществления и защиты прав детей, а, соответственно, обеспечивать их правосубъектность.**

Во все время механизм преемственности должен быть закреплён в законодательстве для разных форм представительства (содействия), включая постоянные и временные, законные (родители, усыновители, опекуны и попечители, специализированные учреждения) и устанавливаемые на основании закона и договора (приемные семьи, возмездная опека/попечительство), учитывая специфику каждой формы и гарантируя обеспечение правосубъектности подопечного при той или иной форме.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РФ ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ ЖИЛЬЕМ СОТРУДНИКОВ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ РФ И ЧЛЕНОВ ИХ СЕМЕЙ

ТКАЧЕНКО Татьяна Васильевна,
к.ю.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУВ ВПО «Южный федеральный университет»

Недавно приняты новые правила обеспечения жилыми помещениями сотрудников органов внутренних дел, а также граждан РФ, уволенных со службы в названных органах, и членов их семей. Нормативно-правовыми актами, регламентирующими данный вопрос, являются: ФЗ от 19 июля 2011 года №247-ФЗ «О социальных гарантиях сотрудников органов внутренних дел РФ и внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ»¹ в ред. от 8 ноября 2011 года №309 и от 30 ноября 2011 года №342; Правила предоставления единовременной социальной выплаты для приобретения или строительства жилого помещения сотрудникам органов внутренних дел РФ, утвержденные постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2011 года №1223 «О предоставлении единовременной социальной выплаты для приобретения или строительства жилого помещения сотрудникам органов внутренних дел РФ»².

Согласно ст. 1 названного закона, он регламентирует отношения связанные с обеспечением жилыми помещениями сотрудников, граждан РФ, уволенных со службы в органах внутренних дел РФ, и членов их семей, а также с предоставлением им иных социальных гарантий.

К членам семьи названных сотрудников и граждан РФ и к лицам, которые находятся или находились на их иждивении, на которых распространяется действие ФЗ от 19.07.2011 года №247, относятся:

- 1) супруга/супруг, состоящие/состоявшие в зарегистрированном браке, с сотрудником;
- 2) несовершеннолетние дети, дети старше 18 лет, дети в возрасте до 23 лет, находящиеся на обучении в образовательных учреждениях по очной форме;
- 3) лица, которые находятся/находились на полном содержании сотрудника/гражданина РФ, уволенного со службы внутренних дел или получающие/получавшие от него помощь, которая является/являлась для них постоянным и основным источником средств к существованию, а так же иные лица, признанные иждивенцами в установленном законодательством порядке.

Сотрудник, который имеет стаж службы в органах внутренних дел не менее 10 лет в календарном исчислении, имеет право на получение единовременной социальной выплаты для приобретения или строительства жилого помещения один раз за весь период службы в органах внутренних дел. Она предоставляется сотруднику на основании решения руководителя федерального органа исполнительной власти в сфере внутренних дел, руководителя иного федерального органа исполнительной власти, где проходят службу сотрудники при условии, что сотрудник:

- 1) не является нанимателем жилого помещения по договору социального найма или членом семьи такого нанимателя либо собственником жилья или членом его семьи;

¹ СЗ РФ. 2011. №30. Ст. 4595.

² СЗ РФ. 2012. №3. Ст. 430.

2) является таковым и обеспечен общей площадью жилого помещения на одного члена семьи менее 15 кв. метров;

3) проживает в помещении, которое не соответствует требованиям, предусмотренным для жилых помещений или в коммунальной квартире независимо от размеров таких помещений в общежитии или в смежной неизолированной комнате, либо в однокомнатной квартире в составе двух семей и более, независимо от размеров занимаемого жилого помещения и при наличии других условий закрепленных в части 2 ст. 4 ФЗ от 19.07.2011 года в ред. от 8.11.2011 года.

В случае гибели/смерти названного сотрудника, социальная выплата предоставляется не позднее одного года со дня его гибели/смерти в равных долях, членам семьи, а также родителям сотрудника погибшего/умершего, вследствие увечия или иного повреждения здоровья, полученных в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания, полученного во время прохождения службы в органах внутренних дел, при наличии у погибшего сотрудника условий, закрепленных в части 2 ст. 4 ФЗ от 19.07.2011 года.

Сотруднику ОВД такая выплата предоставляется с учетом совместно проживающих с ним членов его семьи.

Граждане РФ, уволенные со службы в органах внутренних дел с правом на пенсии, и принятые во время прохождения службы на учет в качестве имеющих право на получение единовременной социальной выплаты, сохраняют право на ее получение.

Вместе с тем следует иметь в виду, что сотрудник, который с целью приобретения права состоять на учете в качестве имеющего право на получение единовременной социальной выплаты совершил действия, повлекшие ухудшение жилищных условий, принимается на такой учет не ранее чем через пять лет со дня совершения названных намеренных действий (ч. 2 ст. 4 ФЗ от 19.07.2011 г.).

Лицам, указанным в законе, жилье может быть предоставлено в собственность согласно ст. 5 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г. Жилое помещение, приобретенное или построенное за счет средств федерального бюджета, по решению руководителя федерального органа исполнительной власти в области внутренних дел, руководителя иного федерального органа исполнительной власти, где проходит службу сотрудники, может быть предоставлено в собственность лицам, которые имеют право на единовременную социальную выплату в соответствии с ч. 2 ст. 4 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г.:

1) в равных долях членам семьи сотрудника, погибшего/умершего/вследствие увечья или иного повреждения здоровья, полученных в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания, полученного в период прохождения службы в органах внутренних дел;

2) инвалидам 1 и 2 группы, инвалидность которых наступила вследствие названных выше причин. Жилое помещение перечисленным лицам предоставляется в собственность в порядке и на условиях, определяемых Правительством РФ, и в соответствии с нормой предоставления площади жилого помещения, предусмотренной ст. 7 ФЗ от 19.07.2011 г.

Право на предоставление жилых помещений в собственность за вдовами/вдовцами/сотрудников, погибших/умерших вследствие указанных выше причин, сохраняется до повторного вступления в брак.

В соответствии с ч. 1 ст. 6 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г. сотрудникам, гражданам РФ, которые уволены со службы в органах внутренних дел и приняты на учет в качестве нуждающихся в жилье соответствующим территориальным органом МВД, иным федеральным органом исполнительной власти, в котором проходит службу сотрудник, до 1 марта 2005 года, и совместно проживающими с ними членами их семей указанным федеральным органом предоставляются жилые помещения жилищного фонда РФ по договору социального найма с последующей передачей таких помещений в муниципальную собственность. По желанию перечисленных лиц им может быть предоставлена единовременная социальная выплата.

Предоставление жилых помещений в собственность или по договору социального найма производится по нормам предоставления, предусмотренным ч. 1 ст. 7 ФЗ от 19.07.2011 года:

1) 33 кв. метра общей площади жилого помещения — на одного человека;

2) 42 кв. метра — на семью из двух человек;

3) 18 кв. метра на каждого члена семьи — на семью из трех и более человек.

Исходя из нормы предоставления площади жилого помещения, определяется размер единовременной социальной выплаты. Некоторые лица, указанные в законе, имеют право на дополнительную площадь жилого помещения размером 20 кв. метров. К ним относятся:

1) сотрудники в специальном звании полковника полиции/юстиции, внутренней службы и выше;

2) граждане РФ, названные в ч. 1 ст. 6 ФЗ от 19.07.2011 года, которые уволены со службы в органах внутренних дел в этих специальных званиях;

3) сотрудники, имеющие ученые степени/Или ученые звания (п. 3 ч. 1 ст. 7 ФЗ от 19.07.2011 г.).

Однако, при определении размера единовременной социальной выплаты сотрудникам и лицам, названным в ч. 3 ст. 7 ФЗ от 19.07.2011 г., подлежит учету дополнительная площадь жилого помещения, размером 15 кв. метров.

Размер общей площади жилых помещений, которые предоставляются лицам, указанным в ч. 1 ст. 5 и ч. 1 ст. 6 ФЗ от 19.07.2011 г., с учетом конструктивных и технических параметров многоквартирного или жилого дома, может превышать размер общей площади жилых помещений, предусмотренный согласно ч. 1 ст. 7 указанного закона, но не более чем на 9 кв. метром общей площади жилого помещения.

Сотрудникам, которые не имеют жилья в населенном пункте по месту службы, и проживающим совместно с ним членам его семьи может предоставляться служебное жилое помещение или жилое помещение в общежитии, относящиеся к жилым помещениям специализированного жилищного фонда, создаваемого МВД РФ, иным федеральным органом исполнительной власти, где проходят службу сотрудники (ч. 1 ст. 8 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г.). Сотрудник считается не имеющим жилья по месту службы если он:

1) не является нанимателем жилья по договору социального найма или членом семьи такого нанимателя, либо собственником жилого помещения или членом семьи последнего;

2) является таким нанимателем или членом его семьи либо собственником жилого помещения или членом его семьи, но не имеет возможности ежедневно возвращаться в такое жилое помещение вследствие удаленности места его нахождения от места службы.

Сотрудник, получающий такое жилое помещение, должен заключить с территориальным органом МВД или иного федерального органа исполнительной власти, в котором проходят службу сотрудники, договор найма жилого помещения специализированного жилищного фонда. Последний заключается в порядке и на условиях, определяемых МВД РФ, иным федеральным органом исполнительной власти, где проходят службу сотрудники. В договоре устанавливается порядок предоставления, оплаты, содержания и освобождения такого жилого помещения (ч. 1–2 ст. 8 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г.).

При отсутствии названных жилых помещений соответствующий территориальный орган МВД РФ, иной федеральный орган исполнительной власти, где проходят службу сотрудники, ежемесячно выплачивает сотруднику, который не имеет жилья по месту службы, денежную компенсацию за наем/поднаем жилого помещения в порядке и размерах, определяемых Правительством РФ (ч. 4 ст. 8 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г.).

Сейчас действует постановление Правительства РФ от 30 декабря 2011 года №1228 «О порядке и размерах выплаты денежных компенсаций за наем/поднаем жилых помещений сотрудникам органов внутренних дел Российской Федерации и членам семей сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации, погибших/умерших, вследствие увечья или иного повреждения здоровья, полученных в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания, полученного в период прохождения службы в органах внутренних дел», а так же «Правила выплаты денежной компенсации за наем/поднаем жилых помещений сотрудникам органов внутренних дел Российской Федерации», утвержденный указанным актом Правительства РФ¹.

В соответствии с законом РФ члены семьи сотрудника погибшего/умершего вследствие причин указанных в законе:

- 1) проживание совместно с ним;
- 2) имеющие право на получение единовременной социальной выплаты;
- 3) проживающие в жилом помещении специализированного жилищного фонда;
- 4) не являющиеся нанимателями жилья по договору социального найма или членами семьи такого нанимателя;
- 5) либо собственниками жилого помещения или членами его семьи;
- 6) независимо от состояния их на учете в качестве нуждающихся в жилых помещениях, либо имеющих право на получение единовременной социальной выплаты приобретают права нанимателя указанного жилого помещения и не могут быть выселены из него до приобретения/получения другого жилого помещения (ч. 5 ст. 8 ФЗ от 19.07.2011 г.).

Такие же члены семьи сотрудника, который погиб/умер вследствие причин, указанных в законе, но не обеспеченные жильем специализированного жилищного фонда, имеют право на ежемесячную денежную компенсацию за наем/поднаем жилья в порядке и размерах, определяемых Правительством РФ, до истечения трех месяцев со дня получения единовременной социальной выплаты. Выплата названной компенсации производится в соответствии с Правилами выплаты денежной компенсации за

¹ СЗ РФ. 2012. №1. Ст. 209.

наем/поднаем жилых помещений членам семей сотрудников органов внутренних дел РФ, погибших/умерших вследствие увечья или иного повреждения здоровья, полученных в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания, полученного в период прохождения службы в органах внутренних дел, утверждено постановлением Правительства РФ от 30.12.2011 г. №1228.

В случае гибели/смерти сотрудников вследствие увечья или иного повреждения здоровья, которые получены ими в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания в период прохождения службы в органах внутренних дел, за вдовами/вдовцами таких сотрудников право на ежемесячную денежную компенсацию за наем/поднаем жилья сохраняется до повторного вступления в брак (ч. 6–7 ст. 8 ФЗ от 19.07.2011 г.).

В силу рассматриваемого закона сотруднику, который занимает должность участкового уполномоченного полиции, не обеспеченному жильем на территории соответствующего муниципального образования, и совместно проживающими с ним членам его семьи территориальный орган МВД РФ должен предоставить жилое помещение специализированного жилищного фонда в течение шести месяце со дня вступления в названную должность. При отсутствии на территории указанного образования такого жилья участковому уполномоченному и совместно проживающим с ними членом его семьи жилое помещение должен предоставить орган местного самоуправления из муниципального жилищного фонда. Если на территории муниципального образования отсутствуют указанные выше жилые помещения территориальных органов МВД РФ должен арендовать в соответствии с законодательством РФ для участкового уполномоченного и совместно проживающих с ним членам его семьи иное жилое помещение (ч. 1–2 ст. 9 ФЗ от 19.07.2011 г.).

При переводе участкового уполномоченного на должность, которая не связанная с выполнением обязанностей участкового уполномоченного полиции на территории соответствующего муниципального образования данный уполномоченный и совместно проживающие с ним члены его семьи обязаны освободить предоставленное им жилье. Обеспечение такого сотрудника жилым помещением в дальнейшем должно производиться в порядке, предусмотренном ст. 4–8 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г./ч. 4 ст. 9 ФЗ от 19.07.2011 г.

Предоставленные органом местного самоуправления участковому уполномоченному жилые помещения муниципального жилищного фонда могут быть в течение пяти лет со дня вступления в силу ФЗ от 19.07.2011 г. переданы на возмездной основе в федеральную собственность в целях создания специализированного жилищного фонда МВД России. Что касается порядка и условий передачи на возмездной основе названных жилых помещений они определяются Правительством РФ.

Следует обратить внимание на то, что действие статей 1–2, 4–8 ФЗ от 19.07.2011 г. с 1 января 2013 года должны распространяться на сотрудников, прикомандированных к федеральному органу исполнительной власти, который осуществляет специальные функции в сфере федеральной фельдъегерской связи в РФ, или к такому же органу реализующему государственную политику в области миграции и осуществляющему правоприменительные функции, функции по контролю, надзору и к оказанию государственных услуг в сфере миграции (ч. 2 ст. 20 ФЗ от 19.07.2011 г. в ред. от 08.11.2011 г.).

Порядок и условия принятия на учет для получения единовременной выплаты, предоставления ее для приобретения или строительства жилого помещения сотрудникам органов внутренних дел РФ, членам их семей, а так же родителям сотрудников, погибших, умерших в следствие увечья или иного повреждения здоровья, полученных в связи с выполнением служебных обязанностей, либо вследствие заболевания, полученного в период прохождения службы в органах внутренних дел регулируется правилами предоставления единовременной специальной выплаты для приобретения или строительства жилого помещения сотрудниками органов внутренних дел Российской Федерации, утвержденных постановлением Правительства РФ от 30 декабря 2011 года №1223.

В соответствии с указанными Правилами:

1) принятие на учет для получения единовременной выплаты производится в центральных аппаратах, территориальных органах, учреждениях и организациях федеральных органов исполнительной власти по месту службы сотрудников;

2) предоставление названной выплаты членам семьи, родителям погибшего/умершего сотрудника осуществляется не позднее 1 года со дня гибели/смерти сотрудника, в таком же порядке и на тех же условиях, что установлены для сотрудников;

3) решение руководителя МВД РФ, иного федерального органа исполнительной власти, где проходят службу сотрудники, предоставлении единовременной выплаты оформляется правовым актом с указанием размера выплаты;

4) для рассмотрения заявлений сотрудников и принятия их на учет для получения единовременной выплаты правовым актом федерального органа исполнительной власти образуется комиссия,

которая принимает решение о принятии сотрудников на учет, отказе в этом, о снятии с учета, утверждаемые актами названного органа;

- 5) расчет размера единовременной выплаты производится органом, который руководствуется:
 - а) нормой предоставления площади жилого помещения, предусмотренной ст. 7 ФЗ от 19.07.2011 г.;
 - б) размером средней рыночной стоимости 1 кв. метра общей площади жилья, определяемым уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти;
 - в) поправочным коэффициентом размера такой стоимости 1 кв. метра жилья с учетом места прохождение службы сотрудниками;
 - г) поправочным коэффициентом размера предоставляемой единовременной выплаты с учетом общей продолжительности службы сотрудников в размере от 1,05 до 1,5;
 - д) правом сотрудника на дополнительную площадь жилого помещения по одному из оснований, а также другими показателями (ст. 27–30 Правил).

Выплата предоставляется сотрудником в порядке очередности принятия на учет и считается предоставленной с даты перечисления ее на банковский счет сотрудника.

Анализ ФЗ от 19.07.2011 г., Правил от 30.12.2011 г. свидетельствуют о том, что отношения по обеспечению жилищем сотрудников органов внутренних дел, членов их семей урегулированы не надлежащим образом.

В ФЗ от 19.07.2011 г. ч. 2 ст. 1 ограничены круг лиц, относящихся к членам семьи сотрудников органов внутренних дел, которые подлежат учету при предоставлении такому сотруднику единовременной специальной выплаты для приобретения им или строительства жилья. К таким лицам указанный закон относит только супруга, детей и иждивенцев сотрудника, хотя согласно ст. 69 ЖК РФ¹ к членам семьи нанимателя относятся значительно больший круг лиц.

Как свидетельствует практика трудности при реализации ФЗ от 19.07.2011 г. могут возникнуть вследствие того, что фактическая рыночная стоимость 1 кв. метра общей площади жилья и определяемая Министерством регионального развития РФ средняя рыночная его стоимость сильно различаются, поскольку первая гораздо выше второй, по которой устанавливается размер единовременной социальной выплаты. При отсутствии собственных сбережений у сотрудника или членов его семьи он не сможет за предоставленную ему сумму выплаты приобрести или построить жилое помещение.

Согласно ст. 54, 56 ЖК РФ решение соответствующего органа об отказе гражданину в принятии его на учет в качестве нуждающегося в жилом помещении, а так же о снятии с такого учета граждан вправе обжаловать в судебном порядке, что повышает уровень защиты прав граждан на жилище. В ФЗ от 19.07.2011 г. и Правилах 30.12.2011 г. для сотрудников ОВД право на обжалование решения комиссии по предоставлению единовременной социальной выплаты сотрудникам ОВД об отказе в его принятии на учет для получения такой выплаты или о снятии сотрудника с учета не предусмотрено, что снижает, ограничивает защиту жилищных прав сотрудников ОВД. Между тем, в п. 8 ст. 5 ЖК РФ говорится о том, что в случае несоответствия норм жилищного законодательства, содержащегося в федеральных законах и иных нормативных правовых актах РФ, положениям ЖК применяются положения последнего.

В ФЗ от 19.07.2011 г., Правилах от 30.12.2011 г. отсутствует четкий, ясный, объективный критерий разграничения действий сотрудника, повлекших ухудшение его жилищных условий, в каких случаях их следует признавать совершенными с намерением приобретения права состоять на учете в качестве имеющего право на получение единовременной выплаты, а когда они совершены с другой целью вследствие стечения тяжелых семейных обстоятельств. В Правилах слишком категорично, в императивной форме отнесены к действиям совершенным с намерением приобретения права состоять на учете в качестве имеющего право на получение единовременной выплаты:

- 1) обмен жилыми помещениями;
- 2) вселение в жилое помещение иных лиц, кроме супруга, несовершеннолетних детей и временных жильцов;
- 3) отчуждение жилого помещения или его частей, имеющих в собственности сотрудника и членов его семьи.
- 4) не учитываются уважительность причин совершения таких действий и подлинная цель их совершения сотрудником.

Имеются и другие недостатки в правовом регулировании отношений по обеспечению жилыми помещениями сотрудников органов внутренних дел, что свидетельствует о необходимости совершенствования норм гражданского законодательства России, регламентирующих данные отношения.

¹ Жилищный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. №188-ФЗ // СЗ РФ. 2005. №1. Ст. 14.

ЗАЩИТА ВЛАДЕНИЯ: ОПЫТ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА КОНТИНЕНТАЛЬНЫХ ГОСУДАРСТВ

ТУЖИЛОВА-ОРДАНСКАЯ Елена Марковна,

д.ю.н., профессор, заведующая кафедрой гражданского права
Института права Башкирского государственного университета

Рассматривая владельческую защиту как совокупность способов, определенных законом, направленных на защиту фактического владения вещью, от посягательств на нее третьих лиц, необходимо, на наш взгляд, провести анализ способов защиты владения в законодательстве зарубежных государств. Данное исследование представляется актуальным, поскольку в законодательстве современных зарубежных государств, при всех признаках рецепции римского частного права, имеются некоторые особенности владельческой защиты. Кроме того, анализ зарубежных способов владельческой защиты, позволит нам говорить о возможности применения данных способов в российском законодательстве.

Следует отметить, что наиболее детальную, по сравнению с другими континентальными законодательствами, разработку понятия владения и механизм посессорной защиты получили во Французском гражданском кодексе 1804 г., который принято называть классикой буржуазного гражданского права, Германском гражданском уложении 1896 г. (*Bürgerliches Gesetzbuch*) и Швейцарском гражданском уложении 1907 г. (*Zivilgesetzbuch*), которые и в настоящее время продолжают оставаться в своих странах действующими кодификациями¹.

Во многих европейских континентальных государствах, например во Франции и Германии, защита владения предоставляется только лицам, фактическое обладание которых соответствует определенным требованиям, установленным законом и судами.

Интересен факт, что до 1975 года французские держатели не имели каких-либо прав на самостоятельную исковую защиту владельческими исками против нарушения владения. В настоящее время, благодаря ст. 2282 и 2283 ФГК, они (как и юридические владельцы) получили такую защиту. Согласно ст. 2282 «владение защищается от посягающего на него или угрожающих ему нарушений, независимо от наличия вещного права. Равным образом, защита владения предоставляется простому держателю в отношении всех иных лиц, кроме того, от кого он свои права получил». Лица, осуществляющие беспрепятственное владение или держание имущества, имеют право на предъявление посессорных исков в порядке, предусмотренном ГПК Франции (ст. 2283 ФГК, ст. 1264–1267 ГПК Франции).

Нормы французского права направлены, прежде всего, на защиту владения недвижимостью. Так, исторически, во Франции начиная с XIII века, сложились три вида владельческих исков.

Первый иск (*complainte*) появился в XIII веке при Людовике Святом и представлял собой иск об устранении всякого рода препятствий, помех для осуществления владения. Он объединял в себе черты римских интердиктов *uti possidetis* и *unde vi*. Направлен на защиту владения, длившееся к моменту нарушения не менее 1 года и мог быть предъявлен в течение 1 года после нарушения.

Второй иск (*reintegrande*), был закреплен в ордонансе Людовика IX Святого в 1270 г. и представлял собой иск о восстановлении владения, возврате самовольно изъятого у владельца имущества, то есть был рассчитан на случаи насильственного нарушения владения. Данный иск не требовал годичной давности владения до момента нарушения, не разрешал вопроса о праве собственности². Основная цель иска — решение спора о держании имущества, а не о владении. После рассмотрения такого иска не удовлетворенная исходом дела сторона могла обратиться даже не к петиторному процессу, а к *complainte* за признанием владения.

Третий иск (*la d'nonciation de nouvel ouvrage*), являлся частным случаем первого иска (*complainte*) и имел целью приостановление деятельности ответчика, которая в будущем может причинить вред владению истца.

Закон о подсудности от 25 мая 1838 г. выделял также некоторые виды владельческих исков (*d'nonciations de nouvel oeuvre, complaints, actions en reintegrande et autres actions possessoires, fondées sur des faits commis dans l'année*), для которых была установлена годичная исковая давность.

¹ Аянерс Э. История европейского права. М., 1996. С. 315–322.

² Гамбаров Ю. С. Русское гражданское право, курс лекций. Вещное право. СПб, 1897. С. 598.

Ст. 23 Кодекса гражданского судопроизводства установлено условие для предъявления владельческого иска в виде годичного спокойного владения в виде собственности (titre non pr saire) до момента нарушения. Однако судебная практика допускала иск о восстановлении владения (r int grande) без соблюдения условия о годичном сроке владения и в пользу держателя (d tenteur).

Следует отметить, что в силу закрепленного во французском праве положения о презумпции права собственности за владельцем движимого имущества, возможность владельческой защиты движимых вещей практикой исключается.

Анализируя способы защиты владения в Италии, следует отметить, что в Итальянском гражданском уложении 1865 г. (ст.ст. 689, 685–687, 694–699) также были предусмотрены две основные группы владельческих исков — об охране (manutenzione) и о восстановлении (reintegrazione) владения. Для предъявления иска manutenzione установлено условие в виде годичного законного владения до момента нарушения (ст. 686 Уложения определяло законное владение как постоянное, непрерывное, спокойное, открытое и в виде собственности); для исков reintegrazione такого условия не требовалось. По обоим видам исков была установлена годичная исковая давность. Иск о восстановлении владения был предоставлен владельцам как недвижимого, так и движимого имущества, как самостоятельным, так и зависимым владельцам (в том числе против собственников спорного имущества); охранительный иск был предусмотрен только по поводу недвижимостей и не предоставлялся детенторам.

Сохранился институт владельческой защиты в гражданском кодексе Италии 1941 года (ст.ст. 328, 354, 356); этим законом владельческая защита держателям предоставлена в случаях насильственного, тайного завладения имуществом, когда последнее не находилось в держании в силу службы или гостеприимства.

В настоящее время механизм посессорной защиты подробно урегулирован в Германском гражданском уложении 1896 г. (B rgerliches Gesetzbuch).

В ГГУ не учитывается воля владельца (animus possessionis), а принимается во внимание достижение действительного господства над вещью (§ 854). Субъектами владельческой защиты в Германии являются не только владельцы (с позиции римского права), но и держатели, опосредованные владельцы (арендаторы, хранители, закладополучатели) (§ 858).

Защита владения в Германии направлена против запрещенного самоуправства третьих лиц, т.е. против противоречащего закону прекращения или нарушения владения против воли владельца, если таковое не разрешено в исключительных случаях, как, например, при аресте имущества судебным исполнителем.

Исходя из этого, в ГГУ предусмотрены два вида владельческих исков: 1) иски о прекращении нарушения владения или о воспрепятствии нарушениям в будущем (§ 862)¹ и 2) иски о возврате самоуправно отнятого владения (§ 861)².

Кроме вышеуказанных исков, давностный владелец может прибегать к самопомощи в виде применения физической силы по отобранию движимой вещи у лица, самоуправно завладевшего его вещью и застигнутого на месте нарушения или задержанного в процессе преследования, а также путем выдворения нарушителя за пределы самоуправно занятого земельного участка (§ 859–860 ГГУ), так называемое «право владельца на самопомощь».

Предоставляется, что защита обладания вещами — наиболее древняя и естественная реакция любого разумного лица на акт посягательства, «самозащита — оборотная сторона всякого запрещенного самоуправства»³. В связи с этим, логична позиция немецкого законодателя в Германском гражданском уложении, которая согласуется с общим принципом защиты владения ради защиты гражданского мира⁴.

¹ Согласно указанной статье, если владельцу создаются препятствия посредством запрещенного самоуправства, он может потребовать от нарушителя устранения препятствий. Если есть основания опасаться создания препятствий в дальнейшем, то владелец может предъявить иск о воздержании от определенных действий.

² Согласно § 861 ГГУ, если владелец лишен владения посредством запрещенного самоуправства, он может потребовать восстановления владения от лица, владение которого по отношению к нему является порочным.

³ Бернгейт Ф., Колер И. Гражданское право Германии. СПб, 1910. С. 120; Винавер А. М. На грани уголовной и гражданского неправды // Антология уральской цивилистики. 1925–1989: Сб. статей. М.: Статут, 2001.

⁴ Там же. С. 166.

В Швейцарии, по аналогии с французским законодательством, Швейцарское гражданское уложение 1907 г. (ШГУ), в ст. 930 закрепило презумпцию права собственности всякого владельца движимой вещью. В отношении каждого из прежних владельцев вещь также предполагается, что в период своего владения они являлись собственниками. В соответствии со ст. 931, владелец движимой вещи может ссылаться в возражение против всякого иска на предположение его «лучшего права» при условии соблюдения положений (unter Vorbehalt der Bestimmungen) ст.ст. 927 и 928 ШГУ об исках из лишения и нарушения владения. При этом, презумпция права собственности владельца движимой вещь в швейцарском гражданском праве не препятствует распространению модели владельческой защиты на случаи нарушения владения движимостями, поскольку иску из нарушения владения нарушитель не в состоянии противопоставить правило ст. 930 ШГУ, т.к. владельцем вещи он не стал; в случае же лишения владения движимой вещь истцу предоставлена возможность незамедлительно доказать «лучшее право» на предмет спора, которое парализует действие презумпции права собственности нового — незаконного — владельца; для этого истцу достаточно доказать факт незаконного нарушения своего спокойного владения.

Представляется, что специфика рассмотренных способов владельческой защиты в континентальной системе права, в наибольшей степени приемлема для российского законодательства, тем более, что дореволюционным отечественным законодательством при обеспечении защиты фактического владения обоснованно были восприняты традиции именно данной системы права.

Подводя итог вышеизложенному исследованию, следует сказать, что для полноценной защиты владения в России, на примере законодательства стран континентального права, необходимо построение системы защиты, состоящей из целого ряда правовых средств.

В частности, следует выделить способы, направленные, прежде всего, на активную защиту владения. К ним относятся: право владельца на самозащиту владения от постороннего посягательства; исковые средства защиты владения, направленные на устранение нарушений владения и восстановление прерванного владения. Роль исковых средств должны играть владельческие иски, которые могут стать удобным защитным средством в следующих случаях: если собственник затрудняется представить доказательства своего права и поэтому не может участвовать в качестве истца в виндикационном или негаторном споре; если в отношении владельца не истек давностный срок, а собственник вещи самоуправно нарушает владение вещью.

К ВОПРОСУ О ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОМ РЕЖИМЕ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

ФЕДЯНИН Юрий Михайлович,

аспирант кафедры гражданского права Казанского (Приволжского) федерального университета

Привлекательность национальных экономик для иностранных инвестиций определяется многими факторами, такими как: наличие мобильных миграционных потоков; наличие политических гарантий; доступность рабочих ресурсов. Ключевым же фактором является наличие реально действующих правовых механизмов, позволяющих гарантировать существование благоприятного инвестиционного климата.

Бесспорным лидером в привлечении иностранных инвестиций является Китай, так согласно данным экспертов, если в 1990г. в Китай поступало менее 20% иностранных инвестиций, вкладываемых в азиатскую экономику, то в последнее время — свыше 50%¹. Показатели РФ на этом фоне выглядят не совсем убедительно. Согласно сводке ЦБ РФ о прямых иностранных инвестициях в РФ от 09.02.2012 года за январь-сентябрь 2011 года, формально не прямые инвестиции в финансовый и корпоративный секторы РФ составили \$38,1 млрд (всего поступило \$165,3 млрд, но \$127,2 млрд было погашено).

Вместе с тем, самая говорящая статистика ЦБ об иностранных инвестициях обнаруживается в их страновой структуре. Исходя из нее, по-настоящему иностранных инвестиций в РФ не обнаруживается: их львиная доля образуется в казначейских центрах и офшорах, которыми традиционно пользуются российские компании. Так, например, самыми крупными источниками (страна происхождения иностранных инвестиций) прямых иностранных инвестиций в РФ явились: Кипр — \$8,7 млрд; Виргинские острова — \$5,3 млрд; Ирландия — \$4,8 млрд; Люксембург — \$4,1 млрд. Изменений, связанных с происхождением «иностраных инвестиций», не видно и в «новом» долевом инвестировании, сделанном в 2011 году².

¹ URL: <http://www.o-kitae.ru/sovremennaya-ekonomika-kitaya/kitay-vo-vneshneekonomicheskoy-deyatelnosti.html>.

² Ежедневная общенациональная деловая газета «Коммерсантъ». №24 (4809) от 10.02.2012.

Республика Татарстан, как динамично развивающейся субъект Федерации является одним из наиболее благоприятных для инвестирования регионов Российской Федерации, что подтверждается данными международных рейтинговых агентств: международное рейтинговое агентство Fitch Ratings Ltd повысило в апреле 2008 года долгосрочный кредитный рейтинг Республики Татарстан с уровня «BB+» до «BBB-», прогноз «стабильный», что соответствует первой ступени рейтингов инвестиционной категории; международное рейтинговое агентство «Standard & Poor's» повысило в июне 2008 года долгосрочный кредитный рейтинг Татарстана до «BB», прогноз «позитивный». Динамика привлечения иностранных инвестиций в Республику Татарстан за последние десятилетия говорит о постоянном развитии интереса инвесторов к РТ, так если в 1993 году размер иностранных инвестиций в экономику РТ составлял 12,63 млн. долл. США, то в 2007 году в экономику Республики Татарстан поступило 1 679,3 млн долларов США иностранных инвестиций¹.

Представленная статистика наглядно демонстрирует о развитии поступления иностранных инвестиций в экономику РФ, структурно в котором размер «настоящих иностранных инвестиций» предельно низок. Юридическая наука не должна оставаться в стороне в поисках ответа на существующие на практике проблемы привлечения и функционирования иностранных инвестиций в РФ.

Исследование гражданско-правового режима иностранных инвестиций осложняется тем, что иностранные инвестиции имеют два уровня регулирования: международно-правовой и внутригосударственный. Кроме того, внутригосударственное регулирование имеет межотраслевой характер правового регулирования, нормами различных отраслей права. Вместе с тем, преобладающим, является предмет регулирующего воздействия гражданского права, что предопределяет необходимость исследования, в первую очередь, гражданско-правового режима иностранных инвестиций.

Прежде чем определиться с понятием «гражданско-правового режима иностранных инвестиций», следует определиться с понятием «правовой режим». Под правовым режимом понимается специфика юридического регулирования определенной сферы общественных отношений². М.Ю. Тулаева под правовым режимом иностранных инвестиций понимает общественные отношения, в котором государство, устанавливает те или иные нормы, адресованные иностранному инвестору и стимулирующие его деятельность на собственной территории³.

Соответственно, необходимо выделить элементы, позволяющие определить гражданско-правовой режим иностранных инвестиций:

1. Предмет и метод гражданско-правового регулирования, иностранных инвестиций;
2. Правовое положение иностранного инвестора;
3. Система субъективных прав и обязанностей государства и иностранного инвестора;
4. Гражданско-правовая ответственность государства и иностранного инвестора.

В совокупности данные четыре элемента позволяют определить гражданско-правовой режим как особый порядок гражданско-правового регулирования правового положения иностранных инвестиций, гражданско-правового статуса иностранного инвестора, взаимных субъективных обязательств и ответственности государства и иностранного инвестора.

ЗАЛОГ ИСКЛЮЧИТЕЛЬНЫХ ПРАВ

ХОДАКОВА Дарья Александровна,

аспирантка кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Гражданско-правовая категория залога как способа обеспечения исполнения обязательства известна еще римскому частному праву⁴. Вследствие рецепции римского частного права залог был перенесен в современное законодательство, и в настоящее время стал одним из самых распространенных способов обеспечения исполнения обязательств.

¹ Государство-бизнес Информационный портал правительства РТ <http://g2b.tatarstan.ru/rus/finance/inv/invclimat.html>

² Алексеев С. С. Теория государства и права М., 2005. С. 265.

³ Тулаева М. Ю. Правовой режим иностранных инвестиций. М., 2005. С. 16

⁴ Новицкий И. Б., Перетерский И. С. Римское частное право. М.: Юриспруденция, 1999. С. 314.

Дальнейшее развитие данного института происходит по пути расширения объектов, которые могут выступать предметом залога. Так, помимо залога движимого и недвижимого имущества появляется залог имущественных прав.

Повышение значения объектов интеллектуальной собственности, с одной стороны, и возникновение залога имущественных прав — с другой, привели сначала к теоретическим размышлениям, а затем и законодательному закреплению залога исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Вступившая в законную силу 1 января 2008 года часть четвертая Гражданского кодекса РФ¹ статьями 1233 и 1234 расширила распоряжение исключительными правами возможностью заключения залога на них. Однако данные статьи не решили целый ряд вопросов, которые могут возникнуть на практике при залоге исключительных прав.

Общие положения §3 главы 23 ГК РФ не учитывают специфику исключительных прав (срочный характер; содержание, отличное от содержания вещных прав; особый круг объектов; способы защиты). Не совсем понятна позиция законодателя по поводу залога исключительных прав на объекты авторского права, смежных прав, объектов интеллектуальной собственности, в отношении которых законодателем установлен запрет на обращение взыскания. Также не ясными остаются вопросы о том, в каком объеме может быть передано в залог исключительное право, какие нормы следует применять при несоблюдении требований договора залога: о нарушении исключительного права или обязательственного. Обращение взыскания и реализация исключительных прав вообще оказались за пределами правового регулирования Гражданского кодекса РФ.

Отметим, что интерес к залого исключительных прав как способу обеспечения исполнения обязательств проявляли теоретики и практики еще до принятия части Четвертой Гражданского кодекса². Кроме того, уже тогда дело о залоге исключительных прав выступило предметом судебного исследования. В 2002 году Федеральный арбитражный суд Московского округа вынес постановление, согласно которому, договор залога прав на создаваемый художественный фильм, финансируемый за счет кредитных средств банка, был признан как соответствующий гражданскому законодательству, но в самом ГК положений о залоге исключительных прав еще не было³.

В настоящее же время залог исключительных прав является одним из способов вовлечения в гражданский оборот интеллектуальной собственности. Однако у нас в стране этот вид залога пока является новым и не исследованным в достаточной степени, хотя статьи 336, 1233 (п. 5) и 1234 ГК РФ содержат положения, посвященные этому вопросу.

В качестве предмета залога в соответствии со ст. 336 ГК РФ могут выступать, в том числе, имущественные права, но за исключением имущества, изъятого из оборота, требований, неразрывно связанных с личностью кредитора и иных прав, уступка которых другому лицу запрещена законом. Наряду с указанной статьей п. 5 ст. 1233 ГК РФ конкретизирует, что предметом залога может быть и исключительное право как право имущественное.

Личные неимущественные права, в силу своей правовой природы, не могут выступать объектами обязательств, предполагающих распоряжение интеллектуальными правами. Законодательный запрет на такое распоряжение установлен в ст. 150 ГК РФ, в соответствии с которой право авторства, иные личные неимущественные права и другие нематериальные блага, неотчуждаемы и непередаваемы. Данный запрет конкретизирован уже в ст. 1228 ГК РФ, в которой говорится, что автору результата интеллектуальной деятельности принадлежит право авторства, а в случаях, предусмотренных ГК РФ, право на имя и иные личные неимущественные права. Личные неимущественные права автора неотчуждаемы и непередаваемы. Отказ от этих прав ничтожен. Неотчуждаемость права авторства и права автора на имя, как личных неимущественных прав, подчеркивается также в отдельных статьях части четвертой ГК РФ (например, в ст.ст. 1265, 1356, 1418).

Что касается иных интеллектуальных прав, то они, на наш взгляд, также не могут рассматриваться в качестве объекта гражданского оборота. Так, право доступа принадлежит только самому автору

¹ СЗ РФ. 2006. №52 (1 ч.). Ст. 5496.

² См., например: Богатырев Ф. Проблемы залога прав // Хозяйство и право. 2000. №7. С. 87–94; Конов Ю. Стоимость права на патент, товарный знак и ноу-хау как предмет залога // Интеллектуальная собственность. 1998. №3. С. 3–7; Калятин В. О. Залог исключительных прав // Патенты и лицензия. 2001. №6. С. 45–49; Крушина О. Г. Интеллектуальная собственность в залоговых правоотношениях // Интеллектуальная собственность: правовые, экономические и социальные проблемы. Сборник трудов аспирантов РГИИС в трех частях. Ч. 1. М., 2002. С. 106–109.

³ Постановление ФАСМО от 12.07.2002. №А 40–39405/01–176. СПС «Консультант Плюс».

произведения архитектуры или изобразительного искусства, поэтому оно неотчуждаемо и непередаваемо, как и все личные неимущественные права. Право следования, несмотря на его имущественный характер, неотчуждаемо, в соответствии с п. 3 ст. 1293 ГК РФ, и может перейти только к наследникам автора произведения изобразительного искусства.

Таким образом, несмотря на то, что интеллектуальные права включают исключительные права (имущественные), личные неимущественные и иные права, предметом залога могут выступать только исключительные.

Относительно правовой природы права залога необходимо отметить следующее: право залога в сфере интеллектуальных прав, на наш взгляд, невозможно признать вещным (хотя бы потому, что в данном случае отсутствуют какие-либо материальные блага (вещи), в отношении которых могло бы быть установлено вещное право). Кроме того, нельзя признать право залога в сфере интеллектуальных прав и обязательственным правом. На наш взгляд, право залога в данном случае выражается, прежде всего, в возможности залогодержателя обратиться взыскание на исключительное право, т.е. суть залога должна быть сведена к распоряжению исключительным правом вне зависимости от воли правообладателя (залогодержателя).

Аналогичная точка зрения выражена и в абзце 4 п. 12 Постановления Пленума Верховного суда РФ №5 и Пленума Высшего арбитражного суда РФ №29 от 26 марта 2009 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, в котором сказано, что имущественные права на результаты интеллектуальной деятельности могут быть предметом залога лишь при условии, что допустимо их отчуждение от правообладателя.

С учетом общих положений гражданского законодательства, а также специфики предмета залога, залог исключительных прав может рассматриваться как разновидность залога. Таким образом, на договор о залоге исключительного права будут распространяться все присущие залоговому обязательству характеристики, в том числе акцессорность залогового правоотношения, которая означает прямую зависимость действительности договора о залоге от действительности основного обязательства.

Договор залога исключительного права представляет собой консенсуальную сделку. Нематериальная природа исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации и, в некоторых случаях, нематериальная форма самого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, не предполагает его фактической передачи залогодержателю, в связи с чем, реальным этот договор быть не может. В договоре может быть предусмотрена обязанность залогодателя предоставить гарантии принадлежности ему исключительного права (например, патент на изобретение), но при этом предоставление его не влияет на природу договора о залоге исключительного права.

Вопрос об объеме, в котором может быть передано в залог исключительное право, также является спорным. В юридической литературе высказывались точки зрения о возможности передачи в залог исключительного права как в полном объеме, так и в его части. Так, например, Е.В. Крушина отмечала, что «в отличие от права собственности, которое по российскому законодательству является неделимым, исключительное право на отдельные объекты интеллектуальной собственности может быть передано другому лицу как полностью, так и частично»². Ф. Богатырев допускает возможность залога отдельных правомочий, говоря, что автор может заложить, например, право на издание определенным тиражом³. О. Рузакова же полагает, что залог отдельных правомочий законом не предусмотрен⁴. По нашему мнению, гражданское законодательство не ограничивает такую возможность, но и не содержит правовых норм, регламентирующих залог отдельных правомочий в составе исключительного права. Договором о залоге исключительного права на произведение может быть предусмотрено, что залогодатель, например, вправе без согласия залогодержателя осуществлять переработку произведения, а использовать произведение иными способами залогодатель вправе только с предварительного письменного согласия залогодержателя.

Интересным является вопрос о нарушении условий договора о залоге и последствий данного нарушения. Является ли такое несоблюдение нарушением исключительного права или обязательствен-

¹ Бюллетень ВС РФ. 2009. №6; Вестник ВАС РФ. 2009. №6.

² См.: Крушина О. Г. Залог исключительных прав: дисс. ...к.ю.н., 2005. С. 101.

³ См.: Богатырев Ф. Залог авторского права // Хозяйство и право. 2004. №4. С. 90.

⁴ См.: Рузакова О. Договор залога исключительных прав // *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2008. №2. С. 4–14.

ного? Если признать, например, изготовление материальных носителей залогодержателем, не предусмотренное договором, как нарушение исключительного права, то эти материальные носители будут признаны контрафактными и залогодатель будет вправе воспользоваться способами, изложенными в ст. 1252 ГК РФ для защиты своего права. На наш взгляд, такое нарушение будет являться нарушением обязательственного права, а не исключительного.

Следует отметить, что при заключении договора залога исключительных прав представляется целесообразным дополнительно включать в него: 1) вопрос о необходимости одновременной передачи залогодержателю материального носителя объекта этих прав по какому-либо основанию; 2) обязанность залогодателя на случай обращения взыскания на предмет залога передать заложенные права покупателю, а также, если это необходимо, совершить действия по регистрации прекращения и перехода исключительного права на покупателя и 3) условия о вступлении договора залога в силу.

Как известно, в части четвертой ГК предусмотрен особый порядок перехода исключительных прав: договор об отчуждении исключительных прав либо лицензионный договор. На наш взгляд, реализация заложенного исключительного права в результате обращения взыскания на него, должна происходить посредством заключения одного из названных договоров. В этой связи данное положение необходимо закрепить в Гражданском кодексе и Законе о залоге. Таким образом, при реализации исключительного права как предмета залога залогодатель и залогодержатель заключают договор, оформляющий переход исключительного права либо в полном объеме (договор об отчуждении) либо предоставляющий право использование соответствующего объекта интеллектуальной собственности (лицензионный договор).

Таким образом, залог исключительного права может рассматриваться как один из способов распоряжения исключительным на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, и соответственно, договор о залоге исключительного права может рассматриваться как вид договоров о распоряжении исключительным правом. Договор залога исключительных прав на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации — консенсуальный договор, акцессорного характера, по которому кредитор (залогодержатель) имеет право в случае неисполнения должником обязательства, которое обеспечено залогом, получить удовлетворение из стоимости заложенного исключительного права преимущественно перед другими кредиторами залогодержателя.

В заключении отметим следующее: несмотря на то, что часть четвертая была введена в действие с 1 января 2008 года, практика применения п. 5 ст. 1233 ГК РФ очень немногочисленна. Всего девять заявлений было рассмотрено арбитражными судами за весь период действия нормы. Предметом залога является, как правило, исключительное право на товарный знак, территория рассмотрения дел ограничена Московской областью. Так, например предметом судебного рассмотрения выступило дело №А4 0–95576/11¹, в котором ООО «Дикая Орхидея» (крупнейшая российская сеть магазинов нижнего белья) передала в залог все принадлежащие ей товарные знаки (более 20ти) Сбербанку России. Эти обстоятельства указывают на то, что и после принятия части Четвертой Гражданского кодекса многие положения о залоге исключительных прав так и остались за пределами правового регулирования. Надеемся, что в дальнейшем все существующие пробелы будут устранены.

ОСОБЕННОСТИ ДОГОВОРОВ СОВАТОРСТВА

ХОХЛОВ Вадим Аркадьевич,

д.у.н., профессор кафедры гражданского и предпринимательского права
Самарского государственного экономического университета

В соответствии с п. 1 ст. 1258 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) лица, создавшие произведение совместным творческим трудом, признаются соавторами. Правовой режим соавторства подчиняется также общим нормам главы 69 ГК РФ, прежде всего — правилам ст. 1228 и п. 3 ст. 1229 ГК РФ, имеющим существенное значение для правового регулирования всякого соавторства (не зависимо от объекта интеллектуальных прав). Понятия «автор» и «соавторство» следует считать универсальными для четвертой части ГК РФ, а равно и всей системы норм, регулирующих отношения по поводу объектов интеллектуальной собственности. Кроме того, правовой режим

¹ URL: <http://www.kad.arbitr.ru/Card/701b4d40-cfe6-4320-a895-be7fe935c945> (дата обращения: 23.03.12).

соавторства в значительной степени совпадает вне зависимости от вида результата интеллектуальной деятельности; это обстоятельство концептуально дает основания ставить вопрос о выделении непосредственно в главе 69 общих правил о любом соавторстве.

Наиболее подробно регулируется и чаще всего исследуется в литературе соавторство в отношении авторских произведений. Условия, при которых возникает соавторство, в целом predeterminedены положениями п. 1 ст. 1258 ГК РФ. При их оценке существует ряд спорных вопросов, заслуживающих обсуждения.

1. Договор (соглашение) в числе условий возникновения соавторства не назван. Тем не менее, традиционно считается, что соавторство возникает в силу именно договора между соавторами. Надо заметить, что само наименование такого соглашения не устоялось, его именуются и «договор между соавторами», и «договор соавторства», и «договор о соавторстве». В п. 2 ст. 1258 ГК РФ соглашение между соавторами лишь упоминается без квалифицирующей оценки и только для указания на разрешение в этом соглашении вопроса о порядке использования произведения.

Заметим, что ранее (в том числе и в советский период) судебная практика исходила из того, что наличие соглашения (хотя бы устного) обязательно для появления соавторства¹. Аналогичной позиции придерживаются и многие современные исследователи². Однако в целом вопрос о необходимости соглашения между соавторами считается дискуссионным. В тех случаях, когда признается необходимость соглашения между соавторами³, обычно указывается, что при отсутствии соглашения творческий замысел дорабатываемого произведения может быть существенно искажен. Но надо учитывать, что точно также при доработках чужого произведения может возникнуть и новое самостоятельное произведение, когда соавторства не возникает.

Значительная часть исследователей полагает, что наличие соглашений для возникновения соавторства требуется не во всех случаях⁴.

Известно, что создание произведений относится к классу поступков, т.е. таких юридических фактов, которые порождают правоотношения вне зависимости от воли действующих лиц, в силу прямого указания закона. В нашей ситуации таким фактом является создание авторского произведения (ст. 1259 ГК РФ), что вызывает предусмотренные законом последствия само по себе, без каких-либо формальных процедур, в том числе регистрации.

Можно ли считать, что это юридическое качество факта создания произведения в равной степени значимо и для соавторства? Ранее мы уже отметили, что соавторство как определенное правовое состояние может возникнуть позднее появления одного из произведений. Часто в качестве примера возникновения соавторства без соглашения ссылаются на случаи написания слов на определенную музыку или наоборот. Но этот пример не убедителен, поскольку за пределами оценки остается мнение каждого из создателей обоих произведений; так, если хотя бы один из них возражает против соединения произведений в единое целое, то нет и оснований считать произведение единым. Тем не менее, надо допустить принципиальную возможность появления соавторства и без договора в случаях, когда действие исключительного права на первое произведение (например, стихотворение) прекращено к моменту создания музыкального компонента песни. Иначе говоря, для возникновения правового режима соавторства требуется учитывать объективное действие исключительного права.

Нельзя также создать произведение, находящееся в режиме соавторства, принудительно, независимо от воли одного из соавторов. Поэтому, например, если кто-то дополнит чужой рисунок или сопроводит имеющийся рисунок пояснениями (сколь бы высокохудожественными они не были), единого произведения с правой точки не возникает до тех пор, пока не будет получено согласия создателя названного рисунка.

¹ Имеется в виду п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда СССР от 18 апреля 1986 г. № 8 «О применении судами законодательства при рассмотрении споров, возникающих из авторских правоотношений».

² См.: Гаврилов Э. П., Еременко В. И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный). М.: Экзамен, 2009. С. 175.

³ См.: Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: Проспект, 2001. С. 176–177.

⁴ См.: Гришаев С. П. Соавторство при создании результатов интеллектуальной деятельности// Справочная правовая система (база данных) «Гарант-СтройМаксимум. Объединенный ресурс» (дата обращения: 22.09.2012 г.).

Против создания общего (совместного) произведения может возражать и одно из лиц, уполномоченных законом обеспечивать охрану личных неимущественных прав автора — даже при прекращении исключительного права (см. п. 2 ст. 1228, 1267 ГК РФ). Подобное вероятно, например, если уполномоченные лица усмотрят в соединении произведений, ином их совместном использовании противоречие авторскому замыслу творца первого произведения, иные обстоятельства, названные в законе. Норма п. 2 ст. 1266 говорит также об «извращении, искажении или ином изменении» произведения, в результате которых оказывается опорочена честь достоинство или деловая репутация автора, равно и посягательства на такие действия; далее следует указание на возможность в таких случаях применить правила ст. 152 ГК РФ о защите чести и достоинства автора (хотя бы и после его смерти). Это положение по существу представляет собою специальную норму и его не следует понимать так, что нарушение права на неприкосновенность непременно должно быть сопряжено с действиями, порочащими честь и достоинство автора. Но этого может и не быть, а диспозиция общей нормы в п. 1 ст. 1266 ГК РФ, предусматривающая запрет на совершение любых названных в ней действий, охватывает все ситуации, включая и предусмотренные в п. 2 ст. 1266 ГК РФ.

Таким образом, если исключительное право прекратило действие, а также различая понятия «правовой режим соавторства» и «договор соавторства», мы должны признать возможным возникновение соавторства и без договора.

Разумеется, это особые и довольно редкие случаи.

2. Договор соавторства не выделен во второй части ГК РФ в особый правовой институт, но назван в четвертой части ГК РФ; поэтому вряд ли его можно рассматривать как «непоименованный» договор (см. п. 2 ст. 421 ГК РФ)¹. В любом случае надо признать, что на договоры о соавторстве должны распространяться нормы ст. 420–421 подраздела 2 и иных, помещенных в гл. 2 Кодекса.

По мнению Э. П. Гаврилова, такие соглашения являются договорами о совместной деятельности². Однако обратим внимание, что по договору о совместной деятельности (гл. 55 ГК РФ) стороны обязуются не просто действовать совместно (ст. 1041 ГК РФ), но и объединить вклады. Формально вкладом закон признает «все» (см. п. 1 ст. 1042 ГК РФ), но можно ли вкладом считать творческие усилия? Согласно п. 2 ст. 1042 ГК РФ вклады подлежат денежной оценке, что если и уместно для имущественных прав авторов, то как оценить творческий вклад, который, вероятно, будет сделан, но пока его нет. Противоречит правовому режиму произведений соавторов и общая логика ст. 1043 ГК РФ, устанавливающая режим права общей долевой собственности на внесенные вклады. В договорах простого товарищества допустимо устанавливать «иное», но, в конечном счете, «иного» в соглашениях соавторов оказывается больше, чем типичного для договоров о совместной деятельности. Так, по смыслу гл. 55 ГК РФ действия участников являются регулируемым правом, осуществляются в форме конкретных правоотношений (передача денег, внесение имущества пр.), этого нельзя сказать о процессе творчества. Например, нельзя сказать, что композитор имеет юридически значимую обязанность перед автором текста написать музыку к такому-то числу...

3. При оценке квалификации данного договора важно также отметить, что он обычно включает в себя разнородные условия: как о создании произведения, так и о его использовании. К последним, в частности, надо отнести условия о сфере применения, о возможности того или иного распоряжения исключительным правом, о порядке распределения вознаграждения и т.д. Таким образом, в предмет соглашения о соавторстве по общему правилу входят две достаточно разнородных группы условий, позволяющих поставить вопрос о признании его самостоятельным договором гражданского права (*sui generis*).

По мнению Ю. С. Харитоновой, в случае с соглашением о соавторстве «возможно проведение некоторой аналогии между общей собственностью в материальном смысле и «общей» интеллектуальной собственностью соавторов»³, но не всегда. Она также полагает, что «намерение создать коллективное произведение» свидетельствует о наличии управленческого аспекта, в соглашении о соавторстве неизбежно возникают «внутренние организационные отношения».

¹ См. также о непоименованных договорах и критериях, применяемых для их выделения: Батлер Е. А. Непоименованные договоры. М.: Экзамен, 2008. С. 7 и далее.

² Данный автор в одной из работ (Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах. М., 1996. С. 59) данный автор о соглашении между соавторами высказался иначе: «По своей сути оно сходно с соглашениями, которые заключают между собой сособственники (ст. 244–248, 252, 254 ГК РФ)».

³ Харитонова Ю. С. Соглашение о соавторстве как основание самостоятельного вида коллективно-управления исключительными правами//Законы России: опыт, анализ, практика. 2008. №1. С. 28.

В любом случае следует признать, что сама по себе договоренность об общих (совместных) действиях в будущем еще не порождает договора о соавторстве.

Разумеется, соавторы могут договориться лишь о создании общего произведения, не решив более никаких вопросов, но деле им неизбежно придется совместно решать и последующие вопросы: например, где публиковать работу, как поделить гонорар и т.п.

4. Что же касается формы договора о соавторстве, то законодатель не предусматривает непременно письменной формы (см. ст. 158–162 ГК РФ).

Так, соавторство может возникнуть и без письменного соглашения, например, если рассказчик просит записать, но записывающий, творчески относясь к работе, создает новые образы либо существенно дополняет художественную форму рассказчика. В таких случаях предшествующий или сопровождающий разговор (беседа о задачах) обычно позволяют легко выделить элементы устной договоренности и признание полученного результата общим.

Соглашение требуется также для того, чтобы обеспечить цельность произведения при воплощении задуманного разными лицами. В подобных случаях, видимо, под соглашением можно усматривать сумму фактических действий соответствующих лиц (конклюдентные действия, см. п. 2 ст. 158 ГК РФ), элементы устной речи, обстановку, которая может свидетельствовать о намерениях соавторов. Закон (п. 3 ст. 153 ГК РФ) допускает, что в ряде случаев юридически значимым может быть признано и молчание.

Следует ли рассматривать норму ст. 1258 ГК РФ о соавторстве в качестве императивной? Да, но только при принятии обоюдного решения о соавторстве и в отношении лишь завершеного произведения; каждый из соавторов вправе в любое время отказаться от совместной работы. Поскольку вопрос о готовности, завершенности произведения, о целесообразности его обнародования относится к компетенции автора (ст. 1268 ГК РФ), только при совместном решении всех соавторов произведение считается созданным (завершенным) и может быть обнародовано.

Фактически это означает, на наш взгляд, что с момента принятия решения об обнародовании соавторы не могут отказываться от соавторства.

5. Нормативное регулирование отношений соавторов противоречиво: с одной стороны, закон отнес многие вопросы (распределение гонорара, распределение труда и пр.) к договорному регулированию, а с другой — не определил существенные условия, которые непременно должны войти в текст такого соглашения. Полагаем, необходимо исходить из того, что существенными условиями данного договора (в значении ст. 432 ГК РФ) следует признать: а) условие о совместности действий относительно определенного произведения, б) условие о типе авторства (раздельное или в определенных долях, объемах), в) принцип распределения всякого вознаграждения, позволяющий установить относительную сумму денежных средств, причитающуюся конкретному автору¹.

6. Исходя из положений п. 1 ст. 1258 ГК РФ соавторство считается обусловленным одновременно несколькими условиями: а) созданием самого произведения; б) наличием нескольких авторов (соавторов); в) творческим характером их участия; г) внутренней связью вклада каждого из соавторов, обеспечивающей единство произведения, восприятие его как целого. При наличии этих условий возникает правовой режим соавторства как относительное самостоятельное правовое явление.

Установление названных условий обычно не сложно, но иногда может быть затруднено фактическими (сопровождающими) обстоятельствами.

В частности, это касается тех ситуаций, когда требуется оценить участие в создании произведений действующих лиц, прототипов персонажей, рассказчиков о событиях. Если интервьюируемые обычно признаются соавторами (предполагается, что соответствующий рассказ принадлежит им), то прочие лица, хотя бы и фигурирующие в произведении, не вправе претендовать на эту роль. В подобных случаях правильно исходить из сложившейся концепции охраняемых и не охраняемых элементов произведения (в том числе назначать экспертизу).

Нет сомнений, что соавторство отсутствует в случаях, когда ранее созданное произведение переработано другим лицом таким образом, что возникает новое произведение (результат переработки); условие такой переработки является ее правомерность, включая согласие автора основного произведения.

Тем более нет соавторства в случае выполнения одним из лиц технической работы. Так, лица, создавшие подстрочник для перевода, обычно не признаются соавторами переводного произведения

¹ Уже это выделяет соглашение соавторов как устанавливающее особый правовой режим произведения, выделяя его из числа прочих договоров.

(ст. 1260 ГК РФ), что правильно. Такая деятельность носит механический характер, художественных задач не ставится¹.

Никаких ограничений по количеству соавторов закон не предусматривает, однако не может быть неопределенного состава соавторов, а также юридических лиц в их числе².

Связь вкладов каждого из соавторов для восприятия произведения как единого обычно не требует общей научной и художественной формы; например, в песне компонентами выступают музыкальная и текстовая (словесная) части. Однако вклады должны быть таковы, чтобы полученный результат воспринимается как единое целое и публикой, и самими соавторами.

Впрочем, о соавторстве вообще нельзя говорить в ситуациях, когда имеется лишь объективная возможность соединения результатов. Именно поэтому имеется масса случаев, когда потенциальная возможность объединения результатов для появления нового объекта и соавторства остается не реализованной.

Значение условия о принятии решения действовать «совместно» необычайно велико. Так, не порождает соавторства факт какого-либо использования (применения) произведения, созданного одним лицом, при выполнении творческой работы другим лицом (здесь даже не важно, законным или незаконным будет такое использование).

В зарубежной литературе относительно произведений, созданных в соавторстве, часто говорят как о «совместных». При этом имеется в виду, что они создаются двумя и более лицами, «работающими совместно или, по крайней мере, взаимно учитывающими вклад каждого на основе общего творческого замысла»³. Отсюда же выводится наличие двух концепций (подходов): «ограничительной» и «расширительной»; они выделяются исходя из того, создавалось ли произведение сообща, или же оно есть результат объединения различных результатов, полученных автономно, под влиянием общего замысла.

Эта дифференциация совместных произведений сходна, но не совпадает с принятым в отечественном праве и доктрине различием нераздельных и раздельных произведений (п. 2 ст. 1258 ГК РФ).

И, наоборот, для появления правового режима соавторства — по общему правилу — не важен момент принятия соучастия, это могут быть совместные действия, совпадающие по времени и приводящие к общему итогу, а могут быть и случаи, когда уже имеющиеся творческие результаты объединяются для появления нового⁴.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ НОРМ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

ЦЫБУЛЕНКО Зиновий Иванович,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского и семейного права
ФГБОУ «Саратовская государственная юридическая академия»

Совершенствование законодательства РФ означает своевременное улучшение, обновление его, приведение в соответствие с возникшими новыми обстоятельствами, условиями в общественной жизни. Это должно производиться путем: уточнения норм, допускающих различное их понимание; внесения необходимых изменений и дополнений в действующие нормы гражданского законодательства; отмены устаревших, которые не отвечают новым, изменившимся социально-экономическим

¹ Наш выдающийся переводчик Нора Галь все переводы, лишённые элементов творчества, вполне точно называла «дословными», «механическими», см. об этом: Галь Н. Слово живое и мертвое. М.: Время, 2007. С. 205.

² Известны два исключения: во-первых, это юридические лица, названные в абз. 2 ст. 6 ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации», и, во-вторых, случаи, когда на территории РФ подлежат охране произведения, созданные в странах, где авторами признаются и юридические лица.

³ Липчик Д. Авторское право и смежные права. М.: Ладомир, ЮНЕСКО, 1997. С. 112.

⁴ Например, при создании известного альбома «Не только Бродский» вначале появились как самостоятельные произведения фотографии М. Волковой, и только потом был создан текст к ним В. Бахчаняна и С. Довлатова.

условиям. Кроме того, необходимо принятие новых законов, подзаконных нормативно-правовых актов, соответствующих сложившимся в обществе общественным отношениям; устранение противоречий между действующими, а также между ними и вновь принятыми нормативными актами; издание подзаконных актов, закрепляющих механизм реализации принятых законов; включение в них условий и мер гражданско-правовой ответственности за нарушение норм гражданского законодательства РФ и использование иных способов.

2. При этом следует соблюдать: требование принципа стабильности норм гражданского законодательства, что обеспечивает устойчивость гражданских правоотношений и имущества оборота; положений Конституции РФ о соответствии ей всех законов и подзаконных нормативно-правовых актов, принимаемых в РФ, о запрещении издания в РФ законов, отменяющих или умаляющих права и свободы граждан; основные положения общей теории права; принципы гражданского законодательства России; требования об укреплении нравственных начал гражданско-правового регулирования, о нецелесообразности механического переноса и включения в гражданское законодательство России без учета его особенностей и традиций норм права зарубежных государств.

3. Совершенствование норм гражданского законодательства России — это постоянный, непрерывный процесс их обновления, замены устаревших правил новыми, урегулирования новых появившихся общественных отношений, приведения действующих норм в соответствие с вновь принятыми в целях повышения их качества, уровня правового регулирования общественных отношений, входящих в предмет гражданского права, эффективности названных норм.

В результате такого процесса указанные нормы должны становиться более совершенными, ясно, четко и понятно сформулированными и изложенными в законах и подзаконных нормативно-правовых актах, единообразно понимаемыми и применяемыми на практике, делать лучшим правовое регулирование общественных отношений, содержать более действенный механизм их реализации, защиты прав и законных интересов субъектов гражданских правоотношений, повышать уровень их защиты, обеспечивать учет их взаимных интересов, общества и государства, способствовать достижению целей и выполнению задач, поставленных законодателем при принятии названных норм.

4. В соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства РФ от 7 октября 2009 года разработан и принят в первом чтении проект ФЗ о внесении изменений в ГК РФ и другие законодательные акты РФ, проводится обновление норм гражданского законодательства: дополняются и изменяются нормы действующего гражданского законодательства, некоторые из них признаются утратившими силу, принимаются новые, приводятся в соответствие с изменившимися социально-экономическими условиями в стране действующие.

В большинстве своем названные нормы действительно становятся более совершенными, качественными, обоснованными, четко и понятно изложенными, повышают уровень правового регулирования общественных отношений, защиты прав и интересов сторон гражданских правоотношений.

5. Вместе с тем некоторые изменения, дополнения и уточнения, которые предлагается внести в ГК РФ, другие законы и подзаконные акты, вновь принимаемые федеральные нормативно-правовые акты вряд ли будут способствовать норм гражданского законодательства России, улучшению правового регулирования общественных отношений, надлежащему осуществлению гражданских прав и исполнению обязанностей, повышению уровня защиты нарушенных прав участников гражданских правоотношений, более эффективно обеспечивать удовлетворение их имущественных и неимущественных потребностей.

6. Согласно пункту 2 части 2 статьи 57 ЖК РФ, абзацу 2 пункта 1 статьи 8 ФЗ от 21 декабря 1996 года «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» в редакции от 21 ноября 2011 года детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей, лицам из числа детей-сирот и детей, оставшихся без родительского попечения, которые не имеют жилого помещения, по окончании их пребывания в образовательных, иных учреждениях, в том числе в учреждениях социального обслуживания, в приемных семьях, детских домах семейного типа, при прекращении опеки (попечительства), по окончании службы в армии или по возвращении из мест лишения свободы органы исполнительной власти по месту жительства названных лиц должны были предоставлять вне очереди жилые помещения по договорам социального найма.

Однако ФЗ от 29 февраля 2012 года №15-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения жилыми помещениями детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей» который вступает в силу с 1 января 2013 года, из статьи 8 ФЗ от 21 декабря 1996 года исключил обязанность органов исполнительной власти по обеспечению перечисленных в ней лиц жилой площадью вне очереди, а статьей 3 признал пункт 2 части 2 статьи 57 ЖК РФ, закреплявшей такую же обязанность, утратившим силу.

Представляется, что в данном случае ухудшается положение лиц, перечисленных в статье 8 ФЗ от 21 декабря 1996 года, в пункте 2 части 2 статьи 57 ЖК РФ 2004 года, ограничивающих их право на обеспечение жилыми помещениями, поскольку значительно увеличивается срок их получения. Не учтены в полной мере особенности данной категории лиц.

7. В соответствии с действующим законодательством об обеспечении жильем сотрудников органов внутренних дел России последние имеют право на получение жилых помещений с целью улучшения жилищных условий по договору социального найма или по жилищному сертификату с учетом всех лиц, зарегистрированных и проживающих с ним в занимаемом им жилом помещении. Однако принятый ФЗ от 19 июля 2011 года №247-ФЗ в редакции от 8 ноября 2011 года «О социальных гарантиях сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» к членам семьи, которые должны учитываться при обеспечении сотрудников жильем, отнесены только его супруг (супруга), дети и иждивенцы. Согласно п. 1 ст. 69 ЖК РФ к членам семьи нанимателя жилого помещения относится большой круг лиц. Тем самым ограничиваются права на жилище других лиц, зарегистрированных и проживающих совместно с сотрудником (например, родители, дедушки, бабушки сотрудника или его супруги (супруга), внуки, другие родственники. Это ухудшает правовое регулирование данного вопроса, положение названных лиц, создает трудности в осуществлении их жилищных прав, ослабляет защиту этих прав.

8. В Концепции совершенно обоснованно говорится о необходимости совершенствования законодательства, в том числе о хозяйственных обществах путем сокращения множественности законов, устанавливающих особенности гражданско-правового статуса отдельных разновидностей хозяйственных обществ, принятие единого закона о хозяйствующих обществах, оставления в гражданском законодательстве РФ двух основных видов названных обществ: АО и ООО. Однако, несмотря на это продолжается принятие именно таких законов. Так, принятие ФЗ от 3 декабря 2011 г. №380 «О хозяйственных партнерствах», в котором закреплена целый ряд особенностей создания, управления, реорганизации, ликвидации, регулирования других вопросов деятельности таких партнерств, отличных от решения аналогичных вопросов в ГК РФ, специальных ФЗ, например, об АО, ООО.

Согласно названному закону: хозяйственное партнерство — это коммерческая организация, в управлении которой принимают участие его участники, а также иные лица в пределах и в объеме, предусмотренных соглашением об управлении партнерством; вклады в складочный капитал партнерства обязаны вносить только его участники. Анализ содержания статьи 5 закона о правах и обязанностях участников партнерства, статьи 6 его о соглашениях об управлении партнерством, статьи 9 о его уставе свидетельствует о том, что основным документом, регулирующим деятельность партнерства является не его устав, как закреплено в статье 52 ГК РФ, а соглашение об управлении партнерством, которое в отличие от устава партнерства, не является его учредительным документом; соглашение регулирует права и обязанности лиц, которые не являются участниками партнерства, может содержать любые, не противоречащие закону условия по вопросам управления партнерством, деятельности, реорганизации и ликвидации; участником соглашения может быть и партнерство, если это предусмотрено уставом; сторонами соглашения могут быть лица, не являющиеся участниками партнерства. Соглашение об управлении партнерством содержит также: сведения о предмете его деятельности, условия о размере, составе, сроках и порядке внесения участниками вкладов в складочный капитал; определяет систему, структуру и правомочия органов управления партнерства, порядок осуществления ими деятельности и ее прекращения.

В ФЗ от 3 декабря 2011 г. отражены также особенности реорганизации партнерства (статья 2) и его ликвидации (статья 25).

Таким образом, в силу названного закона, лица, которые не являются участниками партнерства, не обязаны вносить в складочный капитал партнерства, нести другие обязанности имущественного характера перед партнерством и его участниками, но наделены законом обширными правами, как сторона соглашения об управлении партнерством. Это усложняет сложившееся правовое регулирование отношений по созданию и деятельности юридических лиц, нарушает права участников партнерства.

а. Отсутствие в пункте 6 статьи 13 ФЗ от 07.02.1992 г. №2300-1 в ред. от 18.07.2011 г. четкого и понятного указания в чью пользу должен взыскиваться штраф за несоблюдение в добровольном порядке удовлетворения требований потребителя на практике привело к различному толкованию и применению правил названной статьи: одни суды стали взыскивать штраф в пользу потребителя, а другие, руководствуясь подпунктом 7 пункта 1 статьи. 46 Бюджетного кодекса РФ от 31.07.1998 г. в

ред. от 28.07.2012 г., — в местные бюджеты районов, городов по месту нахождения суда, принявшего решение о наложении штрафа. Эту позицию поддержал и Верховный суд РФ в Обзоре по отдельным вопросам судебной практики о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел, утвержденном Президиумом Верховного Суда РФ 1 февраля 2012г. Однако впоследствии Верховный Суд РФ изменил свое мнение по данному вопросу и в пункте 46 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. №17 разъяснил, что при удовлетворении судом требований потребителя в связи с нарушением его прав, установленных Законом о защите прав потребителей, которые не были удовлетворены добровольно нарушителем, суд взыскивает именно с ответчика в пользу потребителя штраф независимо от того, заявлялось такое требование суду или нет. Теперь получается противоречие между пунктом 1 статьи 46 БК РФ и пунктом 6 статьи 13 ФЗ о защите прав потребителя в истолковании Пленума ВС РФ от 28.06.2012 г., что повлечет трудности в применении их на практике, может приводить к нарушению прав сторон названных правоотношений, а поэтому его надо устранить.

b. Некоторые предложения, содержащиеся в Концепции развития гражданского законодательства РФ, проекте ГК РФ, вряд ли можно отнести к направленным на совершенствование норм указанного законодательства, в частности:

1) об исключении из статей 169, 179 действующего ГК РФ правил о взыскании всего полученного сторонами или с виновной стороны в доход РФ в случае признания сделок, предусмотренных названными статьями, недействительными, заменив такое последствие двусторонней реституцией;

2) об исключении из статьи 234 действующего ГК РФ добросовестности владения имуществом, как одного из условий приобретения права собственности на имущество на основании приобретательской давности, закрепив это в статье 242 проекта ГК РФ.

3) о расширении оснований и возможностей для признания права собственности на самовольную постройку и о закреплении в статье 244 проекта ГК РФ права на такое признание за лицом, которое не является собственником, законным владельцем или пользователем земельного участка, где возведена самовольная постройка. В силу этой статьи не придается надлежащего значения отсутствию разрешения на строительство, не назван орган, который может признать право собственности на самовольную постройку — суд, орган местного самоуправления или другой административный орган? Эти предложения противоречат принципу добросовестности, который предлагается закрепить в ГК РФ в качестве одного из наиболее важных принципов гражданского права.

c. В пункте 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012г. №17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» обоснованно разъяснено, что при разрешении дел по спорам об уступке требований, вытекающих из кредитных договоров с потребителями — гражданами, суд должен иметь в виду, что ФЗ о защите прав потребителей не предусматривает право банка, иной кредитной организации передавать право требования по кредитному договору с потребителем — гражданином лицам, которые не имеют лицензии на занятие банковской деятельностью, если иное не предусмотрено законом или договором, содержащим данное условие, согласованное сторонами при его заключении. О недопустимости уступки права требования банка небанковским организациям высказался и Роспотребнадзор в Письмах от 23.08.2011 г. №01/10790-132 и от 02.11.2011г. №01/13941-1-32. Однако в пункте 16 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.09.2011 г. №146 говорится о том, что уступка банком лицу, не обладающему статусом кредитной организации, не исполненного в срок требования по кредитному договору с заемщиком — гражданином не противоречит закону и не требует согласия заемщика. В целях устранения такого противоречия и совершенствования норм гражданского законодательства РФ необходимо дополнить, например, пункт 2 статьи 388 ГК РФ правилом о недопустимости уступки требования по кредитным договорам с потребителями — гражданами без их согласия небанковским и иным некредитным организациям. Это повысит уровень защиты прав потребителей, будет способствовать единообразному толкованию и применению указанного законодательства РФ.

Изложенное свидетельствует о необходимости дальнейшего совершенствования норм гражданского законодательства России и практики его применения, в частности, законодательства о несостоятельности (банкротстве) юридических лиц, предоставлении услуг в ЖКХ, об энергоснабжении, поставках товаров, выполнении работ для государственных нужд, о долевом строительстве многоквартирных домов, о возмездном оказании услуг, о страховании, в том числе обязательном, о государственной собственности и другого.

ОБЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПОТРЕБИТЕЛЬСКОГО КРЕДИТОВАНИЯ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ЧУРОЧКИНА Олеся Сергеевна,

начальник юридического отдела Ростовского филиала коммерческого банка «РОСЭНЕРГОБАНК»,
соискатель кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

На современном этапе развития общества особой актуальностью обладают вопросы правового регулирования в сфере потребительского кредитования. Под потребителем кредиторством понимается финансовая услуга по предоставлению кредитором денежных средств потребителю на основании договора потребительского кредита, а также сопутствующие услуги¹.

В настоящее время комплексное исследование правового регулирования потребительского кредитования на монографическом уровне отсутствует. Рассмотрение вопросов потребительского кредитования чаще всего проводилось разрозненно, главным образом сквозь призму исследования кредитного договора. На сегодняшний момент можно выделить лишь нескольких авторов, которыми применен комплексный подход к исследованию правоотношений, складывающихся на рынке потребительского кредитования: А.А. Вишневский, С.П. Гришаев, А.А. Киричук, М.А. Рожкова, И.В. Сарнаков, С.К. Соломин, В.А. Черненко².

Данный институт нуждается в глубоком научном изучении с целью дальнейшего совершенствования его правового регулирования.

Отношения между банками и потребителями (физическими лицами) регулируются Конституцией Российской Федерации³, устанавливающей, что регулирование кредитования находится в ведении Российской Федерации, Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ)⁴, в частности параграфом 2 главы 42 «Заем и кредит» части второй ГК РФ; Федеральным законом «О банках и банковской деятельности» от 02.12.1990 №395-1 (далее — Законом о банках)⁵, Федеральным законом Российской Федерации от 07.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей)⁶.

В силу п. 1 ст. 16 Закона о защите прав потребителей условия договора, ущемляющие права потребителей, по сравнению с правилами, установленными законами или иными правовыми актами Российской Федерации в области защиты прав потребителей, признаются недействительными.

В данной статье представлен анализ судебной практики, который позволяет сделать вывод о том, как соотносятся с положениями Закона о защите прав потребителей нормы законодательства, регулирующие потребительское кредитование.

Анализ судебной практики показал:

¹ Законопроект №136312-5 «О потребительском кредитовании» от 5.12.2008 г., — официальный сайт Государственной Думы Российской Федерации. М., 2012. 30 с. URL: <http://www.duma.gov.ru>.

² Демченко С. С. «Правовое регулирование потребительского кредитования в Российской Федерации». Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук (специальность 12.00.03). СПб, 2012. 28 с.

³ Конституция Российской Федерации. Собрание законодательства Российской Федерации. Вып. №4. 2009. Ст. 445.

⁴ Гражданский кодекс Российской Федерации. Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. №32. Ст. 3301.

⁵ Федеральный закон от 2.12.1990 №395-1 «О банках и банковской деятельности». Собрание законодательства Российской Федерации. Вып. №6. 1996. Ст. 492.

⁶ Федеральный закон 7.02.1992 №2300-1 «О защите прав потребителей». Собрание законодательства Российской Федерации. Вып. №3. 1996. Ст. 140.

1) следующие нарушения законодательства, ущемляющие права потребителей при заключении кредитных договоров:¹

- установление сложных процентов (процентов на проценты);

Необходимо отметить, что проект Гражданского кодекса Российской Федерации допускает сложные проценты, но предусматривает ограничение на введение сложных процентов. Статья 395 «Возмещение убытков при прекращении договора», дополнена частью 3, пунктом 5, который гласит «Начисление процентов на проценты (сложные проценты) не допускается, если иное не установлено законом. По обязательствам, исполняемым при осуществлении сторонами предпринимательской деятельности, применение сложных процентов не допускается, если иное не предусмотрено законом или договором»².

- требование о досрочном исполнении обязательства по возврату кредита в случае ухудшения финансового положения заемщика;

- включение в договор с заемщиком-гражданином положения о том, что заключенный сторонами кредитный договор не рассматривается ими в качестве договора присоединения и к отношениям, возникающим между сторонами, не подлежат применению правила статьи 428 ГК РФ;

- условие о том, что споры по иску банка к заемщику-гражданину рассматриваются судом по месту нахождения банка;

- установление в кредитном договоре штрафа за отказ заемщика от получения кредита;

- включение в кредитный договор условия о том, что услуги банка оплачиваются заемщиком в соответствии с утверждаемыми банком тарифами, которые он вправе изменять в одностороннем порядке в течение срока действия договора;

- условие кредитного договора о взимании банком платы за выдачу справок о состоянии задолженности заемщика-гражданина по кредиту;

- условие целевого кредитного договора о том, что все издержки по погашению записи о законной ипотеке, обременяющей приобретаемую заемщиком квартиру, несет заемщик;

- условие кредитного договора о запрете досрочного возврата кредита в течение определенного времени, а также о взимании банком комиссии за досрочный возврат кредита³;

2) следующие положения кредитного договора, соответствующие законодательству Российской Федерации и не ущемляющие права потребителей при заключении кредитных договоров:

— включение в кредитный договор условия о том, что в случае нарушения обязательств по возврату очередной части кредита банк имеет право потребовать досрочного возврата выданного кредита;

— условие кредитного договора о том, что в случае просрочки возврата части кредита, выданного заемщику-гражданину, проценты за пользование соответствующей частью кредита в период такой просрочки взимаются в удвоенном размере;

— условие долгосрочного кредитного договора с заемщиком-гражданином о том, что плата за пользование суммой кредита складывается из постоянного процента и величины, переменной в зависимости от колебаний рынка;

— включение в кредитный договор с заемщиком-гражданином условия о страховании его жизни и здоровья не нарушает прав потребителя, если заемщик имел возможность заключить с банком кредитный договор и без названного условия;

— положение кредитного договора о том, что гражданину-заемщику открывается текущий счет в банке-кредиторе, через который осуществляется выдача кредита и его погашение;

¹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров». №146 от 13.09.2011 года.

² Проект Федерального Закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации». См. сайт «Российской газеты», 07.02.2012 г.

³ Информационное письмо Президиума ВАС РФ «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров». №146 от 13.09.2011 года.

— положение кредитного договора о том, что в случае погашения кредита при посредстве третьих лиц (другого банка, платежной системы) риски, связанные с задержкой зачисления на корреспондентский счет банка платежей заемщика по возврату кредита, лежат на заемщике;

— уступка банком лицу, не обладающему статусом кредитной организации, не исполненного в срок требования по кредитному договору с заемщиком-гражданином;

— о взимании неустойки (пени) за просрочку заемщиком оплаты основного долга.

Проведенный анализ показал, что, несмотря на множество судебных решений, все равно остаются коллизии в регулировании, законодательные пробелы и неоднозначность толкования правовых норм в этой области.

Главной особенностью правового регулирования потребительского кредитования по сравнению с иными видами кредитования является то, что на него распространяется Закон о защите прав потребителей.

Данный подход выработан Пленумом Верховного Суда Российской Федерации еще в 1994 г. и закреплен в абзаце 3 п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 1994 г. №7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей»¹.

Такой подход является неверным и противоречит самой сути понятия «услуга» и целям Закона о защите прав потребителей. При потребительском кредитовании потребности физических лиц удовлетворяются не непосредственно за счет предоставления им денежных средств банками, а в результате использования этих денежных средств.

В связи с этим к данному виду действий банков неприменимо понятие безопасности для жизни, здоровья, имущества и окружающей среды, а ведь обеспечение этого и является целью данного Закона². Тем самым норма права Закона о защите прав потребителей здесь не применимы.

Кроме того, главным признаком регулируемым Законом о защите прав потребителей отношений являются договоры, подчиняющиеся правилам публичного договора³. Однако при заключении договоров потребительского кредита правила публичного договора не могут быть использованы, поскольку личность заемщика для банка имеет существенное значение.

Следовательно, указанные отношения не подпадают под действие Закона о защите прав потребителей.

Также очевидно, что вся система потребительского кредитования основывается на конвейерной выдаче кредитов на стандартных условиях.

С одной стороны, при заключении кредитного договора с банком у заемщика нет возможности менять его отдельные пункты, даже если они написаны вразрез с судебной практикой либо явно несправедливо распределяют договорные риски и договорное бремя. И это главная проблема сферы потребительского кредитования. В зарубежном праве ее называют проблемой несправедливых договорных условий, и это означает, что сильная сторона (банк), составляя договор, явно несправедливо распределила риски, бремя и ответственность⁴.

Для решения этой проблемы необходимо законодательно закрепить следующие положения:

● состав, порядок и сроки предоставления информации при заключении и в течение срока действия договора потребительского кредита;

● требования к договору потребительского кредита и сопутствующим договорам;

● дополнительные права и обязанности сторон по договору потребительского кредита;

● дополнительные меры по защите прав и законных интересов потребителей и кредиторов и ответственность за их нарушение.

Также законодательно должны быть закреплены общие требования к содержанию договора потребительского кредитования. Договор потребительского кредитования должен содержать кроме условий, требуемых в соответствии с законодательством Российской Федерации для соответствующего вида договора, также следующие условия:

¹ Абз. 3 п. 1 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации. «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей». №7 от 29.09.1994 г.

² Преамбула ФЗ «О защите прав потребителей» от 7.02.1992 г. №2300–1.

³ Статья 426 Гражданского кодекса Российской Федерации, ч. 1 от 30.11.1994 г. №51-ФЗ, ч. 2 от 26.01.1996 г. №14-ФЗ.

⁴ Информационное письмо «Вводный комментарий к обзору ВАС РФ по спорам между банками и заемщиками — юридическими лицами». №147 от 13.09.2011 года.

- срок кредитования;
- размер предоставляемых по договору потребительского кредита денежных средств и/или в случае необходимости лимит кредитования и порядок предоставления денежных средств в пределах установленного лимита;
- валюта кредита;
- годовая процентная ставка;
- полная стоимость кредита;
- совокупный размер денежных обязательств потребителя по сопутствующим договорам, заключаемым с кредитором.

Законодатель уже внес изменения в Закон о защите прав потребителя в части, касающейся положений о размере кредита, полной сумме, подлежащей выплате потребителем и графике погашения этой суммы¹.

С другой стороны, отсутствие последовательного регулирования в этой области создает также существенные правовые риски и для кредиторов, поскольку широкое толкование общих положений законодательства о защите прав потребителей на практике приводит к неоправданному увеличению рисков, которым подвергаются кредитные организации.

Что касается состава участников обязательства, то и здесь выделяются некоторые особенности. Так, в соответствии со ст. 819 ГК РФ стороной-кредитором может быть не только банк, но и иная кредитная организация. Однако именно банки в соответствии с действующим законодательством и сложившейся практикой занимаются потребительским кредитованием. Это означает, что договор потребительского кредита, заключенный иным субъектом, кроме банка, является ничтожным² как не соответствующий требованиям закона.

Большинство правовых норм уже внесено в законопроект Федерального закона №136312–5 «О потребительском кредитовании» от 05.12.2008 г. Но, в связи со сложностью правового регулирования потребительского кредитования настоящий законопроект не принят даже в первом чтении.

Что касается, рассматриваемого законопроекта, то есть необходимость дополнить его следующими положениями:

— по аналогии с п. 1 статьи 821 ГК РФ, установить право мотивированного отказа банка от предоставления потребительского кредита после заключения договора, определив перечень обстоятельств, явно свидетельствующих о невозможности исполнения заемщиком обязательств по договору, дающих основание предполагать, что предоставленная заемщику в дальнейшем денежная сумма не будет возвращена в срок;

— определить исчерпывающий перечень фактических обстоятельств, очевидно свидетельствующих, что предоставленная лицу, желающему стать заемщиком, денежная сумма не будет возвращена в срок (например, прекращение трудовых правоотношений, возбуждение в отношении заемщика исполнительного производства, предоставление заемщиком заведомо ложных сведений о своей личности и имуществе);

— с целью защиты слабой стороны, то есть заемщика:

- а) установить возможность возврата потребительского кредита в определенный короткий срок после заключения договора (например, от 1 до 10 дней);
- б) установить право заемщика на возмещение понесенного ущерба в случае неисполнения кредитором взятого на себя обязательства предоставить потребительский кредит в срок, предусмотренный договором, или в случае немотивированного отказа в выдаче потребительского кредита в оговоренные договором сроки;

— закрепить отдельной главой в Федеральном законе «О потребительском кредитовании» основания, порядок, условия и меры ответственности при взаимодействии коллекторского агентства и заемщика, сформулировав при этом в «Основных понятиях» данного Закона само понятие «коллекторское агентство».

Таким образом, проведенный в статье анализ системы источников правового регулирования потребительского кредитования в Российской Федерации показал, что на данный момент в нашей стране отсутствует четкое законодательное регулирование процедур кредитования физических лиц, что

¹ Изменения в ФЗ «О защите прав потребителей» от 7.02.1992 г. №2300–1 (в ред. ФЗ от 21.12.2004 №171–ФЗ, от 25.10.2007 г. №234–ФЗ).

² Статья 168 Гражданского кодекса Российской Федерации, часть 1 от 30.11.1994 г. №51–ФЗ, часть 2 от 26.01.1996 г. №14–ФЗ.

вынуждает законодателя использовать нормы по аналогии, руководствуясь общими положениями гражданского законодательства, тем самым зачастую вызывая на практике множество коллизий.

Началом разрешения данной проблемы, безусловно, должно быть скорейшее принятие закона «О потребительском кредитовании», что, по сути, станет качественно новым шагом на пути обеспечения прав и законных интересов как заемщика-потребителя, так и кредитора.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ МЕРЫ СТИМУЛИРОВАНИЯ СОЦИАЛЬНО ПОЛЕЗНОГО ПОВЕДЕНИЯ УЧАСТНИКОВ ИМУЩЕСТВЕННОГО ОБОРОТА

ЯЦЕНКО Татьяна Сергеевна,

к.у.н., доцент кафедры гражданского права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Стимулирование социально полезного поведения в гражданском праве имеет несколько направлений. Первое из них связано с обеспечением добросовестного поведения участников оборота. Гражданско-правовыми средствами стимулирования такого поведения выступают, прежде всего, принцип добросовестности и обязанности активного типа.

Другое направление связано с реализацией социальной функции гражданского права, направленной на уменьшение негативных последствий социальной и экономической дифференциации членов общества, в том числе особой защиты так называемой слабой стороны правоотношения.

Следует сказать, что доктрина социальной роли гражданского права своим зарождением обязана исследованиям О. Конта¹ и Э. Дюркгейма². Позже Л. Дюги интерпретировал их основные идеи с учетом специфики стоящих перед правом задач. В своих работах он попытался обосновать точку зрения, согласно которой абсолютного равенства между людьми не существует, а потому и их юридическое состояние должно зависеть от их особенностей³.

О социальной функции частного права, начиная с XIX века, писали и пишут многие отечественные и зарубежные ученые⁴. Немедки цивилилисты, к примеру, объясняли усиление социальной роли гражданского права необходимостью закрепления мер против злоупотребления свободой, установленной в законодательстве XIX века в отношении торговли, договоров и завещаний. Они видели эту роль в борьбе с шиканой, в запрете противонаправленных сделок и пресечении недобросовестной конкуренции, а также в дополнительной защите экономически слабой стороны в правоотношении⁵. Именно гражданское право, по утверждению Гирке, «должно взять на себя задачу охранять слабого против сильного, благо общества против эгоизма частных лиц»⁶.

¹ См., к примеру: Конт О. Дух позитивной философии: Слово о положительном мышлении / Пер. с фр. / Предисл. М. М. Ковалевского. Изд. 2-е. М.: Книжный дом «Либроком», 2011.

² Дюркгейм Э. О разделении общественного труда / Пер. с фр. и послесловие Л. Б. Гофмана. М.: Наука, 1990.

³ Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / С предисл. проф. П. Новгородцева. М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1908. С. 9.

⁴ См., к примеру: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Под редакцией и с предисловием В. А. Томсинова. М.: Издательство «Зерцало», 2003. С. 406; Покровский И. А. Гражданский суд и закон // Вестник права. 1905. Кн. 1. С. 13; Синайский В. И. Русское гражданское право. М.: «Статут», 2002. С. 61; Баринов Н. А. Проблемы предмета гражданского права в современных условиях // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В. В. Витрянский и Е. А. Суханов. М.: Статут, 2010 и др.

⁵ Нольде А. Э. Очердные вопросы в литературе гражданского права // Вестник гражданского права. 1913. №1. С. 138–140.

⁶ Цит. по: Покровский И. А. Справедливость, усмотрение судьи и судебная опека. Дилеммы современного гражданского права в области договоров. Доклад члена Общества И. А. Покровского, читанный в собрании Общества 2 октября 1899 года (Приложение к протоколам собраний Киевского юридического общества за 1899 год). Киев: Тип. Имп. ун-та Св. Владимира, 1901. С. 3.

Идея социальной функции гражданского права была близка и разработчикам проекта Гражданского уложения Российской Империи. В одной из пояснительных записок к проекту подчеркивалось, что закон должен быть справедливым и ограждать интересы «всех слабых, беспомощных, словом, тех, кто по своему личному или имущественному положению нуждается в особой защите закона»¹.

Влияние этой идеи обнаруживается и в нормах более позднего по времени принятия гражданского законодательства. Так, ГК РСФСР 1922 года требовал учитывать имущественное положение потерпевшего и причинителя вреда при определении размера возмещения (ст. 403–405)².

По сути, защита слабой стороны правоотношения является одним из элементов гражданско-правовой системы охраны публичных интересов. Не случайно, что интересы слабой стороны, как и охрана любых иных публичных интересов, обеспечиваются императивными нормами. На то, что «социализация» гражданского права влечет за собой рост таких норм, обращал внимание еще И.С. Перетерский³. В фактическом неравенстве участников имущественных отношений, в возможном подавлении интересов экономически слабой стороны видит причину введения публично-правовых элементов в частное право и В.Ф. Яковлев⁴.

Действующее гражданское законодательство содержит целый ряд норм, направленных на обеспечение интересов слабой стороны в правоотношении⁵, имеются и многочисленные акты судебных органов власти, посвященные этому вопросу⁶. При этом четко указывается конкретный вид правоотношения и субъект, который признается слабой его стороной. В этой связи нельзя не обратить внимания на мнение Е.В. Вавилина, который предлагает отразить в законодательстве концепцию отступления от принципа юридического равенства сторон гражданского правоотношения в тех случаях, когда «одна из сторон является слабой по отношению к другой по безусловным объективным причинам»⁷. Ученый считает нужным дополнить главу 2 ГК РФ необходимыми правилами, которые обеспечивали бы защиту слабой стороны в целом⁸. Представляется, что в таком случае значение судебного усмотрения возрастет, а судья в каждом конкретном случае будет принимать решение о том, является ли та или иная сторона слабой или нет. Отражение в законодательстве предложенной автором концепции, безусловно, откроет простор для злоупотреблений.

В этой связи важно подчеркнуть, что защита слабой стороны предполагает отступление от гражданско-правового принципа юридического равенства сторон правоотношения. Такое отступление должно иметь место только тогда, когда это предусмотрено в законе. Не случайно, что в одном из своих Постановлений Конституционный Суд РФ обратился именно к законодателю, призывая его не «ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и... предоставлять опре-

¹ *Цит. по:* Там же. С. 7.

² Т. Е. Новицкая, правда, отмечает, что в этих статьях нашло отражение своеобразное понимание законодателем классового подхода. *См.: Новицкая Т. Е. Гражданский кодекс РСФСР 1922 года. М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. С. 101–102, 174.*

³ Перетерский И. С. Принудительные и диспозитивные нормы в обязательственном праве гражданского кодекса // Советское право. 1924. №4 (10). С. 69.

⁴ Яковлев В. Ф. О частном и публичном праве в правовой системе России. Выступление на научной конференции в Институте государства и права Российской академии наук (Москва, 31 марта 2000 г.) // Он же. Правовое государство: вопросы формирования. М.: Статут, 2012. С. 195–196.

⁵ *См., в частности:* ст. 426, 497, 503, 518, 1252, 1282, 1488 и другие статьи Гражданского кодекса РФ; Закон РФ от 07.02.1992 №2300–1 (ред. от 25.06.2012) «О защите прав потребителей» // Российская газета. 16.01.1996. №8 и др.

⁶ *См., к примеру:* Определение Конституционного Суда РФ от 03.07.2007 №714-О-П «По жалобе гражданина Петрова Александра Федоровича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 84.8 Федерального закона «Об акционерных обществах» // СПС «Консультант Плюс»; Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28.06.2012 №17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» // Российская газета. 11.07.2012. №156 и др.

⁷ *См.:* Вавилин Е. В. Осуществление гражданских прав и исполнение обязанностей. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. С. 99.

⁸ Там же.

деленные преимущества экономического слабой и зависимой стороне»¹. В связи со сказанным нельзя согласиться с точкой зрения Е.В. Вавилина. Суд, по нашему мнению, должен обеспечить защиту слабой стороны только в том случае, если на этот счет есть прямое указание закона, а не руководствоваться «безусловно объективными причинами».

Тем более что сама слабая сторона на практике нередко злоупотребляет предоставленными ей законом преимуществами. Уже сложилась определенная судебная практика в этой сфере, когда ставится вопрос об отказе потребителю в защите его прав по мотивам злоупотребления ими (на основании ст. 10 ГК РФ)². Как правило, такие истцы не соблюдают установленных в законе требований, касающихся гарантийного срока, порядка использования вещи или ее возврата в случае обнаружения недостатков.

Второе направление, в рамках которого гражданское право выполняет свою стимулирующую роль, связано с обеспечением добросовестного поведения участников гражданского оборота.

Как сказал в 1915 году лорд Хелдейн, «право развивается путем применения старых принципов к новым обстоятельствам»³. Это высказывание в полной мере справедливо и в отношении требования добросовестности, которое предъявлялось к поведению человека с древнейших времен.

Действующее гражданское законодательство закрепляет обязанность участников оборота действовать добросовестно при установлении, осуществлении и защите гражданских прав. Кроме того, предусматривается запрет на извлечение преимуществ из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 3, 4 ст. 1 ГК РФ⁴).

Надо сказать, что в отечественной научной литературе неоднозначно оцениваются эти нормы Кодекса. В. Андреев, к примеру, сомневается в том, что закрепление принципа добросовестности в гражданском законодательстве укрепит нравственные начала правового регулирования⁵. А.М. Мамаев, напротив, полагает, что усилится воспитательное воздействие гражданского права на общественные отношения, будет иметь место стимулирование ответственного отношения к своей собственности⁶. С этим мнением нельзя не согласиться. Ведь не случайно в немецкой правовой доктрине принцип добросовестности называют социальным принципом⁷. Только нужно добавить, что соблюдение принципа добросовестности должно обеспечиваться сложным механизмом гарантий, закрепленных в законе, включающих в себя, в том числе санкции за недобросовестное поведение. В противном случае закрепление данного принципа не будет иметь того эффекта, на который рассчитывает законодатель.

Неоднозначная оценка отражения принципа добросовестности в гражданском законодательстве обусловлена и тем, что «добросовестность» является оценочной категорией, поэтому ее содержание в каждом конкретном случае зависит от усмотрения судьи. В свое время И.А. Покровский категорично выступал против закрепления в законе подобных «каучуковых» понятий. И.Б. Новицкий отрицательно относился к тому, что в проекте Гражданского уложения, который предусматривал категорию добро-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 23.02.1999 №4-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 года "О банках и банковской деятельности" в связи с жалобами граждан О. Ю. Веселяшкиной, А. Ю. Веселяшкина и Н. П. Лазаренко» // Российская газета. 03.03.1999. №40.

² См., к примеру: Определение Кемеровского областного суда от 07.10.2011 по делу №33–11300 // СПС «Консультант Плюс»; Определение Московского городского суда от 29.08.2011 по делу №4г/9–7055 // СПС «Консультант Плюс» и др.

³ *Cum. no: Waddams S. Private Right and Public Interest // Private Law in Theory and Practice / Edited by Michael Bryan. London, New York: Routledge-Cavendish, 2007. P. 7.*

⁴ Новые положения введены в гражданское законодательство Федеральным законом от 30.12.2012 №302-ФЗ «О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 11.01.2013. №3.

⁵ Андреев В. Соответствует ли Концепция развития гражданского законодательства потребностям российского общества и государства // Хозяйство и право. 2010. №4. С. 28.

⁶ Мамаев А. М. Социальные функции российского гражданского права // Научный вестник Уральского академии государственной службы: политология, экономика, социология, право. 2010. №2(11). URL: <http://www.vestnik.uapa.ru/ru-ru/about> (дата обращения: 20.01.12).

⁷ Сорокина Е. А. Принцип добросовестности (Treu und Glauben) в доктрине и судебной практике Германии // Ежегодник сравнительного права. 2011 / Под ред. Д. В. Дождева. М.: Статут, 2011. С. 115.

совестности, отсутствовало определение ее понятия¹. После Октябрьской революции, когда при обсуждении Гражданского кодекса 1922 года возник вопрос о закреплении принципа добросовестности, П.И. Стучка дал отрицательную оценку отражению в нем понятий, которые не раскрыты в законе и использование которых на практике может повлечь целый ряд проблем².

Неоднозначное отношение к «каучуковым» понятиям можно встретить и в зарубежной литературе. Ф. Хайек, к примеру, полагает, что верховенство права будет связано своим упадком росту «такого рода расплывчатых формулировок»³. По мнению Марка Ван Хоека, принцип доброй совести не является правовым, а в качестве его источника выступает идеология⁴. В американской научной литературе термин «добросовестность» называют аморфным, а судьи говорят: «когда мы ее увидим, мы ее узнаем»⁵.

В свое время И.Б. Новицкий отмечал, что нельзя сводить понятие добросовестности к интуиции, которая будет подсказывать, как нужно поступать по отношению к другим людям. В этом случае данная категория утратит свойство объективного мерила, станет субъективным критерием, зависящим от взглядов конкретного человека⁶. Однако пока так и получается: добросовестность субъекта оценивается судьей, опирающимся, прежде всего, на собственную интуицию, нежели на надежный объективный критерий. Вместе с тем, уповать на здравый смысл субъекта, оценивающего поведение другого лица с точки зрения добросовестности, не всегда разумно, если речь идет о применении норм права.

Некоторые современные авторы полагают, что раскрыть понятие добросовестности можно, отразив сложившуюся систему представлений о нравственном поведении в законе либо сформулировав ее в виде обычной или легализовав ее судебной практикой. Ведь добросовестным, по их мнению, следует считать только такое поведение, «которое согласуется с представлениями общества о нравственности»⁷. Автор, бесспорно, прав, указывая на связь «доброй совести» с нравственностью. Однако, как известно, нельзя опделить понятие через другое понятие, которое само по себе является неясным или спорным. Это все равно, что построить замок на песке. Не ясным в приведенном выше определении является понимание автором «сложившейся в обществе системы представлений о нравственном поведении». Кроме того, такая система представлений сама по себе неустойчива, а потому, будучи положена в основу определения понятия добросовестности, не сделает его более понятным. Система господствующих в обществе нравственных представлений, безусловно, влияет на содержание правовых норм, но в полном своем объеме отражаться в них не может по объективным причинам.

Нам представляется, что добросовестность с правовой точки зрения есть свойство, которое характеризует, прежде всего, поведение человека, а не его внутренние качества. Именно действие (бездействием) имеет значение для права, а не моральные воззрения человека, его совершающего. Таким образом, правовая оценка добросовестности лица есть оценка его поведения. Если лицо надлежащим образом осуществляет свои права и исполняет обязанности, то оно добросовестно с точки зрения права. Добросовестность предполагает также рачение, то есть заботливость, проявляемую субъектом в своих делах. Требования к степени заботливости отличаются в зависимости от определенных обстоятельств. Так, законом предусматривается повышенный спрос с лица, действующего в интересах другого. Особую степень заботливости должны проявлять лица, занимающиеся деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих. При причинении вреда другим лицам они несут ответственность и при отсутствии вины. В соответствии с законом повышенная степень заботливости требуется и от субъекта, занимающегося предпринимательской деятельностью.

Следует подчеркнуть, что добросовестное поведение участников оборота всячески стимулируется гражданским законодательством. К примеру, оно может стать основанием для освобождения от от-

¹ Новицкий И. Б. Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 1916. №6. С. 57.

² *Cum. no:* Новицкая Т. Е. Указ. соч. С. 78.

³ *Cum. no:* Фуллер Лон Л. Мораль права / Лон Л. Фуллер; пер. с англ. Т. Даниловой, под ред. А. Курева. М.: ИРИСЭН, 2007. С. 82.

⁴ Hoecck M. Van. Law as Communication. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2002. P. 51.

⁵ *Ibid.*

⁶ Новицкий И. Б. Указ. соч. С. 64.

⁷ См.: Богданова Е. Добросовестность участников договорных отношений как условие защиты их субъективных гражданских прав // Хозяйство и право. 2010. №2. С. 112.

ветственности за причиненный вред. Так, согласно п. 4 статьи 10 Федерального закона от 26.10.2002 №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹ контролирующие должника лица солидарно несут субсидиарную ответственность по требованиям о возмещении вреда, причиненного должником кредиторам в результате исполнения указаний контролирующих лиц. Однако такие лица не отвечают за вред, если докажут, что они действовали добросовестно и разумно в интересах должника.

Направленность гражданско-правового регулирования на стимулирование добросовестного поведения проявляется и в иных формах. К примеру, уплата неустойки и возмещение убытков в случае ненадлежащего исполнения обязательства не освобождают должника от исполнения обязательства в натуре, если иное не предусмотрено законом или договором (пункт 1 статьи 396 ГК РФ). Окончание срока действия договора не освобождает стороны от ответственности за его нарушение (п. 4 ст. 425 ГК РФ). Стимулирует добросовестность участников оборота и норма, предоставляющая присоединившейся к договору стороне право требовать расторжения или изменения договора, даже если он не противоречит закону, «но лишает эту сторону прав, обычно предоставляемых по договорам такого вида...» (п. 2 статьи 428 ГК РФ). Правило о невозможности одностороннего изменения или расторжения договора (п. 1 статьи 450 ГК РФ) также является средством предупреждения недобросовестного поведения.

Указанные меры стимулирования социально полезного поведения являются элементами гражданско-правового механизма предупреждения антисоциального поведения участников гражданского оборота. При этом если такие элементы системы не справляются с решением своей задачи, то есть не препятствуют антисоциальному поведению, то они ослабляют всю систему профилактики и предупреждения, превращают ее в малоэффективную. В частности, увеличение минимального размера уставного капитала общества с ограниченной ответственностью до 1 млн рублей, как это предлагалось в Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации², сделало бы невыгодным для недобросовестных лиц использовать такую организационно-правовую форму для создания «фирм-однодневок». Однако это предложение, по словам Е.А. Суханова, вызвало «яростное сопротивление» представителей крупной предпринимательства, ведь «структуру современного отечественного бизнеса невозможно представить без «цепочек» таких «однодневок» и оффшоров, призванных исключить для его фактических владельцев всякий риск имущественной ответственности»³. Поэтому ООО останутся и в будущем самой популярной формой для прикрытия недобросовестной деятельности⁴.

Подобные упуцения свойственны закреплению в действующем гражданском законодательстве механизму предупреждения антисоциальных действий. Увеличение в обороте числа таких действий свидетельствует о том, что механизм этот сегодня несовершенен и требует существенной доработки.



¹ Российская газета. 02.11.2002. №209–210.

² Подготовлена в соответствии с Указом Президента РФ от 18 июля 2008 года № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 23 июля 2008 г. №4712.

³ Суханов Е. А. Очерк сравнительного корпоративного права // Проблемы развития частного права: Сборник статей к юбилею Владимира Саурсеевича Ема / Отв. ред. Е. А. Суханов, Н. В. Козлова. М.: Статут, 2011. С. 193.

⁴ «Конкуренцию» им смогут составить только хозяйственные партнерства.

СЕКЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

ЕДИНООБРАЗИЕ В ПОНИМАНИИ ПРАВОВОЙ ТЕРМИНОЛОГИИ КАК УСЛОВИЕ ПРАВИЛЬНОГО ТОЛКОВАНИЯ НОРМ (на примере законодательства об исполнительном производстве)

АФАНАСЬЕВ Сергей Федорович,

д.ю.н., профессор кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»;

ФИЛИМОНОВА Маргарита Владимировна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Проблема толкования в праве всегда привлекала к себе пристальное внимание, что объяснялось не столько сугубо научным и отвлеченным стремлением исследовать механизм постижения содержания писанных и неписанных норм права, сколько потребностями практического характера, связанными с разрешением споров (в том числе судами). В частности, после наполеоновской и позднее немецкой кодификации, отчасти направленной на преодоление национального правового изоляционизма, возродилась школа официального комментирования и комментаторов, столкнувшаяся с необходимостью поиска методов и способов толкования действующего закона. Последние прошли в своем развитии длительный эволюционный путь: от формальной интерпретации буквы *lex lata*, до трактовки нормативного акта через историческую призму с учетом его общественного предназначения и социальной цели¹.

Итак, говоря о «толковании-уяснении» правовых норм, нужно четко представлять себе, что есть методы или способы толкования. Общепринято, что в континентальной системе права способы толкования — это заранее определенные приемы, правила и средства познания правовых норм, используемые субъектом для уяснения их подлинного смысла². Как писал Е.В. Васьковский, «деятельность юриста походит в этом отношении на деятельность анатома: изучив наружный покров, он принимается за исследование внутреннего строения»³. Вместе с тем это не означает полного отождествления способов и приемов, которые в теории права принято различать. Способ толкования — суть понятие более емкое, включающее в себя специальные технические средства, а именно особые познавательные приемы. При этом, как правильно отмечает Н.Н. Вопленко, способы толкования права заранее обуславливаются основными сферами правовой деятельности. К ним относятся правовые отношения, правосознание, основные виды правовых предписаний, специфика языка права и т.д.⁴.

Таким образом, выбор способа толкования зависит от конкретизированной цели интерпретатора и специфики правовой деятельности (например, познание текста закона, правоотношения и др.). В связи с этим выделяют основные способы толкования правовых норм: грамматико-логический,

¹ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности. М., 2009. С. 82–83.

² См.: Байтин М. И. Сущность права. Саратов, 2001. С. 105–106.

³ Васьковский Е. В. Учение о толковании и применении гражданских законов. Одесса, 1901. С. 77.

⁴ См.: Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права. М., 1976. С. 12.

систематический, функциональный и историко-политический. Принято полагать, что юридическую интерпретацию целесообразно начинать с грамматического (лингвистического или филологического) способа толкования, коль скоро любая правовая норма оформляется в письменном виде посредством языка, как некой достаточной статичной знаковой системы, корреспондирующей понятийному содержанию, типовому написанию и звучанию. Отсюда потребность грамматического уяснения смысла правовой нормы стала почти аксиоматичной особенно перед применением в отдельном казусе.

Качественные характеристики законодательства находятся за пределами анализа настоящей статьи, поэтому на примере ФЗ «Об исполнительном производстве» (далее — Закон) укажем на необходимость единообразной интерпретации слов и словосочетаний, которые зачастую приобретают антагонистический смысл при правоприменении.

Известно, что ст. 65 Закона регламентирует основания и процедуру розыска должника, его имущества, а также ребенка. Первая часть статьи напрямую закрепляет *право* судебного пристава-исполнителя объявить подобный розыск. В свою очередь ч. 5 ст. 65, корреспондируя ч. 1, содержит *правомочие* судебного пристава-исполнителя на объявление розыска должника, его имущества, исходя из специфики требований. Однако, ч. 3 ст. 65 Закона прямо предписывает, что «судебный пристав-исполнитель *объявляет* (курсив — наш) розыск должника или его имущества» по заявлению взыскателя или по своей инициативе, но по определенному кругу требований.

Несложные рассуждения приводят к следующему выводу: если отсутствует заявление взыскателя или инициатива самого судебного пристава-исполнителя, то розыск должника, его имущества или ребенка может не осуществляться (ч. 1 ст. 65 Закона). А *posteriori* приведенная часть является общей для последующих, содержащихся в норме, тем не менее ее смысл от этого не становится более отчетливым и однозначным. С одной стороны, не вызывает сомнений, что розыск должника нужен и потому возможен, если отсутствуют сведения о местонахождении должника, его имущества или ребенка. С другой — не совсем понятно, в чем заключается рациональность дифференциации ч. 3, 4, 5 ст. 65 Закона, если судебный пристав-исполнитель в любом случае наделен правом, а не обязанностью объявлять розыск должника, его имущества или ребенка. Кроме того имеются вопросы, связанные с употреблением различных словосочетаний, содержащихся в статье: в ч. 1, 5 — «вправе объявить розыск», а в ч. 3 и 4 — «объявляет розыск», если в общем речь идет о правомочиях судебного пристава-исполнителя¹. К примеру, свидетельствует ли форма глагола «объявляет» в контексте исследуемой нормы о диспозитивном праве судебного пристава-исполнителя или же об обязанности по объявлению розыска?

По нашему мнению, действующее законодательство императивно закрепляет объявление розыска должника, его имущества или ребенка (ч. 3, 4 ст. 65 Закона), поскольку глагол «объявляет» употребляется в третьем лице единственного числа настоящего времени, обладая особой морфологической спецификой в нормах права. По общему правилу, этот глагол означает действие, которое совпадает с моментом речи, так как употребляется именно в настоящем времени. Для сравнения, надлежащие глаголы широко используются авторами в ходе создания литературных произведений с целью «оживления» героя в момент прочтения повести, рассказа или романа. Но допустима ли экстраполяция литературных приемов при написании и толковании норм права? Видимо, нет. Нужно отдавать себе отчет в том, что по своей социальной природе и телеологическому назначению правовая норма выполняет несколько иные задачи: она декларирует абстрактную возможность или общеобязательность ситуации, а от ее имманентного структурирования зависит то, насколько эффективным регулятором общественных отношений выступает сама норма.

¹ ФЗ «Об исполнительном производстве» 1997 г. №119-ФЗ, содержал нормы о розыске должника, его имущества или розыске ребенка, структура и содержание которых была наиболее оптимальной. Так, ч. 1 ст. 28 Закона регламентировала основания, при наличии которых судебный пристав-исполнитель выносил постановление о розыске. При этом глагол употреблялся в третьем лице единственного числа настоящего времени — «выносит постановление о розыске». Толкование нормы в системе с ч. 2 (часть гласила, что во всех остальных случаях судебный пристав-исполнитель вправе объявить розыск), позволяло прийти к выводу об обязательном характере объявления розыска при наступлении условий, указанных в гипотезе ч. 1. Подтверждением этой позиции служат Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 21 июня 2004 г., №77; Постановление ФАС Поволжского округа от 17 апреля 2008 г. №А5 5-11906/07-3 // Справочная правовая система Гарант-Максимум (27.06.2012).

Таким образом, в силу ч. 3 ст. 65 Закона судебный пристав-исполнитель объявляет розыск должника или его имущества по своей инициативе или по заявлению взыскателя (диспозиция нормы), если к нему на исполнение поступили исполнительные документы, в которых содержатся требования о защите интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации; муниципальных образований; об уплате алиментов; возмещении вреда, причиненного здоровью или в связи со смертью кормильца (гипотеза). Стало быть, при наличии оснований, перечисленных в гипотезе ч. 3, а также ч. 4 ст. 65 ФЗ Закона судебный пристав-исполнитель обязан объявить розыск должника, его имущества или розыск ребенка, не имея альтернативы.

Однако, как показывает судебная практика, далеко не все так однозначно. Комплексное изучение актов окружных арбитражных судов позволило выявить несовпадающие подходы при разрешении проблемы вынесения судебным приставом-исполнителем постановления об объявлении розыска имущества должника по разным категориям дел. В одних случаях суды, отвечая на вопрос о необходимости вынесения такого постановления, консервативно исходили из того, что перечень исполнительных документов, по которым осуществляется розыск, является исчерпывающим (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 24 марта 2009 г. по делу №А0 3–7262/2008). В других — мнение судов было прямо противоположным, ведь из положений ст. 65 Закона не следует, что постановление о розыске имущества должника выносится лишь по перечню исполнительных документов. Поэтому розыск совершается на основании заявления взыскателя (постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 8 ноября 2010 г. по делу №А4 5–9557/2010, постановление ФАС Московского округа от 16 декабря 2010 г. по делу №А4 0–88395/10–111–511).

Президиум ВАС РФ с целью унификации правоприменения и устранения возникших интерпретационных противоречий вынес постановление от 24 января 2012 г. №11498/11, в котором разъяснил, что по смыслу ст. 65 ФЗ «Об исполнительном производстве» розыск имущества должника осуществляется по инициативе судебного пристава-исполнителя либо по заявлению взыскателя, *при этом Закон не содержит ограничений по розыску в зависимости от категории гражданского спора*. Тем самым Президиум ВАС РФ запустил действие механизма п. 5 ч. 3 ст. 311 АПК РФ, предписывающего пересматривать по новым обстоятельствам вынесенные судебные акты при определении или изменении в постановлении Президиума ВАС РФ практики применения правовой нормы (см., например, определение ВАС РФ от 11 апреля 2012 г. №ВАС–3129/12). Последнее не отвечает принципу *lex prospicit non respicit* и отчасти усложняет ситуацию с разрешением правовых казусов, поскольку Президиум ВАС РФ истолковал ФЗ «Об исполнительном производстве» в редакции от 2 октября 2007 г., тогда как последние изменения в ст. 65 были внесены федеральным законодателем 3 декабря 2012 г. Следовательно, новая версия нормативного правового акта (ст. 64, 65 Закона), регулирующего правоотношения в сфере принудительного исполнения судебных решений, по-прежнему остается малопонятной и нуждающейся в официальном истолковании.

Сомнения в применении и толковании правовой нормы сигнализируют о наличии в ней пробелов, как следствие возникает потребность в прецеденте, что сегодня и наблюдается в сфере прикладной деятельности. Правильно пишет Д. А. Туманов, «рождение прецедента всегда процесс восполнения пробела в праве»¹. В нашем случае это означает, что до сих пор нет твердой уверенности в том, что правоприменитель придет к категоричному выводу о праве или обязанности судебного пристава-исполнителя объявлять розыск должника, его имущества или ребенка, опираясь на ч. 3, 4 ст. 65 Закона. Если по результатам интерпретации наличествует два противоположных мнения: либо смысл закона полисемантичен, либо один из субъектов толкования ошибается. Не будем окончательно выяснять, какой из двух вариантов имеет место быть, а лишь еще раз отметим, что дальнейшая работа органов судебной власти, как и прежде, будет связана с трудностями уяснения смысловой нагрузки отдельных норм ФЗ «Об исполнительном производстве». Поэтому представляется целесообразным издание акта официального судебного толкования (например, совместного Постановления Пленума ВС РФ и ВАС РФ) или аутентичной трактовки, в которых следует пояснить, что соответствующий глагол в третьем лице единственного числа настоящего времени содержит императивно установленное правило поведения субъекта. Тем более что в указанном выше постановлении Президиума ВАС РФ нет ответа на вопрос о том, где все же находятся границы возникновения у судебного пристава-исполнителя обязанности по розыску, которая должна быть тесно сопряжена со средствами ее реализации? Ведь не могут же исполнительные действия совершаться им исключительно по его желанию или усмотрению, что порождает неизбежные злоупотребления при пользовании делегированной законодателем дискреционной властью.

¹ Туманов Д. А. Пробелы в гражданском процессуальном праве. М., 2008. С. 125.

ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О ВРЕМЕННОМ РАЗМЕЩЕНИИ ГРАЖДАНИНА, ПОДЛЕЖАЩЕГО РЕАДМИССИИ, В СПЕЦИАЛЬНОМ УЧРЕЖДЕНИИ

БАХАРЕВА Ольга Александровна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Реадмиссия (от англ. глагола to readmit — принимать назад) — передача иностранного гражданина, незаконно пребывающего на территории государства, в страну, из которой он прибыл с согласия последней. К иностранным гражданам, подлежащим реадмиссии, в гражданском процессе согласно п. 1 Постановления Правительства РФ от 15.07.2009 №555¹ следует относить иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих передаче в соответствии с международными договорами РФ о реадмиссии, иностранных граждан и лиц без гражданства, принимаемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания (проживания) в РФ. Граждане, совершившие преступления на территории России или другой страны, подлежат депортации или экстрадиции. Если иностранный гражданин в стране, из которой он прибыл, находился нелегально, то при наличии соответствующего соглашения о реадмиссии он может быть депортирован далее. 25.05.2006 года на саммите в Сочи Россия и Евросоюз подписали два соглашения: об упрощении выдачи виз и о реадмиссии². Заключение соглашения о реадмиссии Россия-ЕС в 2006 году явилось одним из условий облегчения визового режима на двусторонней основе. Первое соглашение России с Литвой было условием заключения договора об упрощенном порядке транзита в Калининградскую область. В настоящее время соглашения о реадмиссии подписаны с Европейским сообществом, Литовской Республикой, Королевством Норвегия, Королевством Дания, Республикой Исландия, Социалистической Республикой Вьетнам, Украиной, Республикой Узбекистан, Монголией. Обсуждается вопрос о заключении соглашения о реадмиссии со Шри-Ланкой, Пакистаном, Ливаном, Арменией, Киргизией, Таджикистаном, Молдавией. Однако не все страны согласны на реадмиссию. Например, Китай, проводящий политику расширения своей диаспоры, отказывается принимать назад своих граждан против их воли.

Соглашение о реадмиссии устанавливает механизмы, необходимые для репатриации лиц, не имеющих виз или нарушивших срок пребывания, указанный в визе. Режим реадмиссии также применяется к гражданам третьих стран, однако переходный период составляет три года.

Заключение соглашения о реадмиссии РФ с Европейским союзом в 2006 г. обусловило работу над изменениями в российском законодательстве. ФЗ от 6.05.2008 №60-ФЗ «О внесении изменений в ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»³ и отдельные законодательные акты Российской Федерации» направлены на выполнение международных договоров РФ о реадмиссии. При реадмиссии важно соблюсти два важных условия: первое — это защита интересов РФ и ее граждан, второе — обеспечение прав и законных интересов подвергнутых реадмиссии лиц. Для эффективной реализации этих задач разработан целый пакет документов: в дополнение к Законом «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»⁴, «О правовом поло-

¹ Постановление Правительства РФ от 15.07.2009 №555 «Об утверждении Положения о пребывании иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих передаче в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, иностранных граждан и лиц без гражданства, принимаемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания (проживания) в Российской Федерации, в специальных учреждениях Федеральной миграционной службы» // СЗ РФ. 2009. №30. Ст. 3801.

² Соглашение о реадмиссии между Российской Федерацией и Европейским сообществом от 25.05.2006 // СЗ РФ. 2007. №23. Ст. 406.

³ ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 6.05.2008 №60-ФЗ (ред. 23.07.2010 №180-ФЗ) // СЗ РФ. 2008. №19. ст. 2094; 2010. №30. Ст. 4011.

⁴ ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» от 15.09.1996 №114-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №34. Ст. 4029.

жении иностранных граждан в Российской Федерации»¹, приняты два Постановления Правительства Российской Федерации: от 15.07.2009 №555 «Об утверждении Положения о пребывании иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих передаче в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, иностранных граждан и лиц без гражданства, принимаемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания (проживания) в Российской Федерации, в специальных учреждениях Федеральной миграционной службы»² и от 27.01.2009 №58 «Об утверждении Порядка осуществления охраны специальных учреждений Федеральной миграционной службы, предназначенных для размещения иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих передаче в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, и иностранных граждан и лиц без гражданства, принимаемых в соответствии с международными договорами Российской Федерации о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания (проживания) в Российской Федерации»³. ФЗ №178-ФЗ от 23.06.2010⁴ внесены изменения в ГПК РФ в виде главы 26.1, регулирующей порядок рассмотрения в суде заявления о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении.

Передачу иностранного гражданина Россией иностранному государству в соответствии с международным договором РФ о реадмиссии или прием Россией иностранного гражданина, передаваемого иностранным государством РФ в соответствии с международным договором, осуществляет ФМС России или ее территориальный орган на основании решения директора ФМС России или его заместителя.

Граждан, не имеющих российского гражданства, планируется размещать в специализированных реадмиссионных центрах ФМС РФ, а потом выдворять за пределы Российской Федерации. Причем эти граждане не смогут снова легально попасть в Россию в течение 5 лет. Планируется создать несколько специальных общежитий для мигрантов, которых вернет в Россию Европа. Пока будет устанавливаться гражданство мигрантов, выясняться, откуда они попали в Россию, чтобы вернуться домой, нелегалы смогут жить в этих домах до полугода. Временное размещение предполагает проживание иностранного гражданина в Центре для содержания лиц, подпадающих под реадмиссию, до завершения срока, указанного в судебном решении о реадмиссии.

Правом принимать решение о временном размещении иностранного гражданина в специальном учреждении ФМС России на срок, не превышающий 48 часов, наделяется директор ФМС России, его заместитель или руководитель территориального органа ФМС России. В соответствии с ч. 3 ст. 32.1 ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» на более длительный срок иностранный гражданин может быть размещен в специальном учреждении ФМС России только на основании решения суда.

Заявителем по делам о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России или о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России выступает территориальный орган федерального органа исполнительной власти, осуществляющий правоприменительные функции, функции по контролю, надзору и оказанию государственных услуг в сфере миграции (федеральный орган исполнительной власти в сфере миграции) — учреждение Федеральной миграционной службы России.

Подсудность дел данной категории определяется по правилам исключительной подсудности — в суд по месту нахождения специального учреждения, в которое помещен иностранный гражданин, подлежащий реадмиссии. На сегодняшний день в России еще немного специальных учреждений подобного рода, например, такое учреждение на 82 человека есть в Пскове.

Срок подачи заявления о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении установлен в течение 48 часов с момента помещения иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальное учреждение ФМС России. Если по решению соответствующих органов иностранный гражданин уже помещен в спецучреждение, то заявление о

¹ ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» от 25.07.2002 №115-ФЗ (ред. 28.07.2012 №133-ФЗ) // СЗ РФ. 2002. №30, ст. 3032; 2012. №31. Ст. 4322.

² СЗ РФ. 2009. №30. Ст. 3801.

³ СЗ РФ. 2009. №5. Ст. 629.

⁴ ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» от 23.07.2010 №178-ФЗ // СЗ РФ. 2010. №30. Ст. 4009.

продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении подается в суд не позднее, чем за 48 часов до истечения, установленного по решению суда срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении. В случае пропуска 48-часового срока гражданин может обжаловать в судебном порядке бездействие служащих федерального органа исполнительной власти в сфере миграции. Дело должно быть возбуждено незамедлительно после поступления заявления в суд. При этом судья должен продлить срок пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России на срок рассмотрения такого заявления не более 5 дней (ст. 261.3 ГПК РФ). Возбудив дело о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении или о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении, судья вправе истребовать у лиц, участвующих в деле, материалы необходимые для обеспечения правильного, своевременного рассмотрения и разрешения дела. Международное сотрудничество в сфере реадмиссии предполагает обмен между государствами-участниками информацией, содержащей, в том числе персональные данные лиц, подлежащих реадмиссии, направление компетентным органам иностранных государств ходатайств о реадмиссии; принятие от компетентных органов иностранных государств запросов о реадмиссии; проверки, проводимые ФМС России (информацию о регистрации актов гражданского состояния лиц, различные запросы, ответы на них). Копии всех материалов должны быть приложены к заявлению, поданному в суд, а при их отсутствии суд вправе требовать такие материалы как подтверждение обоснованности заявленных требований.

Законодатель устанавливает специальный сокращенный срок рассмотрения дел о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России или о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России не более 5 дней со дня возбуждения дела. Судебное заседание проводится в помещении суда в открытом судебном заседании. Если при рассмотрении заявления о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении одной из сторон будет заявлено ходатайство об отложении судебного заседания для предоставления ею дополнительных доказательств обоснованности или необоснованности применения к лицу данной меры, судье рекомендуется при наличии к тому оснований выносить постановление о продлении срока пребывания иностранного гражданина в специальном учреждении на время, необходимое для рассмотрения такого заявления. При не поступлении в установленный срок дополнительных доказательств судья проводит повторное заседание с участием сторон и на основе ранее поступивших материалов выносит соответствующее решение об удовлетворении или отклонении соответствующего заявления.

Дело рассматривается с участием прокурора, представителя территориального органа федерального органа исполнительной власти в сфере миграции, подавшего в суд заявление, и иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии. В случае неявки прокурора суд вправе рассмотреть дело в его отсутствие (ч. 3 ст. 45 ГПК РФ).

Установив обстоятельства, являющиеся основаниями временного размещения иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России или продления срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России, суд, рассмотрев по существу заявление, принимает решение, которым удовлетворяет заявление. В случае продления сроков пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении суды должны указывать конкретные обстоятельства, оправдывающие продление этих сроков, а также доказательства, подтверждающие наличие этих обстоятельств. Продлевая срок пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении, суд должен указать конкретную дату, до которой этот срок продлен.

Если устанавливаются обстоятельства, свидетельствующие об отсутствии оснований временного размещения иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России или продления срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России суд, рассмотрев по существу заявление, принимает решение, которым отклоняет заявление.

Решение суда об удовлетворении заявления о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России или о продлении срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России подлежит исполнению с момента вступления в законную силу.

Решение суда об удовлетворении заявления является основанием для временного размещения иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России на не-

обходимый для осуществления его реадмиссии срок или продления срока пребывания иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении ФМС России. В специальном учреждении раздельно размещаются: лица мужского пола и женского пола, а так же лица, имеющие признаки инфекционного заболевания, которые изолируются в специально оборудованные помещения (изоляторы) до момента их помещения в специализированные стационары. Совместно в отдельном помещении могут размещаться только супруг, супруга, родители, дети, усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии. Режим пребывания иностранных граждан, подлежащих реадмиссии, в специальных учреждениях определяется Правилами внутреннего распорядка специальных учреждений, предназначенных для временного размещения иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих передаче в соответствии с международными договорами РФ о реадмиссии, иностранных граждан и лиц без гражданства, принимаемых в соответствии с международными договорами РФ о реадмиссии, но не имеющих законных оснований для пребывания (проживания) в РФ (п.п. 10, 11 и 18 Положения о пребывании иностранных граждан, подлежащих реадмиссии, в специальных учреждениях ФМС)¹.

РЕФОРМИРОВАНИЕ НАУКИ И ПРЕПОДАВАНИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА

БОРИСОВА Виктория Федоровна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Одной из сфер жизни российского общества, максимально подвергнутых модернизации, является сфера образования, и, в частности, высшего профессионального. Тенденции реформирования системы высшего образования отражают основные направления инновационной политики государства и призваны обеспечить повышение качества образовательного процесса, поощрение и развитие творческого потенциала молодежи, гарантии получения образования лицами с ограниченными физическими возможностями. На мировом рынке образовательных услуг предполагается повышение уровня конкурентоспособности российских Вузов, признание документов об образовании, расширение мобильности студентов и профессорско-преподавательского состава, свободная миграция трудовых ресурсов. В состоянии масштабных изменений, о характере которых можно судить исходя из анализа Стратегии развития науки и инноваций в Российской Федерации на период до 2015 года, пребывает и отечественная юридическая наука. В этом документе в числе ключевых проблем указывается разрыв между наукой и образованием; научные результаты не капитализируются в сфере образования; в проведение научных исследований не вовлекаются молодые специалисты; направления проведения прикладных исследований чрезмерно широки и размыты.

Преодоление этих проблем авторами Стратегии видится в интеграции научной и образовательной деятельности с целью кадрового обеспечения национальной инновационной системы России и экономики страны в целом. Исходное требование ко всем формам интеграционных структур заключается в высоком уровне научных исследований и образовательной деятельности. Таковыми, в первую очередь, должны быть исследовательские университеты — крупнейшие научные центры в секторе высшего образования, осуществляющие подготовку специалистов всех уровней от бакалавров до докторантов. Именно на это ориентирована проводимая в настоящее время политика «укрупнения» Вузов, создания Национальных исследовательских университетов. Создание таких исследовательских центров преследует цель по внедрению прогрессивных обучающих программ, интерактивных методик преподавания, выявлению творческого потенциала студентов, вовлечения их в научную деятельность, обеспечивающего приток молодежи в науку при сохранении преемственности в среде ученых. Стимулирующими средствами для этого являются гранты, по поддержке молодежных научных исследований, финансирование стажировок за рубежом, инициативных проектов междисциплинарного характера.

¹ СЗ РФ. 2009. №30. Ст. 3801.

Вместе с тем, в Стратегии инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года¹ констатируется, что учреждения высшего образования в нашей стране пока не стали для учащихся «школой инноваций», а рейтинги результативности научных работ не позволяют российским Вузам попасть в список первых двух сотен лидирующих.

В качестве основных критериев оценки качества и результативности фундаментальных исследований предлагается использовать международное признание, публикационную и конференционную активность сотрудников и коллективов, а для прикладной науки — востребованность результатов исследований российскими и зарубежными предприятиями, органами власти различного уровня, общественными организациями и т.п. Эффективность работы преподавателя в качестве научной единицы планируется оценивать при помощи механизмов оценки с привлечением международного научного сообщества и с ориентацией на показатели международной публикационной активности, а также механизма прекращения контракта с преподавателями, не ведущими исследовательскую деятельность на глобально конкурентоспособном уровне.

Индикатором публикационной активности ученого служат так называемые индексы цитирования, которые отражаются в различных российских и международных информационных системах. Российский индекс научного цитирования (РИНЦ) аккумулирует более 2 миллионов статей российских авторов, а также информацию о цитировании этих публикаций из более 2000 отечественных журналов.² Между тем, данные показатели остаются сравнительно низкими.

Таким образом, как справедливо отмечает О.С. Ростова, сегодня преподаватель высшей школы — не просто вчерашний выпускник вуза или лицо, имеющее диплом кандидата (доктора) наук, владеющий знаниями по преподаваемой дисциплине. Это, прежде всего, саморазвивающийся ученый, активно занимающийся научной работой по приоритетным направлениям, принимающий участие в научных мероприятиях, публикующий результаты своих исследований в научных изданиях. Преподаватель призван давать установку на творческую работу студента, сообщать не только учебный материал, но и проводить параллель с научными изысканиями.³ Как видно, современные реалии предъявляют очень высокие профессиональные требования к преподавателю.

Однако и это еще не все. Нарастающие темпы информатизации общества в настоящее время отражаются на всех сферах социальных отношений, знаменуя построение в Российской Федерации электронного государства. Данное явление не могло не коснуться образовательной среды и обусловило интенсивное внедрение в процесс обучения информационных технологий — электронных библиотечных систем, электронных учебников, мультимедийного сопровождения лекций и практических занятий, дистанционных методик, образовательных порталов, сетевых систем взаимодействия преподавателей и студентов. Применение передовых средств обучения предполагает соответствующий уровень квалификации преподавательского состава, позволяющий полноценно использовать в своей работе компьютерные знания.

Итак, модернизация образования и науки в перспективе должна привести к повышению качества образования, эффективности научных разработок, рациональному финансированию высших учебных заведений. Вместе с тем, следует допускать известную долю деформации идеальной модели в ходе практического воплощения и сопутствующих ему эксцессов, поэтому новации необходимо вводить разумно и постепенно при условии достаточной информированности и подготовленности к изменениям основных участников процесса оптимизации — преподавателей. К сожалению, суще-

¹ См.: Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года (утверждена распоряжением Правительства РФ №2227-р от 8.12.2011). URL: <http://www.правительство.rf/gov/results/17449>.

² См.: Дородонова Н. В. Публикационная активность ученых — важный критерий оценки качества и результативности исследований // Юридическая наука и правоприменение (V Саратовские правовые чтения): сборник тезисов докладов российской научно-практической конференции (г. Саратов, 1–2 июня 2012 г.) / Отв. ред. О. Ю. Рыбаков. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2012. С. 290.

³ См.: Ростова О. С. Проблемы подготовки научно-педагогических кадров // Юридическая наука и правоприменение (V Саратовские правовые чтения): сборник тезисов докладов российской научно-практической конференции (г. Саратов, 1–2 июня 2012 г.) / Отв. ред. О. Ю. Рыбаков. Саратов: Изд-во ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия», 2012. С. 291.

ствующие показатели индексов научного цитирования пока не дают возможности оценить реальный вклад ученого в науку по той причине, что у значительного числа исследователей отсутствует четкое представление о как самом индексе, так и о журналах, входящих в данные информационные системы, особенно международные. Не приходится игнорировать еще одно негативное явление, искажающее объективность публикационной активности автора и выражающееся в неоднократном опубликовании идентичного материала в нескольких изданиях под разными названиями. В этом смысле стремление к высоким цифрам способно привести к искусственному «выполнению плана», когда количество не переходит в качество. Создание качественного продукта интеллектуального труда, основанного на серьезной эмпирической базе, требует больших временных затрат, и, естественно, не может быть многотиражным.

Тенденция омоложения научных кадров, безусловно, носит позитивный характер, обеспечивая приток свежих идей и решений, однако немаловажно сохранять накопленный десятилетиями опыт теоретико-практических изысканий. То же касается и реформирования российского высшего образования. Несмотря на провозглашенное сохранение и развитие достижений и традиций российской высшей школы в мировую систему высшего образования, происходящие изменения по имплантации двух циклов обучения (степень бакалавра, степень магистра) и смене образовательной парадигмы, настолько кардинальны, что вызывают опасения.

С одной стороны, новаторский компетентностный подход подразумевает освоение обучаемыми способов деятельности, способов продуктивного решения проблем¹. В соответствии с государственным образовательным стандартом выпускник юридического вуза (бакалавр) должен обладать широким набором компетенций в различных профессиональных сферах: нормотворческой, правоприменительной, правоохранительной, экспертно-консультационной, педагогической.² Внедрение новых образовательных программ требует разработки методик преподавания, не только стимулирующих студента к получению знаний, но и развивающих креативное мышление, способность к самостоятельной работе, и, главным образом, способствующих овладению практическими навыками. В связи с этим, широко распространение получают имитационные методики, позволяющие реконструировать производство отдельных процессуальных действий или полностью модельное судебное заседание по разбирательству гражданского дела в суде первой инстанции.

С другой стороны, на настоящем этапе апробация прогрессивных форм обучения происходит стихийно и в немалой степени зависит от готовности преподавателя к инновациям, его желания и возможности оттачивать свое профессиональное мастерство. С целью упорядочивания процесса модернизации образования Стратегия инновационного развития Российской Федерации на период до 2020 года предусматривает создание сети консультационно-методического сопровождения профессиональной деятельности педагогов (в том числе, с использованием механизма сетевых профессиональных сообществ). До осуществления этих планов преподаватели вынуждены разрабатывать различные авторские методики с той или иной степенью эффективности. Разрозненность в выборе средств и методов обучения является дестабилизирующим фактором образовательного процесса. Кроме того, Н. И. Дорохов видит угрозу безопасности образования в России в отказе от фундаментальных, методологических принципов формирования модели образования личности, построенной на знаниях, умениях и навыках, в пользу схематического освоения учебного материала посредством тестовых, компьютерных или методик угадывания.³

Помимо изложенных проблем реформирования юридического образования и науки, есть еще целый ряд немаловажных обстоятельств, которые нельзя не учитывать. Это последствия укрупнения вузов, замены печатных учебников электронными, и др. Обдумывание нюансов образовательной политики позволит избежать неоправданных экспериментов и прогнозируемых ошибок.

¹ См.: Кашапов М. М. Психология творческого мышления профессионала. М.: ПЕРСЭ, 2006. С. 487.

² См.: Федеральный государственный образовательный стандарт Высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр») (утвержден приказом Министерства образования и науки РФ от 4 мая 2010 г. №464).

³ См.: Дорохов В. Н. Безопасность образования: постановка проблемы // Россия и мировое образовательное пространство IV Международная научная конференция / Сост. А. В. Аверин, Н. И. Дорохов и др. М.: МИЭМП, 2008. С. 237.

ЛИЦА, НЕ ПРИВЛЕЧЕННЫЕ К УЧАСТИЮ В ДЕЛЕ, ВОПРОС О ПРАВАХ И ОБЯЗАННОСТЯХ КОТОРЫХ БЫЛ РАЗРЕШЕН СУДОМ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

ДЖАНИКЯН Маринэ Варужановна,

старший преподаватель кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Федеральный закон от 9 декабря 2010 г. №353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»¹, вступивший в силу с 1 января 2012 г., существенно изменил правила производства в суде апелляционной, кассационной, надзорной инстанции, а также пересмотра по вновь открывшимся или новым обстоятельствам судебных постановлений, вступивших в законную силу.

В соответствии со ст. 320 Гражданского процессуального кодекса РФ² в редакции Закона от 9 декабря 2010 г. право апелляционного обжалования решения суда в настоящее время принадлежит не только сторонам и другим лицам, участвующим в деле, но также и лицам, которые не были привлечены к участию в деле, и вопрос о правах и об обязанностях которых был разрешен судом. Нормы ГПК РФ, действующие ранее, допускали лиц, которые не были привлечены к участию в деле, лишь в надзорное производство. Такое положение явно не способствовало эффективной и своевременной защите нарушенных прав. В свое время на это обращал внимание Конституционный Суд РФ. В постановлении Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. №1-П по делу о проверке конституционности положений ст. 336 ГПК РФ в связи с жалобами граждан К. А. Инешина, Н. С. Никонова и открытого акционерного общества «Нижекамскнефтехим» было указано, что лица, не участвующие в деле, а потому не знавшие (и не имевшие возможности узнать) о нарушении своих прав состоявшимся судебным актом и лица, участвующие в деле в процедуре надзорного производства оказываются в неординарных временных условиях, учитывая, что пропущенный процессуальный срок может быть восстановлен судом лишь в случае признания причины пропуска уважительной. Это существенно уменьшает степень правового обеспечения реализации права на судебную защиту для данной категории лиц, их права на доступ к правосудию.³

С учетом указанного Конституционным Судом РФ и в целях совершенствования правового регулирования процессуального положения лиц, не привлеченных к участию в деле, вопрос о правах и обязанностях, которых был разрешен судом первой инстанции, законодатель Законом от 9 декабря 2010 г. внес соответствующие изменения в нормы действующего ГПК РФ. Лица, не привлеченные к участию в деле, вопрос о правах и обязанностях которых был разрешен судом, допускаются в процесс как в апелляционной инстанции (ч. 3 ст. 320 ГПК РФ), так и в кассационной (ч. 1 ст. 376 ГПК РФ) и надзорной инстанциях (ч. 1 ст. 391.1 ГПК РФ). Эти изменения полностью соответствуют основным положениям ГПК РФ об обязательности судебных постановлений. В соответствии с ч. 4 ст. 13 ГПК РФ обязательности судебных постановлений не лишает права заинтересованных лиц, не участвовавших в деле, обратиться в суд, если принятым судебным постановлением нарушаются их права и законные интересы. Тем не менее, механизм реализации этого права в полной мере отсутствовал вплоть до 1 января 2012 г.

Нужно отметить, что в Арбитражный процессуальный кодекс РФ⁴ анализируемый институт включался изначально с момента его принятия в 2002 г. АПК РФ предоставляет возможность права апелляционного, кассационного и надзорного обжалования наряду с лицами, участвующими в деле, также и иным лицам (ст. 257, 273, 292 АПК РФ). Но, как представляется, законодателю необходимо пойти еще дальше и в целях совершенствования норм ГПК РФ позаимствовать нормы АПК РФ, в частности нормы ст. 42 АПК РФ.

¹Собрание законодательства РФ. 2010. №50. Ст. 6611. Далее — Закон от 9 декабря 2010 г.

²Собрание законодательства РФ. 2002. №46. Ст. 4532 (в ред. от 14.06.12). Далее — ГПК РФ.

³Собрание законодательства РФ. 2006. №10. Ст. 1145.

⁴Собрание законодательства РФ. 2002. Ст. 3012 (в ред. от 25.06.2012 г.). Далее — АПК РФ.

Ст. 42 АПК РФ, расположенная в главе 5 АПК РФ «Лица, участвующие в деле, и иные участники арбитражного процесса» (где даже само название главы следует признать удачным, поскольку оно отражает наличие и иных участников процесса, кроме лиц, участвующих в деле) устанавливает, что лица, не участвовавшие в деле, о правах и об обязанностях которых арбитражный суд принял судебный акт, вправе обжаловать этот судебный акт, а также оспорить его в порядке надзора по правилам установленных АПК РФ. Такие лица пользуются правами и несут обязанности лиц, участвующих в деле.

Обособленной статьи, посвященной этим участникам, в ГПК РФ нет. Нормы о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, в ГПК РФ также отсутствуют.

Некоторые разъяснения о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, даны в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2012 г. №13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции»¹.

В соответствии с п. 1 указанного постановления Пленума Верховного Суда РФ необходимо обратить внимание судов на то, что в силу ч. 4 ст. 13 и ч. 3 ст. 320 ГПК РФ лица, не привлеченные к участию в деле, вправе обжаловать в апелляционном порядке решение суда первой инстанции в случае, если данным решением разрешен вопрос об их правах и обязанностях, то есть они лишаются прав, ограничиваются в правах, наделяются правами и (или) на них возлагаются обязанности. При этом такие лица не обязательно должны быть указаны в мотивировочной и (или) резолютивной частях судебного постановления.

Правом апелляционного обжалования обладают также не вступившие в процесс при рассмотрении дела в суде первой инстанции правопреемник лиц, участвующих в деле.

Апелляционная жалоба может быть подана как самим лицом, не привлеченным к участию в деле, вопрос о правах и обязанностях которого был разрешен судом, так и его надлежаще уполномоченным представителем (ст. 48 ГПК РФ) либо законным представителем (ст. 52 ГПК РФ). Полномочия представителя на подачу апелляционной жалобы должны быть оформлены в соответствии со ст. 53, 54 ГПК РФ.

Для лиц, не привлеченных к участию в деле, первостепенное значение приобретает срок обращения с ходатайством о восстановлении срока апелляционного обжалования, поскольку они не были осведомлены о рассмотрении спора в суде первой инстанции. П. 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ разъясняет, что при решении вопроса о восстановлении срока апелляционного обжалования лицом, не привлеченным к участию в деле, о правах и обязанностях которых судом принято решение, судам первой инстанции следует учитывать своевременность обращения таких лиц с заявлением (ходатайством) о восстановлении срока. Этот срок определяется ст. 321, 332 ГПК РФ, т.е. равен одному месяцу, который исчисляется с момента, когда они узнали или должны были узнать о нарушении их прав и (или) возложении на них обязанностей обжалуемым судебным постановлением.

Апелляционная жалоба, поданная лицом, не привлекаемым к участию в деле, должна содержать обоснование нарушения его прав и (или) возложения на него обязанностей. При отсутствии такого обоснования суд первой инстанции в соответствии с ч. 1 ст. 323 ГПК РФ оставляет апелляционную жалобу без движения, назначив разумный срок для исправления недостатков.

По общему правилу, установленному ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ, суд апелляционной инстанции не принимает и не оценивает дополнительные доказательства. Дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обоснует невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными. Однако в отношении лиц, не привлеченных к участию в деле, постановление Пленума Верховного Суда РФ дает иное разъяснение. Не привлеченные к участию в деле лица, вопрос о правах и обязанностях которых разрешен судом, вправе в апелляционной жалобе ссылаться на любые дополнительные (новые) доказательства, которые не были предметом исследования и оценки в суде первой инстанции, поскольку такие лица были лишены возможности реализовать свои процессуальные права и обязанности при рассмотрении дела в суде первой инстанции. Представляется, что правило о рассмотрении дополнительных (новых) доказательств, представленных лицами, не привлеченными к участию в деле, должно быть закреплено в ГПК РФ, поскольку оно кардинально иное и не совпадает с общими нормами доказывания в суде апелляционной инстанции.

В соответствии с ч. 6 ст. 327 ГПК РФ в суде апелляционной инстанции не применяются правила о соединении и разъединении нескольких исковых требований, об изменении предмета или основания иска, об изменении размера исковых требований, о предъявлении встречного иска, о замене ненадлежащего ответчика, о привлечении к участию в деле третьих лиц.

¹ Российская газета. 2012. №147 (5820). Далее — постановление Пленума Верховного Суда РФ.

Если лица, не привлеченные к участию в деле, подают апелляционную жалобу и допущены в процесс, то в нем они должны занять определенное процессуальное положение. Но ГПК РФ прямо не указывает их процессуальное положение. Как видно из норм ч. 6 ст. 327 ГПК РФ закон устанавливает ограничения, касающиеся новых фигур в процессе. Однако, как разъяснено в п. 22 постановления Пленума Верховного Суда РФ, ограничения, предусмотренные ч. 6 ст. 327 ГПК РФ не распространяются на случаи, когда суд апелляционной инстанции в соответствии с ч. 4 и 5 ст. 330 ГПК РФ переходит к рассмотрению дела по правилам производства в суде первой инстанции. К одним из безусловных оснований для отмены решения суда первой инстанции относятся случаи принятия судом решения о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, что указано в п. 4 ч. 4 ст. 330 ГПК РФ. Из указанного следует прийти к определенным выводам. Во-первых, допуск в процесс в суде апелляционной инстанции лиц, ранее не привлеченных к участию в деле, обязывает суд апелляционной инстанции рассматривать дело по существу по правилам производства в суде первой инстанции. Во-вторых, лица ранее не привлеченные к участию в деле могут участвовать в процессе заняв положение ответчика или третьего лица, поскольку именно в отношении их ч. 6 ст. 327 ГПК РФ устанавливает ограничения, а постановление Пленума Верховного Суда РФ снимает эти ограничения.

Принятие судом решения о правах и об обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле (п. 4 ч. 4 ст. 330 ГПК РФ), наряду с иными нарушениями норм процессуального права, не могут быть отнесены к формальным (п. 39 постановления Пленума Верховного Суда РФ).

В соответствии со ст. 331 ГПК РФ правом на подачу частной жалобы на определение суда первой инстанции обладают стороны и другие лица, участвующие в деле. В этой статье нет никаких указаний в отношении лиц, не привлеченных к участию в деле. П. 47 постановления Пленума Верховного Суда РФ разъясняет, что названные лица также вправе подать частную жалобу на определение суда первой инстанции. Представляется, что в ГПК РФ должно быть прямо предусмотрено право лиц, не привлеченных к участию в деле, подать частную жалобу на определение суда первой инстанции.

Таким образом, правовое положение лиц, не привлеченных к участию в деле, еще нуждается в изучении и уточнении, поскольку являются гарантией реализации конституционного права на судебную защиту (ст. 46 Конституции РФ).

ПОРЯДОК ПРИВЕДЕНИЯ К ПРИНУДИТЕЛЬНОМУ ИСПОЛНЕНИЮ РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА В XIX–XX ВЕКАХ

ЗАЙЦЕВ Алексей Игоревич,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Впервые порядок приведения к принудительному исполнению решения третейского суда в нашей стране получил нормативное закрепление в ходе судебной реформы XIX века.

В 1864 г. в Уставе гражданского судопроизводства (далее — УГС — авт.) впервые в отечественной законодательной практике нашло нормативное закрепление положение о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

В ст. 1395 УГС отмечалось, что «Решение Третейского Суда приводится в исполнение на общем основании», а также, что на решение третейского суда «Исполнительный лист выдается Мировым Судьей или судом, которому на решение Третейского Суда предоставлено»¹.

В.Л. Исаченко писал: «на соответствующие коронные суды возлагается обязанность приводить в исполнение решения ... третейских судов на общих основаниях, т.е. так, как они приводят в исполнение свои собственные решения»². В то же время следует отметить, что еще в 1854 г. нормами Положения «О разборе поземельных сервитутных дел в казенных имениях Прибалтийских губерний»

¹ См.: Высочайше утвержденный 20.11.1864 г. «Устав гражданского судопроизводства» // Полное собрание законов Российской Империи (далее ПСЗ — авт.). Собрание второе. Т. 39. Отделение второе. 1864. СПб, 1836. №41477.

Шрифт, орфография и пунктуация в названиях научных трудов и нормативных актов здесь и далее даются в соответствии с текстом первоисточников — авт.

² Исаченко В. Л. Русское гражданское судопроизводство. Практическое руководство для студентов и начинающих юристов. Т. 1. Судопроизводство исковое. Издание третье, дополненное. СПб, 1910. С. 229.

(ст. 97) была предусмотрена передача решения третейского суда вместе с делом «... в Палату Государственных Имуществ для немедленного приведения в исполнение ...»¹.

И после принятия УГС указанный механизм приведения к принудительному исполнению решения третейского суда был сохранен. Так, в 1866 г. Положением «О сельских обществах ... в Бакинской губернии» было закреплено правило, согласно которому решения третейского суда «... приводятся в исполнение сельским старшиною ...»², то есть без предварительной выдачи государственным судом исполнительного листа.

Фактически как минимум два нормативных акта второй половины XIX века наделяли решение третейского суда исполнительной силой и допускали его принудительное исполнение без какого-либо предварительного подтверждения или санкционирования со стороны государственной судебной системы.

В 1892 г. ст. 8 Приложения «О круге ведомства мировых судей в Бухарском Ханстве ...» на Российского Политического агента в Бухаре была возложена обязанность выдачи по просьбе истцов исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов³.

В следующем году данная обязанность получила закрепление в ст. 4 Высочайше утвержденного мнения Государственного Совета⁴.

Дальнейшее развитие анализируемый вопрос получил в Декрете ВЦИК «О третейском суде» 1918 г., согласно которому для получения исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда необходимо было обратиться в местный суд, предварительно уплатив причитающуюся государственную пошлину⁵.

Подобный подход с позиции тотального контроля за деятельностью третейских судов продолжал существовать и позднее. Характерной в данном аспекте представляется позиция В.И. Ленин, изложенная в рекомендации, Д.И. Курскому в связи с работой последнего над первым советским гражданским кодексом. Он писал: «Мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное ... Отсюда — расширять применение государственного вмешательства в «частноправовые» отношения; расширить право государства отменять «частные» договоры ...»⁶.

¹ См. подробнее: Высочайше утвержденное 26.05.1854 г. Положение «О разборѣ поземельныхъ и сервитутныхъ дѣлъ в казенныхъ имѣніяхъ Остзейскихъ губерній» // ПСЗ. Собрание второе. Т. 29. Отдѣление первое. 1854. СПб, 1855. №28297.

² Высочайше утвержденное 28.09.1866 г. Положение «О сельскихъ обществахъ, ихъ общественномъ управленіи и повинностяхъ государственныхъ и общественныхъ въ Бакинской губерніи» // ПСЗ. Собрание второе. Т. 41. Отдѣление второе. 1866. СПб, 1868. №43678.

³ См. подробнее: ст. 8 Приложение къ статьѣ 117 (прим.) Положеніе объ управленіи Туркестанскаго края 1892 г. — «О кругѣ вѣдомства Мировыхъ Судей въ Бухарскомъ Ханствѣ, Самаркандскаго Окружнаго Суда и Россійскаго Политическаго Агента въ Бухарѣ по возникающимъ въ предѣлахъ Бухарскаго Ханства судебнымъ дѣламъ» / Сводъ Законовъ Россійской Имперіи въ пяти книгахъ / Подъ редакціею и съ примѣчаніями И. Д. Мордухай-Болтовскаго. Кн. 1. Т. 2. СПб, 1912. С. 443.

⁴ См. подробнее: Высочайше утвержденное 15.03.1893 г. мнѣніе Государственнаго Совѣта «Объ измѣненіи круга вѣдомства по судебнымъ дѣламъ Мироваго Судьи въ городѣ Новомъ-Чарджуѣ и Россійскаго Политическаго Агента въ Бухарѣ» // ПСЗ. Собрание третье. Т. 13. Отдѣление первое. 1893. СПб, 1897. №9424.

⁵ См. подробнее: ст. 7 Декретъ ВЦИК (Декретъ о третейскомъ суде) от 16.02.1918 г. / Декреты Советской власти. Т. 1. 25.10.1917 г. 16.03.1918 г. М., 1957. С. 476–478.

⁶ Ленин В. И. О задачахъ наркомюста в условияхъ новой экономической политики: Письмо Д. И. Курскому. 1922 г. ПСС. Издание пятое. Т. 44. М., 1964. С. 398. И в настоящее время в отдельных случаях подобные тенденции все еще сохраняются. Так, З. Х. Баймолдина пишет: «Желание государства Казахстан ... к все большему вмешательству в частноправовые отношения проявляется особенно ярко в области урегулирования конфликтов ... государство пытается максимально расширить пределы своего вмешательства в инфраструктуру конфликтных отношений и их разрешения». Баймолдина З. Х. Проблемы третейского суда в Казахстане / Третейский суд в Казахстане: проблемы правового регулирования. Материалы международной научно-практической конференции. Астана, 3.02.2003 г. / Отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы, 2003. С. 72.

Поддержав указанную идею Д.И. Курский отмечал: «Наше обязательственное право, его основная особенность и будет состоять в том, что интересы государства должны превалировать над интересами ограждения личных прав отдельных граждан ... Соглашение, предусматривающее отказ сторон от права обращаться в суд (имеется в виду третейское соглашение — авт.), является недействительным. Только общий порядок, по которому суд может здесь сказать свое веское слово, только такой порядок может уточнить отношения. ...»¹.

С принятием в 1923 г. ГПК РСФСР порядок приведения к принудительному исполнению решений третейских судов получил дальнейшее нормативное закрепление. Как отмечал Г. Рыдзюнский, решения третейских судов в случае неисполнения в добровольном порядке для принудительного исполнения должны были представляться «предварительно в народный суд, в районе которого имел пребывание данный третейский суд ... и только на основании листа, выданного судом, решение подлежит исполнению»².

Решая в соответствии со ст. 201 ГПК РСФСР 1923 г. вопрос о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, судья государственного суда был наделен полномочиями на проведение проверки соответствия данного решения закону и требованиям, установленным для третейских судов. Если по результатам проверки судья выносил определение об отказе в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, на него могла быть в соответствии со ст. 203 ГПК РСФСР 1923 г. подана частная жалоба в губернский суд. Решения третейских судов в соответствии с п. «е» ст. 255 ГПК РСФСР 1923 г. подлежали исполнению наравне с решениями государственных судов.

Аналогичное правомочие государственного суда закреплялось и в ст. 4 Постановления ВЦИК и СНК от 29.12.1924 г. «Третейские суды в Якутской АССР»³. В этом нормативном акте кроме того предусматривалось, что в случае отказа государственного судьи в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда заинтересованная сторона спорного правоотношения могла обратиться за защитой нарушенного права в государственный суд.

В 1928 г. ст. 46 Правил «О примирительно-третейском и судебном рассмотрении трудовых конфликтов» была предусмотрена возможность приведения к принудительному исполнению решений специализированных третейских судов по трудовым спорам — эти решения приводились «... в исполнение в принудительном порядке по выдаваемым органами труда документам, имеющим силу исполнительного листа»⁴. Аналогичные положения содержались и в Постановлениях НКТ СССР №723 и №724⁵.

Таким образом, в тридцатые гг. XX века в нашей стране параллельно существовали два механизма приведения к принудительному исполнению решений третейских судов: 1) на основании исполнительных листов, выдаваемых государственными судами и 2) на основании документов, выдаваемых органами труда.

С 1.05.1962 г. СССР были введены в действие «Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик»⁶, в соответствии со ст. 58 которых исполнение решений третейских судов должно было производиться в порядке, установленном для исполнения решений государственных судов. Данное положение было сохранено и в нормах ГПК РСФСР 1964 г. (ст. 338). В 1964 г. с принятием ГПК РСФСР и, в качестве приложения №3 к нему, Положения «О третейском суде», в ст. 17 последнего был сохранен механизм принудительного исполнения решения третейского суда на основании исполнительного листа, выданного государственным судом⁷.

¹ Курский Д. И. Об основных имущественных правах / Доклад на III сессии ВЦИК 15.05.1922 г. / На путях развития советского права: Статьи и речи 1919–1926. М., 1927. С. 60–69.

² Рыдзюнский Г. Исполнение судебных решений по гражданскому процессуальному кодексу РСФСР (ст. 155–316). М., 1927. С. 8.

³ См. подробнее: ст. 4 Постановления ВЦИК и СНК от 29.12.1924 г. «Третейские суды в Якутской АССР» // *Собрание узаконений*. 1925. №4.

⁴ См.: Постановление ЦИК и СНК СССР №495 об утверждении «Правил о примирительно-третейском и судебном рассмотрении трудовых конфликтов» // *СЗ СССР*. 1928. №56. Ст. 495, 496.

⁵ См.: Постановления НКТ СССР: №723 об утверждении «Положения о примирительных камерах и третейских судах для разрешения трудовых конфликтов»; №724 об утверждении «Положения о надзоре за деятельностью расценочно-конфликтных комиссий, примирительных камер и третейских судов» // *Известия НКТ СССР*. 1928. №51–52.

⁶ См.: Основы гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик // *Ведомостях Верховного Совета СССР*. 1961. №50. Ст. 526.

⁷ См. подробнее: ГПК РСФСР // *Свод законов РСФСР*. 1988. Т. 8. С. 175.

В 1975 г. в ст. 16 Положения «О третейском суде для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями» был предусмотрен механизм выдачи приказа (исполнительного листа — авт.) на принудительное исполнение решения третейского суда «... арбитражным органом в том же порядке, в котором выдаются приказы на исполнение решений арбитражного органа»¹.

Как отмечает М. И. Клеандров, в случае неисполнения ответчиком решения третейского суда в установленный срок истец мог обратиться в Государственный арбитраж по месту хранения дела, «с заявлением о выдаче исполнительного приказа на принудительное исполнение решения»². В подобной ситуации компетентный Государственный арбитраж выдавал приказ на принудительное исполнение решения третейского суда в том же порядке, что и приказ на принудительное исполнение своих решений. Данный приказ исполнялся по общим правилам исполнительного производства³.

В ст. 157 АПК РСФСР 1992 г., базировавшегося на предыдущих нормативных актах, закреплялось положение, согласно которого в случае невыполнения ответчиком решения третейского суда в установленный срок приказ на принудительное его исполнение решения выдается Высшим арбитражным судом республики в составе РФ, краевым, областным, городским арбитражным судом, арбитражным судом автономной области, автономного округа, на территории которых находится третейский суд⁴.

В том же 1992 г. несколько позже было принято Постановление Верховного Совета РФ №3115–1 «Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров», вследствие чего ст. 157 АПК РФ (1992 г.) фактически перестала действовать.

Указанным «Временным положением ...» детально регламентировалась процедура рассмотрения и разрешения споров, вытекающих из гражданских правоотношений и подведомственных арбитражному суду, в третейских судах, а также их взаимодействие с арбитражными судами — получение приказов / исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов.⁵

И после принятия АПК РФ 1995 г. приоритетным в области нормативного регулирования взаимодействия арбитражных и третейских судов продолжало оставаться «Временное положение ...», на что указывалось в ст. 7.1 ФЗ от 5.05.1995 г. №71-ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации»⁶. В этой связи в АПК РФ 1995 г. отсутствовали специальные нормы, регламентирующие порядок приведения к принудительному исполнению решений третейских судов.

Анализируемое «Временное положение ...» действовало вплоть до 2002 г. — до принятия ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».

Таким образом, на протяжении последних почти 150 лет в нашей стране нормативно закреплено положение, согласно которому для приведения решения третейского суда к принудительному исполнению необходимо получение исполнительного листа в государственном суде. Существовавшие параллельно с этим иные способы со временем утратили свое значение и были нормативно аннулированы.

¹ См. подробнее: ст. 16 Положения «О третейском суде для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями» / Постановление Госарбитража СССР от 30.12.1975 г. №121 об утверждении Положения «О третейском суде для разрешения хозяйственных споров между объединениями, предприятиями, организациями и учреждениями» // Бюллетень нормативных актов министерства и ведомств СССР. 1976. №6.

² Клеандров М. И. Третейские суды по разрешению экономических споров. М., 2000. С. 7.

³ Аналогичный порядок получения исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и механизм его приведения в исполнение с незначительными редакционными изменениями включались в последующие нормативные акты, регламентирующие третейское судопроизводство и сохранились до наших дней — авт.

⁴ См. подробнее: ст. 157 АПК РСФСР от 5.03.1992 г. №2447–1 // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ от 16.04.1992 г. №16. Ст. 836.

⁵ См. подробнее: Постановление Верховного Совета РФ от 24.06.1992 г. №3115–1 «Об утверждении Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров» // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ от 30.07.1992 г. №30. Ст. 1790.

⁶ См. подробнее: ФЗ «О введении в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» от 5.05.1995 г. №71-ФЗ // СЗ РФ. 8.05.1995. №19. Ст. 1710.

О СООТНОШЕНИИ ПРЕДУСМОТРЕННЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РФ НЕСУДЕБНЫХ СПОСОБОВ УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ

НЕВСКИЙ Игорь Александрович,

к.ю.н., преподаватель кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В настоящее время, а именно по состоянию на конец 2012 года, российская правоприменительная практика знает следующие правовые способы урегулирования гражданско-правовых разногласий между субъектами права: судопроизводство в судах и арбитражных судах, третейское разбирательство и процедура медиации.

Кроме того, представляется целесообразным отдельно упомянуть мировое соглашение как особого рода сделку и досудебный (претензионный) порядок урегулирования спора.

О судебных посредниках в данном случае речь не пойдет, поскольку вопрос об учреждении данного института на данный момент не решен.

Каждый из указанных способов представляет собой составную часть гражданского процесса как процесса защиты гражданских прав; каждый из упомянутых способов, при сохранении своей самостоятельности, тесным образом взаимосвязан с другими. Однако, особенностью российской правовой системы является то, что в конечном итоге несудебные способы урегулирования споров находятся в излишней зависимости от суда.

Очевидно, что абсолютно все без исключения аспекты затронутой проблематики осветить в формате настоящей статьи невозможно, поэтому остановимся лишь на некоторых из них, которые на взгляд автора носят наиболее острый характер.

Разница в подходах к альтернативным способам урегулирования гражданско-правовых конфликтов наиболее выпукло проявила себя в ходе Всемирной конференции по процессуальному праву «Гражданский процесс в межкультурном диалоге: евразийский контекст», которая прошла в Москве 18–21 сентября 2012 года. В целом следует отметить принципиально различную риторику в рассуждениях зарубежных авторов и виднейших отечественных процессуалистов. И касалось это не только вопросов медиации как относительно нового правового явления для России, но и более привычного третейского разбирательства.

Зарубежные процессуалисты (Оскар Чейз и Джером Коэн из Нью-Йоркского университета, Винченцо Варано и Алессандро СимоНИИ из Флорентийского университета, Керри Менкель-Мидоу из университета Джорджтауна) привычно классифицируют два порядка урегулирования спора — формальный (судебный) и неформальный. На что представители МГУ (Наталья Бочарова) отзываются некоторым сомнением: если процедура несудебного урегулирования спора не носит формального характера, то на что тогда принимаются нормативные акты, формализующие эту самую процедуру. Значит, процедура медиации носит в этом смысле вполне формализованный характер, другое дело, что в ходе этой процедуры, по общему правилу, суду нет места.

Ввиду того, что «неформальные» способы урегулирования споров наиболее традиционны для западной правовой культуры, целесообразно обратить внимание на положительные их черты, выделяемые западными же процессуалистами:

Итак, альтернативные процедуры

- снижают нагрузку на государственную судебную систему;
- обеспечивают более дешевый и скорый способ урегулирования спора;
- обеспечивают возможность прямого и непосредственного участия сторон в разбирательстве их дела, дают им возможность предложить компромиссный вариант решения проблемы.

Констатируется преимущественно добровольный характер несудебных процедур, хотя проф. Нил Эндрюс (Кембриджский университет) указывает на ряд примеров из практики, когда английские судьи привлекали к ответственности сторону, которая необоснованно игнорировала предложение судьи обратиться к независимым посредникам.

Вместе с тем, как это ни странно, представители западной правовой культуры признают историческое первенство за Востоком. Так, американский профессор Дж. Коэн, доклад которого был посвящен результатам исследования неформальных процедур в Китае, акцентировал внимание на традициях конфуцианства, включающих принципы гармонии и достижения консенсуса при разрешении споров; кроме того, отмечено, что медиация в Японии существует с XII столетия.

В качестве преимуществ государственных судов и одновременно недостатков медиативных процедур исследователи прежде всего отмечают:

- обеспеченность суда силой государственного принуждения;
- в медиативных процедурах усматривается барьер на пути к суду;
- угроза принципам стабильности, ясности и компетентности официальных процедур;
- иногда излишняя гибкость несудебных процедур, если них принимают участие лица с недостаточной квалификацией в соответствующей области.

В целом отношение западных процессуалистов к несудебным процедурам урегулирования споров носит позитивный характер, в них усматривается способ прежде всего разгрузить судебную систему и удешевить разрешение конфликта в целом.

Откровенного негатива в адрес несудебных процедур из уст российских ученых в ходе Конгресса не звучало. Однако, в ходе выступлений таких непререкаемых авторитетов как Суханов Евгений Алексеевич, Мусин Валерий Абрамович, а также проф. Комарова Вячеслава Васильевича, заведующего кафедрой гражданского процесса юридической академии Ярослава Мудрого, звучал скрытый подтекст — снисходительное отношение к медиативным процедурам, лояльность к ним и возложение надежд на эти процедуры в будущем, но на фоне признания их актуальности в настоящем. При этом Комаров В. В., развивая тезисы о критическом отношении к разграничению формальных и неформальных процедур, уделяет особое внимание такому достижению постсоветского государственного правосудия как профессионализм судей и доступность государственного правосудия. Доклады Е.А. Суханова и В.А. Мусина целиком посвящены провозглашению юридической ценности третейского разбирательства дел (арбитража в правильном понимании этого понятия) как воплощению свободного выбора сторон контракта на передачу возможного будущего конфликта профессионалам, имеющим профильное образование и соответствующий уровень квалификации.

Примечательно, что несмотря на то, что в достаточно длительном докладе проф. Е.А. Суханова ни разу не прозвучало слово медиация, все отмеченные им характеристики и проблемы третейского разбирательства в полной мере применимы к медиативному способу разрешения спора. Это и претензии к исполнимости решений третейских судов, и критика отношения самих сторон к результатам разбирательства спора, и констатация наличия целого ряда профанаций процедуры, что приводит к ее дискредитации как таковой в целом. Кроме того, по мнению исследователя, необходимо во-первых, унифицировать законодательство о третейских судах, во-вторых, разрешить судьям, находящимся в отставке, участвовать в составе третейских судов, в-третьих, через ограничение компетенции третейских судов ограничить вмешательство арбитражного суда только в пределах оценки соблюдения третейским судом норм процессуального права.

Констатация революционности для третейского разбирательства Постановления Конституционного суда РФ от 26.05.2011 №10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации», имеет пока лишь косвенное отношение к процедуре медиации. В данном постановлении Конституционный суд России, в ответ на ревностные претензии Высшего арбитражного суда РФ(!), защитил право третейских судов на существование как самостоятельного института в структуре способов разрешения гражданско-правовых споров.

Следует отметить, что в этом смысле третейское разбирательство и процедура медиации являются очень родственными процессуально-правовыми институтами. И, в конечном итоге, именно это родство ставит под сомнение актуальность медиации как самостоятельного института.

Представляется, что уменьшение медиативного способа разрешения споров на сегодня не является допустимым. Вместе с тем, по мнению автора этих строк, следует признать за данным вполне прогрессивным и цивилизованным процессуально-правовым способом юридического уничтожения (предотвращения, пресечения, прекращения и т.д.) спора его уникальное место. Думается, медиация должна оставаться именно неформальным способом урегулирования спора; функции медиаторов должны выполнять адвокаты, юристы, которые представляют ту либо иную сторону в конкретном деле. И в режиме исполнения примирительной функции каждый судебный представитель обязан разъяснять своему доверителю преимущества разрешения спора миром. Собственно, любой добросовестно действующий в интересах своего доверителя судебный представитель и без всякого дополнительного напоминания примет все зависящие от него меры к примирению сторон. Более того, медиативные полномочия уже возложены процессуальным законом не на кого-то, а на суд, которому

прямо вменено в обязанность принимать меры к мирному урегулированию спора (ст. 153 АПК РФ, ст. 150 ГПК РФ).

Исходя из изложенного, следует такой общий вывод. Медиативное разбирательство и третейское разбирательство идеологически очень близки друг к другу, и это родство двух негосударственных процедур ставит под сомнение самостоятельное существование одной из них. В конечном итоге исполнительная сила (при всей условности этого понятия) медиативного соглашения и решения третейского суда поставлена в зависимость от воли арбитражного суда — именно данный государственный орган решает, подлежит ли принудительному исполнению конкретное решение третейского суда и может ли конкретное медиативное соглашение быть оформленным как мировое соглашение.

НОВЕЛЛЫ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПРОИЗВОДСТВА ПО ДЕЛАМ, ВОЗНИКАЮЩИМ ИЗ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

СИМОНЯН Софья Леонидовна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

В правовом регулировании производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, произошли следующие изменения.

1. Перечень дел, рассматриваемых судами общей юрисдикции (ст. 245 ГПК РФ), дополнен такими категориями, как дела по заявлениям о временном размещении иностранного гражданина, подлежащего реадмиссии, в специальном учреждении (абзац 5 ст. 245 ГПК РФ)¹ и дела по заявлениям об установлении, о продлении, досрочном прекращении административного надзора, а также о частичной отмене или дополнении ранее установленных поднадзорному лицу административных ограничений (абзац 6 ст. 245 ГПК РФ)².

Несмотря на то, что данные дела имеют ярко выраженную административную природу, они рассматриваются по общим правилам ГПК РФ с особенностями, предусмотренными гл. 26.1 и 26.2 ГПК РФ, и являются гражданскими делами.

2. ФЗ от 27 июля 2010 г. №228-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс РФ»³ значительно расширена подведомственность экономических споров и других дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений (ч. 1 ст. 29 АПК РФ). Эти дела рассматриваются арбитражным судом независимо от того, являются ли заявителями организации, индивидуальные предприниматели или граждане (ч. 2 ст. 29 АПК РФ). В результате, такой критерий разграничения подведомственности дел между судами общей юрисдикции и арбитражными судами, как субъектный состав спорящих сторон, окончательно утрачивает свое значение. Главным и единственным критерием остается экономический характер спора, возникшего из публичных правоотношений.

По мнению Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова, юрисдикцию арбитражных судов надо передать абсолютно все налоговые, таможенные споры, споры в сфере антимонопольного законодательства, финансового рынка и рынка ценных бумаг, как с участием юридических лиц, так и с участием простых граждан, поскольку процедура рассмотрения дел, возникающих из административных и публичных правоотношений, предусмотренная в АПК РФ, лучше, чем аналогичная процедура в судах общей юрисдикции⁴.

Осуществленные и планируемые изменения в компетенции арбитражных судов вызывают возмущения со стороны ученых, суть которых состоит в том, что назначение этих судов состоит в раз-

¹ В ред. ФЗ от 23.07.2010 №178-ФЗ // Российская газета. 2010. 27 июля.

² В ред. ФЗ от 06.04.2011 №66-ФЗ // Российская газета. 2011. 8 апреля.

³ Российская газета. 2010. 2 авг.

⁴ Прив. по: Куликов В. Судить по-человечески // Российская газета. 2011. 8 апреля; Он же. Защите требуются корочки // Там же. 19 апреля.

решении хозяйственных споров, каковыми дела, возникающие из публичных правоотношений, не являются¹.

Отнесение к подведомственности арбитражных судов дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений (в том числе, с участием граждан), влечет изменение назначения арбитражных судов: из специализированных судов по рассмотрению и разрешению хозяйственных споров, они фактически превращаются в суды общей юрисдикции, что противоречит статье 126 Конституции РФ, которая отнесла соответствующие полномочия к компетенции судов общей юрисдикции.

Представляется, что дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, должны быть изъяты из компетенции арбитражных судов и судов общей юрисдикции и переданы административным судам, появление которых в свете Указа Президента РФ от 7 мая 2012 г. «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»² не за горами.

3. В соответствии с ФКЗ «О судах общей юрисдикции в РФ» от 7 февраля 2011 г.³ в составе Верховного Суда РФ действует Судебная коллегия по административным делам (п. 4 ч. 1 ст. 4).

Компетенция этой коллегии в ФКЗ «О судах общей юрисдикции в РФ» не определена. То, что она будет рассматривать дела по жалобам на постановления об административных правонарушениях, сомнений не вызывает, поскольку данные дела рассматриваются судом общей юрисдикции по правилам КоАП РФ (раздел IV), и являются административными делами. Но произойдет ли перераспределение компетенции на уровне Верховного Суда РФ между Судебной коллегией по гражданским делам и Судебной коллегией по административным делам в отношении дел, возникающих из публичных правоотношений? Будет ли Судебная коллегия по административным делам Верховного Суда РФ рассматривать дела, возникающие из публичных правоотношений, и пересматривать решения нижестоящих судов по данной категории дел, или они будут рассматриваться по-прежнему Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда РФ? Если предположить, что такое перераспределение произойдет, то возникнет следующее противоречие: в районном суде и в суде уровня субъекта РФ (где Судебная коллегия по административным делам не создана), данные дела будут рассматриваться как гражданские дела, а в Верховном Суде РФ — как административные дела.

В целом, появление в составе Верховного Суда РФ Судебной коллегии по административным делам следует расценивать как прогрессивный шаг, как начало создания полноценной системы административных судов. Работа этой коллегии позволит судьям выделить административные дела из общей массы гражданских дел и сосредоточить свое внимание на более качественном их рассмотрении и разрешении.

4. В арбитражном суде в порядке упрощенного производства могут рассматриваться дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, в которых содержится требование имущественного характера при условии, если суд не выделит это требование в отдельное производство (ч. 7 ст. 227 АПК РФ). Таким образом, законодатель предусмотрел возможность рассмотрения исков о возмещении вреда в порядке упрощенного производства по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, что следует расценивать как первый шаг на пути появления в отечественной правовой системе административного иска как способа защиты прав в сфере государственного управления.

К ВОПРОСУ О ПОРЯДКЕ АПЕЛЛЯЦИОННОГО ОБЖАЛОВАНИЯ ОПРЕДЕЛЕНИЙ СУДА ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

СМАГИНА Елена Сергеевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Конституция Российской Федерации гарантирует каждому не подлежащее ограничению право на судебную защиту (ст. 46, ч. 3 ст. 56), в качестве неотъемлемого элемента которого рассматривается право на обжалование судебных постановлений. Отраслевое законодательство, в част-

¹ См.: Жуйков В. М. Проблемы гражданского процессуального права. М.: Городец-издат, 2001. С. 124; Салищева Н., Абросимова Е. Судебное обеспечение административной реформы, или вновь об административной юстиции // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. №5. С. 27.

² Российская газета. 2012. 9 мая.

³ Российская газета. 2011. 11 февраля.

ности гражданское процессуальное, призвано обеспечить эффективный механизм реализации права на обжалование судебных постановлений — установить порядок подачи и рассмотрения жалоб, представлений — на основе неоспоримого приоритета защиты нарушенных или оспоренных прав, свобод и законных интересов граждан. При этом следует учитывать, что оптимальным средством достижения указанной цели является последовательная, своевременная и экономная процессуальная деятельность, правила и ограничения которой далеко не во всех случаях, как неоднократно подчеркивал Конституционный Суд Российской Федерации (Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 г. №2-П; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 1 марта 2012 г. №5-П и др.), могут рассматриваться как умаляющие общее конституционное право на судебную защиту.

Принятие Федерального закона от 9 декабря 2010 г. №353-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» (далее — Закон) ознаменовало новый (самый масштабный и, как представляется, не последний) этап реформирования системы пересмотра судебных постановлений в гражданском процессе. Новеллы ГПК РФ обнаруживают системное изменение подхода законодателя к регулированию институтов апелляционного, кассационного, надзорного производства, пересмотра по вновь открывшимся или новым обстоятельствам судебных постановлений, вступивших в законную силу. При этом в наибольшей степени указанные изменения коснулись апелляционного производства, что в какой-то мере объясняет появление большого количества правоприменительных проблем в данной области (от организационных — создание постоянных судебных присутствий, формирование штата «апелляционных» судей — до сугубо процессуальных). Одной из таких проблем является предусмотренный ч. 2 ст. 333 ГПК РФ порядок рассмотрения судом апелляционной инстанции частной жалобы, представления прокурора на определение суда первой инстанции, не вступившее в законную силу, ставший теперь и предметом рассмотрения органа конституционного контроля.

В соответствии с ч. 2 ст. 333 ГПК РФ частная жалоба, представление прокурора на определение суда первой инстанции, за исключением определений о приостановлении производства по делу, о прекращении производства по делу, об оставлении заявления без рассмотрения, рассматриваются без извещения лиц, участвующих в деле. Этот новый и уникальный для системы российского обжалования и пересмотра судебных постановлений (ранее в ГПК РФ существовала единственная норма ст. 141, предусматривавшая рассмотрение заявления об обеспечении иска в день его поступления в суд без извещения лиц, участвующих в деле) порядок рассмотрения жалоб, воспринятый также в ч. 5 ст. 244³ ч. 5 ст. 244⁴ ГПК РФ, не был обойден вниманием ученых, комментировавших новеллы апелляционного производства в гражданском процессе и оценивших его однозначно негативно¹. Так, Л.Ф. Лесницкая указывает, что такая новелла существенным образом ущемляет права заинтересованных лиц, не позволяя им надлежащим образом реализовать предоставленное Конституцией Российской Федерации право на судебную защиту². Ю.С. Шкудина утверждает, что данное положение нарушает принцип непосредственности гражданского процесса, подразумевающий, что суд при вынесении судебных актов основывается на доказательствах, проверенных и исследованных в заседании суда, а при рассмотрении жалобы без вызова сторон суд лишается такой возможности³. В данном случае, правда, трудно принять в качестве единственного указанный автором аргумент, не учитывая того, что порядок рассмотрения апелляционных жалоб, представлений, предусмотренный абз. 2 ч. 1 ст. 327¹ ГПК РФ, к которому отсылает ст. 333 ГПК РФ, уже существенно ограничивает действие принципа непосредственности при производстве в суде апелляционной инстанции по правилам неполной апелляции, указывая, что дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, не зависящим от него, и суд признает эти причины уважительными. Анализ нововведений ч. 2 ст. 333 ГПК РФ с различных позиций

¹ См.: Лесницкая Л. Ф. Апелляционное производство по гражданским делам в системе судов общей юрисдикции // СПС «Косультант Плюс»; Шкудина Ю. С. Апелляционное производство в гражданском процессе: новеллы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Адвокат. 2012. №4; Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под ред. Н. А. Колоколова; Чурилов Ю. Апелляция по Пленуму // ЭЖ-Юрист. 2012. №27.

² Лесницкая Л. Ф. Апелляционное производство по гражданским делам в системе судов общей юрисдикции // СПС «Косультант Плюс».

³ Шкудина Ю. С. Апелляционное производство в гражданском процессе: новеллы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Адвокат. 2012. №4.

был дан в работе «Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления». Указанные положения рассматриваются как упрощение, ускорение производства, но «упрощение исключительно в интересах суда» (с целью решить проблему перегруженности судов проверочных инстанций: отсутствие лиц, участвующих в деле, упростит рассмотрение частных жалоб, не потребует строгого соблюдения требований гражданской процессуальной формы, сократит трудозатраты судьи или судебного состава), а не лиц, участвующих в деле. В целом авторы приходят к выводу, что рассмотрение частных жалоб на большинство определений, являющихся самостоятельными объектами апелляционного обжалования, в новом порядке искажает сущность апелляционного производства, нарушает право на доступ в суд и на справедливое судебное разбирательство¹.

Полагаем, что при оценке положений ч. 2 ст. 333, ч. 5 ст. 244⁵ и ч. 5 ст. 244⁶ ГПК РФ должна учитываться вся совокупность факторов, предопределяющих, как говорилось выше, достижение цели гражданского судопроизводства — защиты нарушенных, оспоренных прав, свобод и законных интересов граждан. Несомненный приоритет здесь отдается воплощению в нормах ГПК РФ таких фундаментальных прав как право на судебную защиту, право на справедливое судебное разбирательство, включающее право на доступ к суду и право быть выслушанным судом. Однако существенное значение имеет и учет таких факторов (и отнюдь не в критическом смысле, как это сделано в последней из упомянутых работ) как: необходимость оптимизации сроков рассмотрения и разрешения гражданских дел, высокая загруженность судей, отдаленность судов апелляционных инстанций. Нетрудно заметить, что факторы первой и второй группы настолько тесно связаны между собой, что представить себе, к примеру, обеспечение права гражданина на справедливое судебное разбирательство в том смысле, в котором его понимает и Конвенция о защите прав человека и основных свобод и национальное законодательство, без обеспечения разумного срока такого производства невозможно. Поэтому вышеупомянутые реалии функционирования российской судебной системы неизбежно должны приниматься во внимание при создании, применении и оценке правовых норм, предусматривающих порядок реализации основных прав граждан, но только в зависимости от вида и значимости конкретного процессуального действия в ходе такой реализации, его потенциальной способности нарушить эти права.

Применительно непосредственно к апелляционному обжалованию определений суда первой инстанции необходимо констатировать существенно различающийся по правовым последствиям, в том числе по потенциальной способности лишить в частности права на судебную защиту *в целом*, характер определений, подлежащих в силу ч. 1 ст. 331 ГПК РФ обжалованию отдельно от решения. С этих позиций такие определения как, например, определение о восстановлении пропущенного процессуального срока (ст. 112 ГПК РФ), о принятии мер по обеспечению иска (ст. 141 ГПК РФ) значительно менее «деликатознаны», чем, подчеркнем, все определения, преграждающие или исключающие возможность дальнейшего движения дела. К последним, по нашему мнению, должны быть отнесены следующие определения: об отказе в принятии заявления о вынесении судебного приказа (ст. 125 ГПК РФ), об отказе в принятии искового заявления (ст. 134 ГПК РФ), о возвращении искового заявления (ст. 135 ГПК РФ), об оставлении искового заявления без движения (ст. 136 ГПК РФ), о приостановлении производства по делу (ст. 215, 216 ГПК РФ), об оставлении заявления без рассмотрения (ст. 222 ГПК РФ), об отказе в удовлетворении ходатайства об отмене определения об оставлении заявления без рассмотрения по основаниям абз. 7 и абз. 8 ст. 222 ГПК РФ (ст. 223 ГПК РФ), о прекращении производства по делу (ст. 220 ГПК РФ), об отказе в удовлетворении заявления, представления о пересмотре судебных постановлений по вновь открывшимся или новым обстоятельствам (ст. 397 ГПК РФ). Сущность определений данной группы по большому счету заключается в лишении гражданина (по крайней мере, в определенный промежуток времени) права на судебную защиту по конкретному делу. Исходя из этого, апелляционная проверка законности и обоснованности каждого из упомянутых определений имеет принципиальное значение и не позволяет допускать отступления от общего ее порядка, предусматривающего повторное рассмотрение дела по существу, в частности, с обязательным извещением лиц, участвующих в деле, о времени и месте рассмотрения, как порядка, в наибольшей степени гарантирующего полноту и всесторонность такой проверки. Напротив, очевидная, несравнимо меньшая с точки зрения права на судебную защиту, значимость иных, подлежащих отдельно от решения апелляционному обжалованию, определений позволяет учесть и иные имеющие уже неприоритетное значение факторы, как то: сокращение сроков рассмотрения гражданских дел, снижение нагрузки на судей апелляционных инстанций, предоступленная экономия. В данном случае исключения из общего порядка рассмотрения жалоб, представлений судом апелляционной инстанции даже потенциально (в случае оставления неза-

¹ Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под ред. Н. А. Колоколова.

конного и необоснованного определения суда первой инстанции без изменения) не способны лишить заинтересованное лицо права на судебную защиту по данному делу. Процесс будет продолжаться, лица не утрачивают доступ к суду, право быть выслушанными, а в случае с определениями об отказе в признании третьими лицами, отказе в замене правопреемника — у них сохраняется право самостоятельного обращения в суд. Таким образом, на вопрос о принципиальной возможности отступлений от общего порядка апелляционного производства при обжаловании отдельных видов определений суда первой инстанции, исходя из сути этих определений, следует дать положительный ответ.

Далее же оценка соотношения положений ч. 2 ст. 333 ГПК РФ с базовыми вышеобозначенными положениями Конституции РФ лежит также в плоскости соотношения характера таких отступлений (исключений, ограничений) с самой сущностью апелляционного производства.

Из положений главы 39 ГПК РФ можно заключить, что апелляционное производство совмещает в себе черты полной и неполной апелляции¹. Согласно абз. 2 ч. 1 ст. 327 ГПК РФ суд апелляционной инстанции повторно рассматривает дело в судебном заседании по правилам производства в суде первой инстанции с учетом особенностей, предусмотренных гл. 39 ГПК РФ. Наиболее выраженным свойством неполной апелляции является то, что дополнительные доказательства принимаются судом апелляционной инстанции, если лицо, участвующее в деле, обосновало невозможность их представления в суд первой инстанции по причинам, независящим от него (абз. 2 ч. 1 ст. 327.1 ГПК РФ), в суде апелляционной инстанции не применяется ряд правил производства в суде первой инстанции (ч. 6 ст. 327 ГПК РФ). Заметим, что различного рода ограничения в порядке рассмотрения дел вышестоящими судами весьма распространены и в зарубежном законодательстве. Так, по ГПК ФРГ Г апелляционная жалоба является допустимой, если цена предмета обжалования превышает 600 евро (п. 1 ч. 2 § 511 ГПК ФРГ). В Австрии ограничения установлены для кассационного обжалования, кассационная жалоба может быть подана только в том случае, если предмет спора, рассмотренный апелляционным судом, в денежном выражении составляет не менее 4000 евро (ч. 2 § 502 ГПК Австрии). Во Франции по искам и иным требованиям, цена которых не превышает 4000 евро, суд, рассматривающий дело по существу, выносит решение в последней инстанции, то есть исключается обжалование в апелляционном порядке (ст. Р. 311–2, Р. 321–3 Кодекса судебной организации Франции)².

Согласно правовой позиции Европейского Суда по правам человека, отраженной в целом ряде его постановлений, прецедентная практика по ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод не предусматривает тот же уровень гарантий для суда вышестоящей инстанции, как для суда первой инстанции (Постановление Европейского суда от 19 февраля 1996 г. по делу «Боттен против Норвегии» (Botten v. Norway), § 39, Reports of Judgments and Decisions 1996-I). В частности, если публичное слушание дела было проведено в суде первой инстанции, менее строгий стандарт применяется в вышестоящем суде, в котором отсутствие такого слушания может быть оправданным специфическим характером такого разбирательства, полномочиями суда, обеспечением надлежащей возможности заинтересованному лицу представить свои интересы в суде первой инстанции, характером рассматриваемого вопроса (см., например, Постановление Европейского суда от 29 октября 1991 г. по делу «Хельмерс против Швеции» (Helmers v. Sweden), Постановление Европейского суда от 2 марта 1987 г. по делу «Моннелл и Моррис против Соединенного Королевства» (Monnell and Morris v. United Kingdom), и Постановление Европейского суда от 23 февраля 1994 г. по делу «Фредин против Швеции» (Fredin v. Sweden). При оценке приведенных положений в литературе подчеркивается, что в международном праве признается возможность исключить публичное разбирательство, если оно может нарушить (в силу особых обстоятельств) интересы правосудия³.

Таким образом, наличие ограничений порядка апелляционного обжалования не противоречит сути апелляционного производства (смешанной модели апелляции — полной и неполной) и признается как российскими, так и зарубежными законодателями и правоприменителями. Однако помимо объективных оснований введения таких ограничений, таких как объем и пределы повторного рассмотрения, полномочия суда апелляционной инстанции, обязательному, приоритетному учету подлежат существо рассматриваемого судом вопроса, и его значение для заявителя в каждом конкретном случае.

¹ К аналогичному выводу на основании проекта Закона приходил Р. Е. Шакирьянов, см., например: Шакирьянов Р. Е. Основания направления гражданских дел судами апелляционной инстанции на новое рассмотрение мировым судьям // Российская юстиция. 2010. №10. С. 7–11.

² Оптимизация гражданского правосудия / Под ред. В. В. Яркова. М., 2007.

³ Аносова Л. С., Агальцова М. В. Гласность судебных заседаний: российский опыт через призму Европейской Конвенции по правам человека // Конституционное и муниципальное право. 2012. №3.

Именно такая трактовка положениям ч. 2 ст. 333 ГПК РФ была дана в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 июня 2012 г. №13 «О применении судами норм гражданского процессуального законодательства, регламентирующих производство в суде апелляционной инстанции» (далее — Постановление), п. 48 которого устанавливает, что суд апелляционной инстанции в соответствии с ч. 2 ст. 333 ГПК РФ рассматривает частную жалобу, представление прокурора на определение суда первой инстанции без извещения лиц, участвующих в деле, в судебном заседании с обязательным ведением протокола по правилам, предусмотренным главой 21 ГПК РФ. В то же время с учетом характера и сложности разрешаемого процессуального вопроса, а также с учетом доводов частной жалобы, представления прокурора суд апелляционной инстанции вправе по своей инициативе вызвать лиц, участвующих в деле, в судебное заседание. Кроме того, в упомянутом Постановлении подчеркивается на необходимость обратиться внимание судов на то, что в соответствии со статьями 14 и 16 Федерального закона от 22 декабря 2008 года №262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации» информация о времени и месте рассмотрения частной жалобы, представления прокурора на определение суда первой инстанции должна размещаться на интернет-сайте суда апелляционной инстанции, а также в занимаемых судом апелляционной инстанции помещениях независимо от того, в каком порядке будут рассматриваться частная жалоба, представление прокурора (с извещением лиц, участвующих в деле, или без их извещения).

Нетрудно заметить, что в данном случае (далеко не единичном) Верховный Суд Российской Федерации в своих разъяснениях фактически формирует новое, принципиально отличающееся от положений нормативного акта, правило. Установления ч. 2 ст. 333 ГПК РФ сформулированы в категорической форме, и их буквальное толкование не предполагает по усмотрению суда извещение лиц, участвующих в деле, о рассмотрении частной жалобы, представления на определения (кроме трех указанных в норме определений) с учетом характера и сложности разрешаемого процессуального вопроса, доводов частной жалобы, представления прокурора или с учетом каких либо иных обстоятельств. Безусловно, такие положения Постановления вызваны необходимостью привести в соответствие на правоприменительном уровне норму ч. 2 ст. 333 ГПК РФ с вышеприведенными принципами и нормами международного и российского права, устанавливающими приоритетность защиты неотъемлемых прав человека. Однако на уровне нормативном это проблему не разрешает, исходя из сущности и значения постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации как правоприменительных актов, не устраняет вопрос о соответствии положений ч. 2 ст. 333 ГПК РФ Конституции, ее статьям 19 (части 1 и 2), 45 (часть 2), 46 (часть 1), 55 (части 2 и 3).

Кроме того, разъяснения, данные в Постановлении, порождают и целый ряд новых проблем, также непосредственно связанных с основными конституционными правами граждан. В частности встает закономерный вопрос о характере извещения посредством размещения на интернет-сайте суда апелляционной инстанции, а также в занимаемых судом апелляционной инстанции помещениях информации о времени и месте рассмотрения частной жалобы, представления прокурора. При этом Постановление предусматривает, что суд по своей инициативе, учитывая характер и сложность разрешаемого процессуального вопроса, а также с учетом доводов частной жалобы, представления прокурора вправе вызвать лиц, участвующих в деле, в судебное заседание. Очевидно, в этом случае уведомление будет происходить «традиционными» способами. Соответственно, размещение информации на сайтах и в помещениях судов как единственный способ получения сведений о времени и месте рассмотрения частной жалобы, представления используется в случаях, когда суд пришел к выводу об отсутствии необходимости извещать лиц, участвующих в деле, и, таким образом, не может рассматриваться как извещение вообще, а как надлежащее извещение — тем более. Принимая во внимание основной критерий надлежащего извещения — обеспечение фиксации судебного извещения и факта его вручения адресату (ч. 1 ст. 113 ГПК РФ) — информацию на сайтах и в помещениях судов нельзя признать надлежащим извещением лиц, участвующих в деле. Кроме того, следует учитывать и объективные затруднения ознакомления с такого рода обращениями (с использованием технических средств) в одном случае, а также территориальную доступность и режим работы судов — в другом.

Далее, совершенно закономерно следует вопрос о том, вправе ли лицо, своевременно узнавшее из размещенной информации о времени и месте судебного заседания и явившееся в суд, принять в нем участие. Нам представляется, что право лица быть извещенным судом о времени и месте судебного заседания и его право на личное участие в этом заседании, гарантированное ст. 35 ГПК РФ — тесно связанные, но не идентичные правовые институты. Так, праву на извещение корреспондирует обязанность суда надлежащим образом известить заинтересованное лицо, а праву на участие в судебном

заседании — обязанность суда допустить это лицо в зал судебных заседаний. В данном случае ссылка суда на неизвещение лица как на основание недопуска в зал судебных заседаний не будет иметь правовых мотивов, и в условиях физического присутствия лица будет выглядеть просто абсурдно. Правовые позиции Европейского Суда по правам человека также различают право на извещение лица и право на личное участие в судебном заседании, критично оценивая действия суда по недопуску в зал заседаний явившихся без соответствующего извещения лиц (Постановление Европейского суда по правам человека от 25.10.2007 по делу Лебедев против Российской Федерации (Lebedev v. Russia)). Кроме того, следует обратить внимание на то, что термин «извещение», исходя из его буквального толкования (известить — сообщить кому-нибудь, довести до чьего-нибудь сведения)¹¹, а также из содер­жательного значения, вкладываемого в него гл. 10 ГПК РФ, которая различает судебные извещения лиц, участвующих в деле, и вызовы лиц, содействующих правосудию, предполагает уведомительный характер этого действия суда, подразумевающий самостоятельные, на собственное усмотрение последние действия извещенных лиц. В силу юридической заинтересованности лиц, участвующих в деле, сопровождающейся их самостоятельными, от своего имени в своих интересах действиями, отсутствия у них обеспеченной административной ответственностью обязанности явиться в суд наличие или отсутствие извещения, получение лицом информации из иных источников не может повлиять на право этих лиц на участие в судебном заседании в целом и на его реализацию путем самостоятельной явки — в частности.

Ответ же на вопрос о том, нарушает ли допуск лиц, участвующих в деле, получивших информацию о времени и месте судебного разбирательства на сайтах или в помещениях суда, в судебное заседание права тех лиц, которые не явились, будучи не извещенными, положения ч. 3 ст. 123 Конституции Российской Федерации, видится нам следующим. Изначально в условиях, созданных ч. 2 ст. 333 ГПК РФ, не предусматривающей уведомление никого из лиц, участвующих в деле, о времени и месте рассмотрения частной жалобы, указанные лица находятся в совершенно равных условиях. Однако одна из сторон, пользуясь своим конституционным правом на защиту всеми способами, не запрещенными законом (ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации), проявляет большую или даже просто надле­жащую активность и является в судебное заседание. Другая же сторона, зная (а такое знание, как известно, презюмируется) о содержании ч. 2 ст. 333 ГПК РФ, получив определение, в котором указан порядок и сроки его обжалования (абз. 7 ч. 1 ст. 225 ГПК РФ), такой активности не проявляет. Полагаем, что в данном случае, говорить о нарушении начал состязательности и равноправия можно примерно в той же мере, что и считать таким нарушением удовлетворение требований одной из сторон в суде, благодаря более активному отстаиванию своей правовой позиции. Конституция Российской Федерации в ч. 3 ст. 123 гарантирует *исначально* равные возможности пользования своими процессуальными правами, что в обсуждаемом случае, безусловно, присутствует. Дальнейший же процесс их реализации зависит в большей степени от усмотрения заинтересованных лиц и, по нашему мнению, неравная активность таких лиц в данном процессе не может рассматриваться как нарушение основ состязательности и равноправия сторон.

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы. Установленный ч. 2 ст. 333 и ч. 5 ст. 244⁶ ГПК РФ порядок рассмотрения частных жалоб на определения в суде апелляционной инстанции без извещения лиц, участвующих в деле (кроме определений о прекращении, приостановлении производства по делу и об оставлении заявления без рассмотрения), учитывая зарубежный законодательный опыт, правовые позиции Европейского Суда по правам человека и сущность апел­ляции по отечественному законодательству, не может рассматриваться как не соответствующий при­роде апелляционного производства.

Введение указанного порядка рассмотрения частных жалоб на определения в суде апелляционной инстанции может рассматриваться как ограничение права на судебную защиту (ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации) в смысле ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации лишь в той мере, в которой допускает неизвещение лиц, участвующих в деле, о времени и месте судебного заседания без учета характера и сложности разрешаемого процессуального вопроса, а также значения его для лица, подающего жалобу, представление. В иных случаях введение подобного рода ограничений порядка апелляционного рассмотрения частных жалоб представляется оправданным с точки зрения предмета обжалования, объема проверки и полномочий суда апелляционной инстанции, повышения эффективности работы суда и оптимизации сроков рассмотрения гражданских дел, что в конечном итоге является средством обеспечения конституционного права на судебную защиту (ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации).

¹¹ Ожегов С. И. Словарь русского языка. М., 1987.

ОТДЕЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛНИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА РФ В РЕШЕНИЯХ ЕСПЧ

СОЛОВЬЕВА Татьяна Владимировна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Несмотря на предоставленную возможность юридическим лицам обращаться в Европейский Суд по правам человека круг прав, в защиту которых ими могут быть поданы жалобы намного уже чем у физических лиц.

Из всего каталога прав человека, закрепленных в Конвенции, юридические лица фактически пользуются правом собственности (статья 1 Дополнительного протокола к Конвенции); правом на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом (статья 6 Конвенции); правом на свободу мысли, совести и религии (статья 9 Конвенции); правом на свободу выражения мнения (статья 10 Конвенции); правом на свободу собраний и объединений (статья 11 Конвенции); правом на эффективные средства правовой защиты (статья 13 Конвенции); правом не подвергаться дискриминации (статья 14 Конвенции)¹.

В данной статье хотелось бы обратить внимание на проблему неисполнения судебных решений, взыскателями по которым являются юридические лица. Европейский Суд по правам человека не раз указывал на существующую проблему в своих решениях, вынесенных против РФ. Например, в постановлении Европейского Суда по правам человека от 14 июня 2007 г. по делу «Общество с ограниченной ответственностью «Производственно-торговая компания «Меркурий» (ООО РТК «Mercuriy») против Российской Федерации» (жалоба № 3790/05) (Первая Секция) установлено нарушение пункта 1 статьи 6 Конвенции и статьи 1 Протокола №1 Конвенции, т.е. жалоба компании-заявителя на то, что органы государственной власти не исполнили судебное решение, принятое в ее пользу была удовлетворена². Данное постановление является одним из многочисленных примеров существования в РФ общей системной проблемы, связанной с исполнительным производством при этом природа данной проблемы многогранна.

Отметим, что в жалобах юридических лиц РФ, поданных и рассмотренных Европейским Судом по правам человека, ответчиком всегда выступает РФ. Однако сущность жалоб может быть различной и в различном положении находится и само государство. Во-первых, существуют нарушения допускаемые РФ, выступающей в качестве должника по судебному решению (когда не производятся выплаты Министерством финансов РФ). Во-вторых, возможны нарушения, связанные с самой процедурой принудительного исполнения, осуществляемой ФССП РФ.

В первой названной ситуации нарушения Конвенции могут быть вызваны следующими причинами:

1. Особенности Бюджетного законодательства РФ. Общеизвестно, что исполнение документов, должником по которым является государство, осуществляется на основе норм БК РФ и ФССП РФ не принимает в данном процессе никакого участия. В данном случае существует своя особая процедура исполнения документов и судебные приставы-исполнители не обладают контрольными полномочиями при взыскании денежных сумм с органов государственной власти. Только в случае, если исполнение решения суда не было произведено за счет средств бюджета в течение установленного трехмесячного срока, исполнительный лист о взыскании денежных средств с публично-правового образования может быть предъявлен взыскателем для принудительного исполнения судебному приставу-исполнителю³.

¹ Юркина Е. Е. Рассмотрение жалоб юридических лиц в Европейском Суде по правам человека / URL: <http://www.dissercat.com/co№te№t/rassmotre№ie-zhalob-yuridicheskikh-lits-v-evropeiskom-sude-po-pravam-cheloveka>.

² Постановление Европейского Суда по правам человека от 14 июня 2007 г. Дело «Общество с ограниченной ответственностью «Производственно-торговая компания «Меркурий» (ООО РТК «Mercuriy») против Российской Федерации» (жалоба № 3790/05) (Первая Секция) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2008. №10.

³ Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 июня 2006 г. № 23 «О некоторых вопросах применения арбитражными судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации»// Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2006. №8.

2. Недостатком денежных средств в бюджете РФ. Несмотря на существование данной причины в РФ, отметим, что Европейский Суд по правам человека не признает ее основанием для неисполнения постановления. Так, в постановлении от 14 июня 2005 г. по делу «ООО «Русатоммет» (Rusatomet Ltd.) против Российской Федерации» (жалоба №61651/00) (Вторая секция) Европейский Суд по правам человека указал, что орган государства-ответчика не должен ссылаться на недостаточное финансирование в оправдание неуплаты долга, установленного решением суда¹.

3. Процедурой обжалования судебных решений в РФ. Так, на период обжалования согласно нормам ГПК РФ, АПК РФ и ФЗ «Об исполнительном производстве», исполнение судебного постановления может быть приостановлено. Европейский Суд по правам человека не признает такое положение приемлемым и указывает, что пересмотр дела в порядке надзора, не снимает с должника обязанности исполнить судебное решение, вступившее в законную силу и подлежащее обязательному исполнению в соответствии с национальным законодательством².

4. Отсутствием фактических гарантий для защиты прав взыскателя –юридического лица в исполнительном производстве, по которому должником являются органы государственной власти РФ. Так, Европейский Суд по правам человека признал, что, не исполняя в течение пяти лет и одиннадцати месяцев вступившие в силу судебные решения, национальные власти нарушили право компани-заявителя на доступ к правосудию и воспрепятствовали ей в получении денежных средств, которые она разумно рассчитывала получить³.

Во втором случае проблемы, связанные с самим процессом исполнительного производства обусловлены следующим:

1. Недостатками законодательства, регулирующего сферу исполнительного производства (ФЗ «Об исполнительном производстве», ГПК РФ, АПК РФ). Необходимость принятия Исполнительного кодекса РФ, как единого нормативного акта, регулирующего исполнительное производство, не ставится под сомнение.

2. Отсутствием централизованно сформированной единой практики, складывающейся при применении ФССП РФ законодательства, регулирующего сферу исполнительного производства и разъяснений ФССП РФ по определенным вопросам, связанным с принудительным исполнением.

3. Отсутствием специализированных организаций, которые бы осуществляли функции, способные ускорить процесс принудительного исполнения. Несмотря на то, что в настоящее время в процессе принудительного исполнения участвуют определенные коммерческие организации, необходимо расширять круг их полномочий, привлекать в процесс исполнения новые.

4. Большой загруженностью судебных приставов-исполнителей исполнительными производствами по взысканию неизвестных денежных сумм.

5. Неправомерными действиями должностных лиц ФССП РФ, связанными с недостаточным профессионализмом, подготовкой, образованием, что является основанием для возникновения коррупции. Главный судебный пристав РФ А.О. Парфенчиков, указывает, что коррупция есть в ФССП РФ. Для искоренения подобного явления существуют специальные подразделения по противодействию коррупции.⁴ Однако борьба с коррупцией требует длительного периода времени.

Для ликвидации нарушений норм Конвенции, допускаемых РФ, и зафиксированных Европейским Судом по правам человека, в случае неисполнения или несвоевременного исполнения судебных решений государством в отношении юридических лиц, как правило, применяются меры индивидуального

¹ Постановление Европейского Суда по правам человека от 14 июня 2005 г. Дело «ООО «Русатоммет» (Rusatomet Ltd.) против Российской Федерации» (жалоба №61651/00) (Вторая секция) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2006. №3.

² Постановление Европейского Суда по правам человека от 14 июня 2007 г. по делу «Общество с ограниченной ответственностью «Производственно-торговая компания «Меркурий» (ООО РТК «Mercury») против Российской Федерации» (жалоба № 3790/05) (Первая Секция) // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2008. №10.

³ Постановление Европейского Суда по правам человека от 8 ноября 2007 г. по делу «ООО ПКГ «СибЮКАСС» (ООО PKG «SibYUKASS») против Российской Федерации» (Жалоба №34283/05) (Первая Секция) // URL: <http://www.eurolawco.ru>.

⁴ Интернет-конференция директора ФССП России А. О. Парфенчикова в ИА «Гарант» «Совершенствование законодательства РФ об исполнительном производстве» (стенограмма выступления). 23.09.2011. URL: <http://www.fssprus.ru>.

характера (например, выплата справедливой компенсации). Для устранения же нарушений, связанных с самим процессом исполнительного производства РФ и деятельности ФССП РФ, т.е. при констатации Европейским Судом по правам человека системной проблемы в данной сфере, необходимы меры общего характера (например, совершенствование законодательства).

Одним из шагов на пути к повышению эффективности исполнительного производства РФ стало принятие ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» от 21 апреля 2010. Данный ФЗ предоставил право на получение компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок широкому кругу субъектов, в том числе и юридическим лицам. Право на получение компенсации стало дополнительной гарантией для участников исполнительного производства.

Кроме того, ФССП РФ с 1 января 2012 года началось создание специальной открытой информационной базы по исполнительным производствам. Существование такой базы имеет как положительные моменты, например, доступность сведений относительно должников, так и отрицательные моменты, например, может быть испорчена деловая репутация юридического лица, раскрыта информация, имеющая значение коммерческой тайны и пр. Думается, формирование такой информационной базы должно происходить с учетом специфики деятельности юридических лиц, а не только на основе принципа открытости правосудия.

Полагаем, необходимы изменения и дополнения и в ФЗ «Об исполнительном производстве», и ФЗ «О судебных приставах»:

1. Включение норм, содержащих дополнительные гарантии для юридических лиц при осуществлении исполнительного производства. Необходимость совершенствования процессуальных гарантий реализации прав и свобод не ставится под сомнение учеными¹. В настоящее время отсутствие таких гарантий, порой ставит под угрозу существование и функционирование юридического лица, являющегося взыскателем по исполнительному документу. Например, гарантией для юридического лица может явиться освобождение от налоговых выплат до момента полного исполнения исполнительного документа за счет средств бюджета РФ.

2. Включение реальных способов защиты при проведении исполнительных действий, например, возможность получения в банках и иных кредитных организациях на льготных условиях денежных средств для поддержания дальнейшего нормального функционирования и деятельности юридического лица, которое является взыскателем по исполнительному документу.

3. Разработка и нормативное закрепление специальных принципов исполнительного производства в отношении юридических лиц. Например, принцип уважения деловой репутации юридического лица в исполнительном производстве.

4. Необходимость включения переговоров как способа разрешения возникших в ходе процедуры исполнения правовых конфликтов между юридическими лицами и органами государственной власти РФ.

5. Установление дополнительных требований, предъявляемых к лицу, назначаемому на должность судебного пристава. Здесь можно обратиться к опыту зарубежных государств, где для занятия должности судебного пристава-исполнителя необходимо соблюдение и выполнение определенных условий. Например, в Германии условием назначения на должность судебного пристава является прохождение кандидатом трех этапов профессионального роста: двухгодичное профессиональное обучение для работы на должностях среднего звена служащих системы органов юстиции; работа в течении двух лет в канцелярии участкового суда; обучение специальности судебного пристава, продолжающиеся полтора года².

6. Специализация судебных приставов-исполнителей в зависимости от вида и сущности исполнительного документа. Возможной реализацией данного предложения может стать разделение функций судебных приставов-исполнителей в зависимости от того, судом какой системы: общей юрисдикции или арбитражной, принято постановление.

¹ Решетов Ю. С. Реализация норм советского права. Системный анализ. Казань, 1989. С. 136; Валеев Д. Х. Система процессуальных гарантий прав граждан и организаций в исполнительном производстве. М.: Статут. 2009. С. 35.

² Напиерала Р. Исполнение судебных решений по гражданским делам по законодательству Германии (перевод Ю. Л. Мареева) Проблемы исполнения судебных решений: Сборник статей / Редкол.: С. П. Гришин (отв. ред.), В. Е. Гуцев, В. М. Мешков. Н. Новгород: Нижегородская правовая академия, 2000. Вып. 1. 148 с.

7. Расширение круга мер принудительного исполнения и мер обеспечения принудительного исполнения, которые могли бы применяться к юридическим лицам.¹ Отметим, что ст. 68 ФЗ «Об исполнительном производстве» устанавливает меры принудительного исполнения, которые, по большей части, применяются в отношении должников — физических лиц.

Отметим, что постановления Европейского Суда по правам человека имеют важное значение для совершенствования законодательства и правоприменительной практики РФ. Однако данные акты не дают конкретных указаний для преодоления уже существующих проблем, оставляя государству-ответчику право выбора определенных средств и способов на пути повышения качества предоставляемой защиты прав и интересов физических и юридических лиц.

СТУДЕНЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ КАК ПРЕДПОСЫЛКА РАЗВИТИЯ НАУКИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

ТКАЧЕВА Наталья Николаевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Наука гражданского процессуального права стремительно развивается в современных условиях модернизации общества и государства, о чем свидетельствует появление успешно защищенных кандидатских диссертаций по юридическим наукам, в частности по гражданскому процессу. Не редко, «будущие» кандидаты юридических наук, делают свои первые шаги в науки, будучи еще студентами, выступая на студенческих конференциях.

Сегодня студенческая конференция является одним из основных способов привлечения студента к изучению такой юридической науки, как гражданское процессуальное право. По мнению О.В. Исаенковой интерес молодых ученых к студенческим конференциям обусловлен, прежде всего тем, что «дефекты современного правотворчества оказывают серьезное негативное воздействие на всю правовую систему» и «правовая наука должна не воспринимать эти дефекты, подстраиваясь под них и пытаясь их обосновать, а разработать действующую перспективную модель охраны прав человека»². Действительно и на практических занятиях и на лекциях студенты часто задают вопросы, касающиеся проблем применения тех или иных норм на практике, рассуждая на тему изменения и дополнения действующего законодательства РФ в целях повышения качества осуществления правосудия. Задача преподавателя в таком случае помочь студенту продолжить научную работу по той проблеме, которая его интересует, а именно, рекомендовать ознакомиться с судебной практикой, необходимыми юридическими источниками по конкретной теме и в конечном результате рекомендовать студенту принять участие с готовым материалом на студенческой конференции.

Неподдельный интерес к проблемам гражданского процессуального права проявляется в том, что студенты ФГБОУ ВПО «СГЮА» готовы и стараются принимать участие в научных мероприятиях проводимых как в ФГБОУ ВПО «СГЮА», так и в других вузах нашей страны и не только. Так, активное участие студентов в конференциях различных уровней по гражданскому процессу подтверждается тем, что за последние три года они приняли участие во многих значимых научных мероприятиях, среди которых можно выделить такие как: X международная студенческая научная конференция iSLa Co 2010, Санкт-Петербургский ГУ Юр. фак.; IX Международная конференция молодых ученых «Традиции и новации в системе современного российского права» 2010 г. г. Москва, «МГЮА» им. О.Е. Кутафина; Всероссийская научная конференция молодых ученых и студентов «Эволюция российского права», 23–24 апреля

¹ Обращение взыскания на имущество коммерческих организаций. Учебно-практический курс. // СПб: Издательский дом С.-Петерб. гос. ун-та., Издательство юридического факультета СПбГУ, 2006. С. 68.

² См.: Исаенкова О. В., Лебедев М. Ю. Конституционные основы гражданского судопроизводства как объект научного исследования // Конституционные основы гражданского судопроизводства: современное состояние и пути совершенствования: сб. ст. по матер. II Междунар. науч.-практ. конф. Студентов и аспирантов, посвященной 80-летию СГАП (Саратов, 13–14 мая 2011 год) / Под ред. О. В. Исаенковой, М. Ю. Лебедева; ГОУ ВПО «СГАП», 2011. С. 11.

2010 г. г. Екатеринбург; X Международная научная конференция молодых ученых «Традиции и инновации в системе российского права, 12 апреля 2011 г., г. Москва МГЮА им. О. Е. Кутафина; Международная научно-практическая конференция студентов и аспирантов «Актуальные проблемы правового и политического развития России» 20 апреля 2012 г., юр. фак. СГУ им. Чернышевского; Модельный судебный процесс «Всероссийские судебные дебаты 2012» 20–21 апреля 2012 г., г. Казань Казанский федеральный университет; III Международная научно-практическая конференция студентов и аспирантов «Конституционные основы гражданского судопроизводства: история, современное состояние и пути совершенствования», 11–12 мая 2012 г. ЮИПА; Международная конференция «The rule of law and human rights» 2012 г., Национальный университет «Киево-могилянская академия» г. Киев; III Всероссийская научно-практическая конференция студентов, аспирантов и молодых ученых «Правовая система современной России: проблемы и перспективы их преодоления», Коломна. 18–19 мая 2012 г.; XI международная научно-практическая конференция молодых ученых «Традиции и новации в системе современного российского права», Москва 2012г., г. Москва, «МГЮА» им. О. Е. Кутафина; 9-я международная научно-практическая конференция молодых ученых специалистов и студентов «Проблемы теории и юридической практики в России», г. Самара, Государственный Экономический Университет, 2012 г. и т.д.

Участвуя в студенческих конференциях, проводимых разными Вузами, занимая призовые места, получая грамоты и сертификаты, рассказывая о новых знакомых и друзьях приобретенных в других городах и странах, студенты показывают другим обучающимся, что наука — это интересно, это престижно! Для многих выпускников юридическая наука, а именно гражданское процессуальное право становится целью всей жизни. Выпускники поступают в аспирантуру, защищают кандидатские диссертации, начинают преподавать и постоянно продолжают заниматься проблемами и коллизиями права.

Не все студенты, принимавшие активное участие в научной жизни вуза продолжают свой путь в науке. Однако данное обстоятельство не представляется признатъ негативным, поскольку как считает Слобожникова В. С. «широкое вовлечение студентов в научно-исследовательскую работу и неоценимый опыт, приобретенный ими в процессе творческой деятельности, дают реальную возможность формирования ключевых профессиональных компетенций и дальнейшую самореализацию в профессиональной деятельности»¹.

Многие студенты принимавшие участие в студенческих конференциях, приобретают навыки ораторского искусства, умение владеть аудиторией, преодолевают боязнь публичного выступления, анализировать, обобщать, делать соответствующие выводы. Такие навыки помогают студентам в дальнейшем по окончании вуза, когда они идут работать в правоохранительные органы, прокуратуру, суд и т.д., поскольку современный юрист должен уметь сочетать в себе как теоретические, так и практические знания.

РОЛЬ СЕКРЕТАРЯ СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ И ПРЕДСЕДАТЕЛЬСТВУЮЩЕГО СУДЬИ ПРИ СОСТАВЛЕНИИ ПРОТОКОЛА СУДЕБНОГО ЗАСЕДАНИЯ

ШЕВЧЕНКО Маргарита Александровна,
аспирантка ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная академия права»

К сожалению, ведение протокола судебного заседания всегда было уязвимым местом российского судопроизводства². В архивных материалах юридической литературы XIX столетия отражено: в результате проведенной в 1826–1827 гг. ревизии Курского уездного суда Курской губернии были выявлены многочисленные «нарушения узаконений насчет ведения и составления протоколов»³.

¹ См.: Слобожникова В. С. Дорогие друзья! // Современные правовые проблемы: взгляд студентов: Сборник тезисов докладов (по материалам IV межвузовской научной студенческой конференции, Саратов 6 декабря 2011 г. Саратов, 2012. С. 3.

² См.: Филиппов В. Д. Новый Гражданский процессуальный кодекс — новые проблемы // Адвокат. 2002. №11. С. 24.

³ Сенатский архив. Дело Министерства юстиции 1854 г. №9993. Дело Министерства юстиции 1858 г. №6858. С. 1–3, 33.

В настоящее время на практике наблюдается произвольная фиксация событий судебных заседаний, искаженное отражение в протоколах судебных заседаний хода судебного разбирательства, в том числе, неполное отражение содержания выступлений участников процесса, нередко неграмотность и неясность протокола судебного заседания, неэффективность принесения замечаний на протокол судебного заседания и, наконец, самое важное — нарушение сроков изготовления протоколов, из-за чего протоколы судебных заседаний иногда уже после вынесенного итогового решения для приведения содержания протокола в соответствие с содержанием вынесенного судом решения.

Указанное подтверждается положениями Постановления Пленума Верховного суда РФ от 7 февраля 1967 г. №35 «Об улучшении организации судебных процессов и повышении культуры их проведения», в котором отражены факты существования нарушений, допускаемых при составлении протокола судебного заседания: многие судьи не обращают внимания на полноту и правильность составления протокола судебного заседания; нередко в протоколах не отражаются все обстоятельства, указанные в ст. 229 ГПК РФ.

Обязанность изготовления и оформления протоколов судебных заседаний по текущим делам возложена на секретаря судебного заседания.

При составлении протоколов судебных заседаний, в которых фиксируются показания участников процесса (живая речь), перед секретарем возникает нелегкая задача: воспроизвести полученные сообщения возможно дословно, придерживаясь при этом формулировок, оборотов и стиля речи участников судебного процесса, выступающих в судебном заседании. Между тем, очевидно, что секретарю судебного заседания в отсутствие дополнительных технических средств фиксации хода судебного разбирательства сложно реализовать указанную задачу.

Кроме того, нередко при разбирательстве отдельных категорий дел, в которых обширно используются специальные термины и сложная юридическая аргументация, секретари судебного заседания неправильно понимают сказанное выступающим, отражая впоследствии искаженно воспринятое в протоколе заседания. Невозможность адекватной фиксации устной речи приводит к замене секретарем заседания в процессе составления протокола отдельных слов и выражений, произнесенных лицами, участвующими в деле, к произвольной интерпретации устных замечаний выступающих, а, значит, к деформированному изложению выступлений участников процесса¹. В подобных случаях протокол судебного заседания становится источником недостоверных доказательств, теряет юридическую силу².

Вышесказанное позволяет сделать вывод о том, что для эффективной реализации действующих положений гл. 21 ГПК РФ секретарю судебного заседания необходимо обладать соответствующим уровнем теоретической и практической подготовки. Однако на практике подобрать специалиста, обладающего вышеуказанными качествами, необходимыми для эффективного исполнения возложенных на него профессиональных функций, довольно сложно.

Учитывая изложенное, протоколы судебного заседания в большинстве случаев не отвечают по форме требованиям закона, носят формальный характер, не отражают весь ход судебного заседания³.

Е. А. Кудрявцева, считает, что существуют разные пути решения вышеназванных проблем, начиная от повышения квалификации секретарей судебного заседания до использования приемлемой для нашей страны системы автоматизации записи хода судебного разбирательства⁴.

Действительно, принесение лицами, участвующими в деле, обоснованных процессуальных или фактических замечаний на протокол судебного заседания, затрагивающих существо рассматриваемого дела, указывает, в том числе, и на недостаточную квалификацию секретаря, составившего и подписавшего протокол.

В связи с этим, полагаем необходимым разработать четкие критерии требований, предъявляемых к секретарям судебных заседаний, являющихся залогом эффективного исполнения возложенных на них профессиональных функций.

В данном направлении наблюдаются существенные поступательные движения. 27 июля 2006 г. приказом Судебного департамента при Верховном Суде РФ №69 утверждены Квалификационные тре-

¹ См.: Кудрявцева Е. Аудиозапись судебного заседания // Российская юстиция. 2002. №1, С. 57.

² См.: Львова Е., Паршуткин В. Недостоверный протокол судебного заседания — это доказательство // Российская юстиция. 2003. №9. С. 52.

³ См.: Белова Л. В. Протокол судебного заседания // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. 2004. №2.

⁴ См.: Кудрявцева Е. А. Аудиозапись судебного заседания // Российская юстиция. 2002. №1. С. 57.

бования к должностям государственной гражданской службы в аппаратах федеральных судов общей юрисдикции и системе Судебного департамента при Верховном Суде РФ, в соответствии с которыми основным требованием, предъявляемым к кандидатам на должности секретаря судебного заседания, является наличие стажа по юридической специальности не менее трех лет, а также наличие обязательного высшего юридического образования.

Между тем, вышеназванным приказом наряду с основными требованиями не учтены важные критерии назначения на должность секретаря судебного заседания, который в полной мере отвечает за правильность и полноту протокола заседания, протокола отдельного процессуального действия, совершаемого в ходе судебного разбирательства. Здесь важно учесть способность человека к исполняемому им делу, определение психологических компонентов его мастерства, что предполагает не только обладание определенным уровнем необходимых знаний, но и соответствующими навыками речи, внимания, соответствующим типом восприятия информации, особенностями психики с учетом ее сильных и слабых сторон, а также собственных индивидуальных возможностей кандидата на должность секретаря.

Думается, что раскрытие процесса становления секретаря судебного заседания, изучение разнообразных приемов овладения профессией, упражнение в точности передачи чужой речи в полном, ясном, правильном и последовательном описании событий и предметов с использованием минимального количества слов имеет огромное значение. Регулярный критический анализ составленных секретарем документов, совершенствование навыков быстрой записи устной речи имеет также немаловажное значение не только для улучшения подготовки кадров работников секретариата и повышения их квалификации, но и способствует обеспечению полноты и точности протоколирования любого рода гражданских процессуальных действий.

Учитывая изложенное, в осуществлении основополагающей интенции гражданского судопроизводства — правильного разрешения гражданского дела, значение секретаря судебного заседания при составлении протокола, как и руководящая роль председательствующего в судебном заседании судьи, безусловно, определяющие.

В резолютивной части Постановления Пленума Верховного суда РФ от 7 февраля 1967 г. №35 «Об улучшении организации судебных процессов и повышении культуры их проведения» (в редакции Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. №5) зафиксирована необходимость принятия судьями, председательствующими в судебном заседании, мер к повышению качества составления секретарями протокола судебного заседания, в котором должны быть точно отражены все действия суда на всем протяжении судебного разбирательства.

Сообразно с этим, точность, правильность, полноту и техническое качество протоколирования судебного заседания проверяет председательствующий в судебном заседании судья, принимающий необходимые меры для правильного составления и ведения протокола судебного заседания.

Указанные положения отражены в ч. 4 ст. 230 ГПК РФ и имеют исторические предпосылки. Так, еще в 1864 году Уставом гражданского судопроизводства была установлена обязанность подписания председательствующим по делу судей протокола заседания, внесения секретарем поправок и добавлений в протокол заседания после соответствующей резолюции судьи¹.

Обеспечение полноты и точности протоколирования гражданских процессуальных действий взаимосвязано с человеческим фактором, — психофизиологией личности, ограниченностью возможностей сенсорной системы человека, отрицательно сказывающимися на процессе запоминания и сохранения информации. Возможность запоминания и воспроизведения через определенный промежуток времени, тем более длительный, происходящих в судебном заседании событий с такой степенью точности, которая позволила бы дословно и объективно отразить в протоколе ход судебного заседания, предопределяется психофизиологией человека. Вместе с тем, возложенная на председательствующего ответственность за правильность и полноту составления протокола наделяет его правом давать обязательные для секретаря указания о внесении в ходе судебного заседания отдельных сведений в протокол; осуществлять постоянный контроль за действиями секретаря по протоколированию хода процесса; в целях обеспечения требуемой доброкачественности протокола выбирать соответствующий темП Судебного разбирательства, наблюдать во время судебного заседания за полнотой и точностью отражения в протоколе действительного содержания имевших место процессуальных действий и результатов исследования доказательств, вовремя проверять и корректировать произведенные в протоколе

¹ См.: Свод законов гражданских. По изданию 1876 г. Ч. 2. Т. 10.

записи, не допуская составления небрежного, неграмотного, технически некачественного процессуального документа¹.

Согласно ч. 4 ст. 230 ГПК РФ все внесенные в протокол изменения, дополнения, исправления должны быть оговорены и удостоверены подписями председательствующего и секретаря судебного заседания. Однако в ГПК РФ ничего не говорится о способе урегулирования разногласий между председательствующим и секретарем заседания в случае, когда у последнего при ознакомлении с содержанием протокола судебного заседания возникают предложения по внесению в него необходимых, по его мнению, дополнений, изменений.

Так, на практике нередки случаи указания председательствующим на необходимость фиксации в протоколе судебного заседания тех обстоятельств дела, сведений о фактах, которые впоследствии будут отражены в мотивировочной части судебного решения². Обстоятельства дела, противоречащие субъективной позиции суда, в протоколе, как правило, не отражаются. Указанное свидетельствует «о существовании технологии фальсификации материалов дела»³, в том числе, протоколов судебных заседаний.

М. Фомин предлагал решить обозначенную нами проблему путем вызова в суд того лица, показания которого явились предметом каких-либо разногласий. По его мнению, урегулирования различного рода разногласий в судебном заседании «искоренит практику изготовления протокола судебного заседания после вынесения решения»⁴.

Т. Кадышева, С. Ширинский считали возможным наделение правом ознакомления и парафирования протокола судебного заседания после его публичного оглашения не только лиц, участвующих в деле, но и свидетелей, предоставив им, в том числе, право внесения в протокол судебного заседания соответствующих замечаний, дополнений⁵. Предложенное положение правоведов имеет исторические корни. В ст. 406 Устава гражданского судопроизводства 1864 года закреплено аналогичное положение: «показание свидетеля заносится в протокол, громко прочитывается ему и подписывается им»⁶.

Соглашается с данным мнением В.Д. Филиппов, выступая за введение обязательного стороннего парафирования протокола судебного заседания всеми участниками процесса, что в свою очередь, по его мнению, является дополнительной гарантией процессуальных прав участников процесса, освобождает судей от бремени рассмотрения замечаний на протокол заседания⁷.

Думается, публичное прочтение участником процесса показаний, данных им в суде, и удостоверение правильности их записи в протоколе заседания, окажет положительное влияние на решение

¹ См.: Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР / Под ред. М. К. Треушников. М., 1996.

² См.: Крохмалюк А. Честного судью правозащитник не испугает // Бизнес-Адвокат, №16, 15 августа, 2001. СПС «Гарант», СПС «Консультант Плюс».

³ Крохмалюк А. Указ. раб.; По данным опроса адвокатов г. Москва, Московской области, Краснодарского края, Республики Марий-Эл, Воронежской, Ярославской, Курской и Самарской области, проведенного в 2009 г. *Межрегиональной общественной организацией содействия защите гражданских прав "Справедливость"* на вопрос, "сталкивались ли Вы в своей практике со случаями принципиального несоответствия протокола судебного заседания реальным событиям, имевшим место в ходе судебного процесса?", «считаете ли Вы указанное следствие небрежной работы секретаря или системной фальсификацией материалов дела?», около 80% респондентов однозначно утвердительно ответили на первый вопрос, при этом 50% из них считают, что рассматриваемая ситуация носит системный и умышленный характер, остальные затруднились ответить на второй вопрос. URL: <http://www.pravo.ru/review/face/view/58779>.

⁴ Фомин М. Протокол судебного заседания: «прошу данный вопрос и ответ на него отразить дословно» // Российская юстиция. 2003. №11. С. 23.

⁵ См.: Кадышева Т., Ширинский С. Свидетелю в суде создать комфортные условия // Российская юстиция. 1999. №5. С. 23–24.

⁶ Васильковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М., Издание Бр. Башмаковых, 1917 г., С. 180; Свод законов гражданских / По изданию 1876 г. Ч. 2. Т. 10.

⁷ См.: Филиппов В. Д. Новый Гражданский процессуальный кодекс — новые проблемы // Адвокат. №11. Ноябрь. 2002. С. 24.

проблем, связанных с принесением замечаний на протокол судебного заседания, однако не решит проблем практической реализации положений ст.ст. 231–232 ГПК РФ.

Представляется рациональным принесение замечаний на протокол судебного заседания после окончательного составления протокола, поскольку публичное оглашение секретарем заседания записи произнесенного участником гражданских процессуальных правоотношений значительно удлинит временные рамки судебного разбирательства. Отдельно оформленные замечания участника процесса в данном случае представляются наиболее детализированными, понятными и выражающими сущность сказанного им в процессе.

Что касается способа урегулирования разногласий между председательствующим и секретарем заседания в случае, когда у последнего при ознакомлении с содержанием протокола заседания возникают предложения по внесению в него необходимых изменений, считаем возможным предусмотреть право секретаря судебного заседания на изложение своего мнения по существу разногласий. Ввиду того, что основную ответственность за качество рассматриваемого процессуального документа несет председательствующий, а обязанность по ведению и составлению протокола возлагается непосредственно на секретаря судебного заседания; ввиду того, что секретарь, являясь профессионалом в своем деле, а таковым в идеале он быть обязан, имеет право выразить свою позицию, приводя в ее обоснование соответствующие аргументы, предлагается прежнюю редакцию п. 4 ст. 230 ГПК РФ дополнить положением следующего содержания:

«При возникновении разногласий по содержанию протокола судебного заседания (протокола отдельного процессуального действия, совершаемого в ходе судебного разбирательства) между председательствующим и секретарем судебного заседания, последний вправе в письменном виде изложить свое мнение по существу разногласий, которое подлежит обязательному приобщению к материалам рассматриваемого гражданского дела».

Указанный вариант решения рассматриваемой проблемы приобретает особую актуальность в связи с наличием в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. №6 «Об изменении и дополнении некоторых постановлений Пленума Верховного Суда РФ по гражданским делам»¹ положения об ответственности секретаря судебного заседания за качественное и своевременное составление протокола заседания: «...за качественное и своевременное составление протокола наряду с председательствующим несет ответственность и секретарь судебного заседания, который обязан полно и правильно излагать в протоколе действия и решения суда, а равно действия участников судебного разбирательства».



¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. №6 "Об изменении и дополнении некоторых постановлений Пленума Верховного Суда Российской Федерации по гражданским делам"// Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. №5.

СЕКЦИЯ ТРУДОВОГО ПРАВА

ОБОСНОВАННОЕ ИЗМЕНЕНИЕ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА И ИНЫХ УСЛОВИЙ ТРУДА РАБОТНИКОВ: НЕОБХОДИМА НОВАЯ КОНЦЕПЦИЯ ЗАКОНА

АБАЛДУЕВ Владимир Александрович,

к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой трудового права
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Складывающееся между работником и работодателем длящееся в большинстве случаев годами и десятилетиями трудовое правоотношение не может оставаться неизменным. В связи с этим нормы Трудового кодекса РФ (далее — ТК РФ), регламентирующие порядок изменения трудового договора, который является юридическим основанием возникновения и существования такого правоотношения, полагаем, должны решать следующие задачи.

Во-первых, максимально полно и адекватно отражать возникающие на практике ситуации, связанные с пересмотром условий применения труда работников, придавать им должную правовую форму, а, во-вторых, обеспечивать права работников и работодателей при изменениях, в которых они заинтересованы или на которые соглашаются в тех или иных фактических обстоятельствах.

Не касаясь проблем законодательного решения указанных выше задач в главе 12 ТК РФ в целом, заметим, что наибольшие практические трудности и спорные правовые решения связаны с реализацией норм, определяющих поведение сторон трудового правоотношения при необходимости изменения отдельных условий труда работника¹.

Эти условия могут быть предусмотрены письменным трудовым договором (условия трудового договора) или они получили иное юридическое закрепление в распорядительных актах работодателя, в учетной документации по труду и заработной плате либо являются фактической составной частью организации труда.

Принципиальное значение для построения существующей концепции правового регулирования вопросов, возникающих при пересмотре по инициативе работодателя, работника или третьей стороны условий трудового договора имеет правило о том, что такое изменение допускается по письменному соглашению сторон трудового договора, за исключением случаев, предусмотренных Трудовым кодексом РФ (ст. 72).

Очевидным является и вытекающее из смысла статей 72 и 74 ТК РФ правило о том, что изменение работодателем условий трудового договора без обоснования такого изменения объективными причинами допускается только с письменного согласия работника и при отсутствии такого согласия прежние условия в любом случае должны быть сохранены.

Эти базовые положения вполне ясны, достаточно конкретны и соответствуют договорной природе труда работников.

¹ См.: Коршунова Т. Ю. Реформирование трудового законодательства // Журнал российского права. 2011. №8. С. 5, а также Коршунова Т. Ю. Изменение определенных сторонами условий трудового договора или перевод на другую работу: проблемы правовой квалификации и защиты прав работников // Комментарии судебной практики / Под ред. К. Б. Ярошенко. М.: Юридическая литература, 2012. Вып. 17. С. 125; Драчук М. А. О юридической природе и пределах управленческих решений работодателя // Российский ежегодник трудового права. 2009. №5 / Под ред. Е. Б. Хохлова. СПб: Юридическая книга, 2010. С. 107–124.

Сложности возникают при применении норм части первой статьи 74 ТК РФ, предусматривающих необходимость обоснования изменения условий трудового договора изменениями в организации и технологии труда. Во многих научных, научно-практических и иных публикациях отмечается правовая неопределенность использованных российским законодателем категорий «организационные или технологические условия труда».

При этом авторы, комментируя закон в этой части, нередко предлагают собственное, часто принципиально различное понимание указанных понятий¹. Есть примеры и узкого толкования, и крайне широкого, когда пользуясь отсутствием ясных критериев обоснованности и стремясь максимально расширить возможности работодателя, любые кадровые или финансовые решения относят к числу организационных или технологических, либо фактическое изменение условий труда рассматривается как объективное основание для пересмотра условий письменного трудового договора.

Все это создает обстановку неуверенности в действиях работодателя в каждом случае внесения соответствующих изменений в трудовой договор и не позволяет сформировать единое правопонимание при осуществлении правосудия по данной категории дел.

Не вносят ясности в этот вопрос и положения пункта 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. №2 (с изм и доп.) «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации»². Согласно разъяснению высшей судебной инстанции изменения организационных или технологических условий труда — это, например, изменения в технике и технологии производства, совершенствование рабочих мест на основе их аттестации, структурная реорганизация производства³.

Каждое из названных выше решений или действий работодателя нуждается в корректировке, как с позиций правовой определенности заложенного в них смысла, так и с точки зрения юридической техники исполнения.

Присоединяясь к мнению большинства специалистов о несовершенстве норм ТК РФ и разъяснений Верховного Суда РФ в части критериев обоснованности при изменении условий трудового договора, считаем целесообразным, в русле рассматриваемого вопроса обратить внимание еще на два принципиально важных момента, которые, полагаем, должны быть учтены при формировании новой концепции статьи 74 ТК РФ. Они возникают во многих случаях пересмотра работодателями условий труда работников, но наиболее часто и отчетливо проявляются в отношениях по поводу оплаты труда.

1. В действующем законодательстве (глава 12 ТК РФ) использована узкая концепция изменения трудового договора, ориентированная исключительно на ситуации, когда то или иное условие труда работника согласовано сторонами и получило формальное закрепление в письменном трудовом договоре.

Российский законодатель, совершенно напрасно, упускает из виду то, что **условия применения труда работника** (или условия труда) и возникающие при реализации этих условий субъективные права и обязанности сторон трудового правоотношения — **понятие более широкое**.

В этом смысле более верным, представляется, подход получивший отражение в Трудовом кодексе Республики Беларусь (ТК РБ). Статья 32 ТК РБ регламентирует порядок обоснованного изменения существенных **условий труда**, но не только условий трудового договора.

Условия труда как самостоятельное правовое явление объективно присутствуют в системе трудового отношения, они упоминаются в нормах ТК РФ, но часто не образуют содержания трудового договора. Такие условия могут быть двух видов.

¹ См.: Архипов В. В. Изменение условий трудового договора как способ увольнения // Адвокат. 2007. №2; Бугров Л. Ю. Изменение определенных сторонами условий трудового договора по причинам, связанным с изменением организационных или технологических условий труда // Трудовое право. 2007. №2; Булыгина Н. Изменение заработной платы работников: установленный порядок и ошибки документального оформления // Трудовое право. 2011. №5. С. 55–76.

² См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. №3.

³ Представителями судейского сообщества также высказывается мнение о необходимости корректировки правовой позиции Верховного Суда РФ относительно условий (обоснованности) применения в современных социально-экономических условиях ст. 74 ТК РФ. См.: *Иванова Т.* Федеральный закон №262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»: трудовая правовая аспекты. Практика судов общей юрисдикции по индивидуальным трудовым спорам в свободном доступе // Трудовое право. 2010. №7. С. 39–52.

Условия труда, существующие в форме обычной практики. Они не получили формального отражения ни в тексте трудового договора, ни в иных нормативных или распорядительных актах работодателя (например, исполнение какой либо работы, обладание теми или иными полномочиями, особый режим работы и т.д.).

Представляется, что для сферы трудового права, в которой далеко не всегда те или иные условия выполнения работы получают правовое оформление, нельзя целиком исключить возможность использования юридических механизмов при одностороннем изменении или исключении таких условий, включая случаи защиты прав той или иной стороны. При этом, очевидно, могут быть использованы любые предусмотренные гражданским процессуальным законодательством средства доказывания наличия и реализации соответствующих условий труда, включая показания свидетелей.

В отличие от норм гражданского права трудовое законодательство не запрещает ссылаться на свидетельские показания при несоблюдении простой письменной формы трудового договора.

Условия труда, предусмотренные нормативными, в том числе, и локальными актами, приказами, распоряжениями работодателя, иными письменными документами по личному составу работников. Такие условия, в большинстве случаев не дублируются в трудовом договоре (т.е., строго говоря, не являются условиями трудового договора). Однако их изменение или отмена (аннулирование), в том числе сопровождающиеся изданием соответствующих индивидуальных актов работодателя и (или) изменением локальных нормативных регуляторов труда, полагаем, также может и должно осуществляться по правилам изменения условий трудового договора, поскольку принципиальной разницы между этими изменениями не существует.

Примеров такого рода множество.

Работники ООО «Системы безопасности» в соответствии с кадровым приказом директора организации многие годы пользовались правом на дополнительный отпуск и на надбавку к основному тарифному заработку за особый режим работы. Эти условия, без какого либо обоснования, были отменены приказом нового руководителя организации.

Возникает вопрос, по каким правилам должно осуществляться данное решение работодателя, если в трудовых договорах работников Общества таких положений предусмотрено не было? Ответ очевиден — по правилам статьи 74 ТК РФ, поскольку иного не дано. Но статья 74 не говорит об изменении условий труда, не получивших договорного закрепления.

Таким образом, **концепция Трудового кодекса РФ**, связывающая изменения в трудовом правоотношении исключительно с изменениями условий письменного трудового договора, не в полной мере отражает существо складывающихся на практике отношений и **требует более широкого правового решения. В норме части первой статьи 74 ТК РФ необходимо предусмотреть** объективно складывающиеся на практике ситуации с изменением, отменой условий труда, не являющихся частью трудового договора, но основанных на нормативном регулировании или индивидуальных распорядительных актах работодателя.

2. В существующей редакции часть первая статьи 74 ТК РФ связывает возможность одностороннего изменения условий трудового договора только с объективными изменениями в организации или технологии труда.

Однако изменение либо отмена договорных и недоговорных условий труда работников необходимы и при корректировке централизованных или локальных норм трудового права, в том числе и коллективного договора, если прежние условия при этом не могут быть сохранены.

Это оправдано и в тех случаях, когда в трудовых договорах содержатся ссылки на соответствующие централизованные и (или) локальные источники, приказы работодателя. Поскольку изменение соответствующих нормативных или распорядительных актов не является собственно изменением трудового договора, постольку связанное с этим изменение условий труда работника аналогично ситуации при обоснованном изменении условий трудового договора, предусмотренной в нормах ТК РФ.

Кодекс гарантирует приоритет договорных условий труда работника, если они улучшают его положение в сравнении с законом или локальными правовыми актами работодателя, соответственно возникает необходимость пересмотра договора при позитивных или негативных изменениях в нормативном регулировании.

Пока ТК РФ не дает ответа, как следует поступить работодателю, если собственно организационных и (или) технологических нововведений не происходит, но новые нормативные положения исключают сохранение прежних условий трудовых договоров (условий труда), как правило, группы или всех работников организации.

Наиболее очевидно и остро эта ситуация проявилась в период экономического кризиса 2008–2010 годов, когда работодатели в массовом порядке пересматривали локальные нормативные

акты и коллективные договоры, исключая материальные льготы и гарантии по оплате труда, установленные в прежние финансово-благополучные годы. Именно тогда на практике возник вопрос, а допускает ли трудовое право изменение условий трудовых договоров и иных условий труда в обстоятельствах, никак не обусловленных технологическими или организационными нововведениями¹?

На этот счет в научной среде и практических изданиях развернулась обширная полемика, которая чаще всего сводилась к выводу, что сами по себе новые нормативные правила не могут быть основанием изменения трудового договора и работодателям, стремящимся сократить издержки на персонал, следует хотя бы формально связывать это с организацией труда.

Было понятно, что никаких организационных, а тем более и технологических новшеств налаженному процессу производства и (или) труда на время финансовой нестабильности не требуется. Ученными и практическими работниками признавалось, что невозможность законным образом изменить условия труда в рамках существующего регулирования — это проблема самого регулирования. Но и в годы кризиса никаких правовых решений на этот счет принято не было, поскольку главным тезисом теории трудового права и профсоюзного движения стал странный лозунг «гарантировать стабильность законодательства в условиях временной экономической нестабильности».

Вновь обратить внимание на необходимость установления связи между изменениями в нормативно-правовых предписаниях и условиях трудовых договоров (условиях труда работников) пришлось при отмене ЕТС и переходе новые нормы оплаты труда в бюджетной сфере. Статья 144 ТК РФ образца 2004 года децентрализовала оплату труда работников в учреждениях бюджетной сферы, которая стала определяться на каждом уровне бюджетного финансирования самостоятельно. Одновременно с этим вводились новые системы оплаты труда по видам экономической деятельности (2007–2009 годы)².

Указанными актами российского, регионального законодательства, актами органов местного самоуправления и локальными положениями об оплате труда в стране устанавливались принципиально новые для работников бюджетных учреждений правила организации оплаты труда, которые определялись законом и никак не были связаны с желанием работодателей и работников. Они не мотивировались изменениями в организации или технологии труда, но в рамках существующего правового регулирования могли быть реализованы только с соблюдением части первой статьи 74 ТК РФ. При этом новые условия труда (в данном случае — оплаты труда) в письменных уведомлениях для работников и приказах о введении новых систем оплаты труда мотивировались исключительно требованиями закона и иных, основанных на нем правовых предписаний.

Возможны и более частные, но, по сути, аналогичные практические ситуации, когда необходимость изменений условий трудовых договоров была объективно обусловлена принятием новых централизованных правил. Именно в таких обстоятельствах летом 2012 года оказалось Правительство Саратовской области. Определением судебной коллегии по административным делам Верховного Суда РФ от 16 мая 2012 года по делу №32-АПГ1 2–4 признаны противоречащими трудовому законодательству и недействующими пункты 2.4., 2.5., 2.19. Положения об оплате труда работников государственных бюджетных учреждений образования Саратовской области от 30 декабря 2008 г.³

В соответствии с актом суда внесены изменения в областной закон и региональное положение об оплате труда работников учреждений образования, установившие иной порядок исчисления окладов и новую структуру оплаты труда при сохранении прежних размеров месячного заработ-

¹ См.: Абалдуев В. А. Обеспечение стабильной занятости в период экономического кризиса: проблемы согласования интересов сторон и совершенствования норм трудового права // Вестник Саратовской государственной академии права. 2009. №4. С. 193–200.

² Постановлением Правительства РФ от 5 августа 2008 г. №583 предписывалось ввести с 1 января 2009 г. новые системы оплаты труда работников федеральных бюджетных учреждений. При этом многие специалисты обращали внимание на то, что статья 74 ТК РФ не соответствует практике изменения условий трудового договора при введении новых нормативных правил оплаты труда в бюджетных учреждениях. См., в частности, *Архипов В. В.* Реформа оплаты труда бюджетников: ЕТКС, базовые оклады (ставки), «безбазовая» оплата труда, что дальше? // Законодательство и экономика, 2008. №10.

³ См.: СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 24 августа 2012 г.).

ка. Соответственно были пересмотрены и локальные Положения об оплате труда, а также дополнительные соглашения изменены индивидуальные условия оплаты труда работников таких учреждений.

Единственным формальным основанием изменений условий трудового договора в данном случае стали постановление Верховного Суда РФ и новые нормативные акты субъекта РФ. При этом организационных изменений в учреждениях не было, но в остальном процедурные правила статьи 74 ТК РФ были соблюдены.

Тогда самое, будет неизбежно происходить в каждом случае централизованного пересмотра условий исчисления заработка и размеров оплаты труда работников бюджетной сферы¹.

Поскольку, как было отмечено нами ранее, новые нормативные правила сами по себе не могут изменить условий трудового договора², проблема установления в нормах ТК РФ связи изменений нормативных или коллективно-договорных правил и условий трудового договора объективно существует. Она не является национальной, и присутствует в правоприменении других стран. Вариант ее решения в трудовом законодательстве Республики Беларусь предложен К. Л. Томашевским, который считал необходимым установить в законе нормы, дифференцированные в зависимости от того улучшает или ухудшает положение работника изменение закона, иного нормативного акта, коллективного договора, соглашения³.

В трудовом праве России косвенно на возможность изменений условий труда работника, посредством заключения с ним договора о полной материальной ответственности в связи с принятием нового законодательства указано в п. 36 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 17 марта 2004 г. №2. В случае несогласия работника с таким изменением, работодатель по правилам части третьей статьи 74 ТК РФ может прекратить трудовой договор.

Данное разъяснение, не являясь источником права, не может быть использовано работодателями в качестве общего правила.

В целях устранения указанных выше проблем, следовало бы изменить существующую ныне концепцию закона с тем, чтобы учесть в ней все случаи изменения трудового правоотношения (условий труда в широком смысле и условий трудового договора). Считаем наиболее полным и верным следующий вариант законодательного решения.

«Статья 74. Обоснованная отмена или изменение условий трудового договора, иных условий применения труда работников.»

В связи с изменениями в организации труда и управлении трудом, применением новых технических средств и (или) технологий, методов, средств, приемов работы⁴, а также при принятии новых или пересмотре действующих нормативных актов, соглашений по социально-трудовым вопросам, коллективных договоров, когда ранее установленные сторонами условия трудового договора и (или) иные условия труда не могут быть сохранены, допускается их отмена или изменение по инициативе сторон трудового договора, за исключением изменения трудовой функции работника».

Одну из последующих частей статьи 74 ТК РФ предлагаем дополнить нормой о том, что «не основанные на обстоятельствах, указанных в части первой настоящей статьи, изменение или отмена условий трудового договора и (или) иных условий труда, допускается только с письменного согласия работника».

¹ Необходимость изменений условий трудовых договоров возникнет и в связи с реализацией Указа Президента РФ от 7 мая 2012 года №597 «О мероприятиях по реализации государственной социальной политики», предусматривающего изменение механизмов и размеров оплаты труда в бюджетных учреждениях // СЗ РФ. 2012. №19. Ст. 2334.

² В этом смысле нельзя согласиться с Е. П. Цындяйкиной, считавшей, что новое законодательство автоматически меняет производные условия трудового договора. См.: Цындяйкина Е. П. Изменение трудового договора: Автореф. дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 2000. 25 с.

³ См.: Томашевский К. Л. Изменение трудового договора и условий труда: сравнительный анализ законодательства России, Беларуси, др. стран СНГ и Запад. Европы / К. Л. Томашевский. М.: Изд-во деловой и учебной лит., 2006. С. 166–168.

⁴ Указанные основания не целесообразно раскрывать непосредственно в ТК РФ. Их можно определить и конкретизировать в правовом акте на уровне постановления (приказа) Министерства труда и социальной защиты РФ.

ДОПУСК К ПЕДАГОГИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК УСЛОВИЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА С УЧИТЕЛЯМИ

АВЕРЬЯНОВА Мария Игоревна,

соискатель кафедры трудового права
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Заключение трудового договора с учителями осуществляется в соответствии с трудовым законодательством и отраслевыми актами, содержащими нормы о труде педагогических работников. Вступление в трудовые правоотношения основывается, прежде всего, на конституционных принципах, согласно которым провозглашается право каждого свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию (ст. 37). Запрещены любые формы ограничения прав граждан по признакам социальной, расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности (ст. 19).

В силу действия ст. 3 ТК РФ не являются дискриминацией установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав работников, которые определяются свойственными данному виду труда требованиями, установленными федеральным законом, либо обусловлены особой заботой государства о лицах, нуждающихся в повышенной социальной и правовой защите. Это означает, что некоторые виды работ, их содержание, имеют такие неотъемлемые свойства, которые учитываются государством и обуславливают установление особых условий для лиц, допускаемых к их выполнению, что выражается в появлении специальных норм: норм-исъятий. К таким работам отнесена и педагогическая деятельность. В отношении ее выполнения федеральными законами установлены особые нормы, регулирующие заключение и прекращение трудового договора с педагогическими работниками.

Установление различий, исключений, предпочтений, а также ограничение прав педагогических работников обусловлено характером педагогического труда, его направленностью на особый объект трудовой деятельности — иное физическое лицо (прямо или опосредованно) в целях его обучения и воспитания. Особенностью же труда учителей является их прямое или косвенное взаимодействие в ходе трудовой деятельности с несовершеннолетними лицами (от 6,5 до 18 лет), осуществление обучения и воспитания подрастающего поколения.

Правомомерность заключения трудового договора с учителем обеспечивается соблюдением работодателем не только общих требований к заключению трудового договора, но и специальных норм, установленных трудовым законодательством в отношении порядка занятия педагогической деятельностью и приема на работу в организации с участием детей. Указанные общие и специальные требования в общей теории права, гражданского права и трудового права называются *условиями* и рассматриваются как обстоятельства, имеющие юридическое значение для наступления правовых последствий, но связанные с ними не прямо, а через одно или несколько промежуточных действий¹. Соблюдение установленных законом условий (требований), в свою очередь, являются необходимой основой для совершения определенных правовых действий, направленных на возникновение трудовых правоотношений (например, заключение трудового договора). Среди кандидатов, неотъемлемые свойства которых отвечают установленным законодательством условиям, работодатель будет вправе осуществлять отбор, основываясь только уже на деловых качествах кандидатов.

Основополагающие нормы, регулирующие вопросы занятия педагогической деятельностью, в настоящее время содержатся в федеральных законах: ТК РФ (ст. ст. 331, 332) и Законе РФ от 10 июля 1992 г. №3266–1 «Об образовании» (ст.ст. 35, 53, 56). Анализ названных статей свидетельствует, что в основу дифференциации в правовом регулировании допуска к педагогической деятельности в настоящее время положен принцип обеспечения качественного и безопасного образовательного процесса, гарантирующий защиту интересов человека, общества и государства.

Согласно ст. 331 Кодекса в качестве основного условия допуска к педагогической деятельности установлено наличие у лица определенного образовательного ценза. Порядок определения образовательного ценза, как сказано в данной статье, должен устанавливаться типовыми положениями об соответствующих типах и видах образовательных учреждений. Однако в Типовом положении об общеобразовательном учреждении, утвержденном постановлением Правительства РФ от 19 марта

¹ Общая теория государства и права: Академический курс: В 3-х т. / Отв. ред. М. Н. Марченко. М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. Т. 2. С. 434.

2001 г. №196, говорится только о необходимой профессионально-педагогической квалификации, соответствующей требованиям тарифно-квалификационной характеристики по должности и полученной специальности, которая подтверждается документами государственного образца об уровне образования и (или) квалификации¹. Квалификационные характеристики по должностям работников образования, в свою очередь, конкретизируются в соответствующих Единых квалификационных справочниках, утвержденных Минздравсоцразвития России. Именно в них устанавливается необходимый образовательный ценз, которым и должен руководствоваться работодатель при приеме учителя на работу². Следует заметить, что в проекте нового Закона об образовании в Российской Федерации³ уже нет упоминания об определении образовательного ценза типовыми положениями. Предлагается, что право на занятие педагогической деятельностью имеют лица, имеющие среднее профессиональное или высшее профессиональное образование и отвечающие квалификационным требованиям, указанным в квалификационных справочниках, утверждаемых в порядке, устанавливаемом Правительством РФ, по соответствующим должностям педагогических, в том числе научно-педагогических работников из числа профессорско-преподавательского состава. Введение такой нормы нам представляется целесообразным. В связи с этим в *часть первую ст. 331 ТК РФ уже сейчас предлагаем внести изменения, изложив ее в вышеуказанной редакции проекта нового Закона об образовании.*

Статья 331 ТК РФ регулирует *перечень лиц*, которые не допускаются к педагогической деятельности. Полагаем, что формулировку данной нормы следует изменить, поскольку она не является корректной. Должны быть установлены *не лица*, которые не допускаются к педагогической деятельности, а *основания*, ограничивающие занятие педагогической деятельностью. Целесообразно также внести изменения в ст. 2 ТК РФ, и сформулировать принцип обеспечения права работников на защиту своего достоинства не только в период трудовой деятельности, но и в период его трудоустройства и после прекращения трудовых правоотношений.

Положения ст. 331 ТК РФ неоднократно подвергались пересмотру со стороны законодателя, и не всегда в пользу работника. Так, Федеральным законом от 30 июня 2006 г. №90-ФЗ⁴ утверждение перечня заболеваний, препятствующих занятию педагогической деятельностью, было передано федеральному органу исполнительной власти, осуществляющему функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в области здравоохранения, которым до 2012 г. являлся Минздравсоцразвития России. Данная норма стала противоречить ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, согласно которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только на основании федерального закона. В настоящее время действуют лишь акты подзаконного уровня, определившие такие перечни⁵. *Предлагаем вернуться к первоначальной редакции нормы ст. 331 ТК РФ, которая предписывала определять перечень заболеваний на основании федерального закона.*

В конце 2010 года в Российской Федерации были произведены новые важные изменения в области допуска к педагогической деятельности, связанные с установлением новых ограничений по осно-

¹ СЗ РФ. 2001. №13. Ст. 1252.

² См.: Приказ Минздравсоцразвития РФ от 26 августа г. 2010 №761н «Об утверждении Единого квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и служащих, раздел «Квалификационные характеристики должностей работников образования» // Российская газета. 2010. №237.

³ Версия проекта по состоянию на 12 октября 2012 г.

⁴ СЗ РФ. 2006. №27. Ст. 2878.

⁵ См.: Перечень медицинских психиатрических противопоказаний для осуществления отдельных видов профессиональной деятельности и деятельности, связанной с источником повышенной опасности, утвержденный постановлением Правительства РФ от 28 апреля 1993 г. №377 «О реализации Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. №18. ст. 1602; приказ Минздравсоцразвития России от 12 апреля 2011 г. №302н «Об утверждении перечней вредных и (или) опасных производственных факторов и работ, при выполнении которых проводятся обязательные предварительные и периодические медицинские осмотры (обследования), и Порядка проведения обязательных предварительных и периодических медицинских осмотров (обследований) работников, занятых на тяжелых работах и на работах с вредными и (или) опасными условиями труда» // Российская газета. 2011. №243; 2012. №73.

ваниям «криминальной чистоты» допускаемого лица. Были введены ограничения для лиц, имеющим или имевших судимость, подвергнувшихся или подвергавшихся уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых было прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления, перечень которых установлен ст. 331 ТК РФ и УК РФ¹. Более того, начиная с 7 января 2011 года отсутствие у лица судимости и (или) факта уголовного преследования по определенным видам преступлений является теперь *условием допуска не только к педагогической деятельности, но к любым видам деятельности* в организациях с участием детей. Данные факты в силу ст. 65 ТК РФ должны быть подтверждены справкой установленной формы, выдаваемой работнику в установленном порядке компетентными органами. Без представления работником такой справки, подтверждающей отсутствие вышеуказанных обстоятельств, работодатель не вправе допускать лицо к педагогической деятельности. В случае допущения работодателем учителя с нарушением положений ст. ст. 65 и 331 ТК РФ такой трудовой договор прекращается вследствие нарушения установленных ТК РФ правил заключения трудового договора (ст. 84 ТК РФ).

Законодательные нововведения были важным положительным явлением в области охраны и защиты детства, поскольку были призваны обеспечить для несовершеннолетних лиц безопасную среду обитания. Тем не менее, среди достоинств указанных изменений в ТК РФ на практике были выявлены и ряд недостатков². Так, Г. Енютина обоснованно отмечает, что круг лиц, на который распространяется Федеральный закон от 23 декабря 2010 г. №387-ФЗ, излишне широк и имеется неочевидность причинно-следственной связи между судимостью по некоторым из статей УК РФ, препятствующей работе с несовершеннолетним, и возможным причинением этим лицом вреда несовершеннолетнему.

Таким образом, «под гребенку» указанных ограничений попали не только учителя и иные педагогические работники вне зависимости от педагогической должности и возрастной группы лиц, с которой работает педагог, но и все иные работники, желающие работать или уже работающие в организациях с участием детей. Нам такой подход представляется необоснованным, нарушающим права и свободы работника. Например, с совершенно разными возрастными группами несовершеннолетних работают воспитатель дошкольного образовательного учреждения и учитель; преподаватель образовательного учреждения, реализующего образовательные программы среднего профессионального образования, в силу наименования должности и места работы объективно осуществляет преподавательскую деятельность лишь в отношении несовершеннолетних лиц старшего возраста, получивших основное общее или среднее (полное) общее образование. Полагаем, что степень защиты таких несовершеннолетних должна различаться, быть соразмерной риску причинения вреда педагогическим работником и возрасту ребенка, нуждающегося в защите. *Предлагаем применить более дифференцированный подход в установлении ограничений по основаниям «криминальной чистоты» с учетом должности, в том числе педагогической, и места работы работника.* В частности, к такой позиции применения дифференцированного подхода в регулировании допуска к трудовой деятельности в организациях с участием детей пришли за последние два года в Великобритании, где действовала особая схема допуска к профессиональной деятельности в детских и некоторых иных учреждениях с участием уязвимых групп³.

Законодатель при установлении ограничений по основаниям «криминальной чистоты», а также медицинским основаниям не в полной мере учел особенности педагогического труда и занятости педагогических работников. Особенность педагогической деятельности заключается в том, что педагог, в частности учитель, в силу своей профессии и разного рода обстоятельств объективного характера (например, часов по учебному плану, замещение временно отсутствующих работников) нередко осуществляет педагогическую деятельность в более чем в одном образовательном учреждении на условиях совместительства или почасовой оплаты труда. В силу статьи 59 ТК РФ работодатель, как

¹ Федеральный закон от 23 декабря 2010 г. №387-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и Трудовой кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. №52 (ч. 1). Ст. 7002.

² См.: Бриллиантова Н. А. Новые основания прекращения трудового договора в связи с нарушением правил приема на работу // Труд и социальные отношения. 2012. №1. С. 130–138; Енютина Г. Как уличить преступника и избежать дискриминации // Кадровик.ру. 2011. №9. Текст статьи взят из информационно-правовой системы Консультант плюс.

³ См.: Vetting & Barring Scheme Remodelling Review — Report and Recommendations. February 2011. URL: <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/crime/vbs-report?view=Binary>.

правило, предпочитает заключать с совместителями срочный трудовой договор. С почасовиками также заключается срочный договор о труде, где указывается определенный объем преподавательской работы (до 300 часов в год). С нового учебного года договоры о труде с такими работниками нередко перезаключаются на новый срок. Для того, чтобы работник мог быть принят снова с 1 сентября на работу в то же или иное образовательное учреждение, в силу ст. 65 ТК РФ лицо должно предъявить соответствующие справки (о состоянии здоровья и на «криминальную чистоту»), что требует временных и, как показывает практика, финансовых затрат со стороны работника. Таким образом, в уязвимом положении оказались те педагоги, которые по тем или иным обстоятельствам (далеко не всегда зависящим от воли работника) часто *вновь* вступают в трудовые правоотношения с одним или разными работодателями.

В целях защиты прав и интересов педагогических работников, работающих по совместительству, следует пересмотреть положения ст. 65 ТК РФ о предоставлении справок о состоянии здоровья и судимости (уголовном преследовании). В частности, нет никакой необходимости учителю предъявлять новые справки по внутреннему совместительству, если ранее учитель уже представлял необходимые справки, а также проходил в установленные сроки периодический медицинский осмотр. Полагаем, что внешнему совместителю должно быть предоставлено право предъявления по месту работы у другого работодателя копии справки о судимости (уголовном преследовании), которая была ранее предоставлена работодателю по основному месту работы. Копия справки может быть заверена работодателем по основному месту работы.

Кроме того, считаем необходимым внести изменения в ст. 65 ТК, согласно которым работник при заключении трудового договора предъявляет справку *не о наличии судимости, а об имеющихся ограничениях на замещение определенных должностей, занятие определенной деятельностью или на занятие любой профессиональной деятельностью в определенной вида организациях*. Это означает, что выявление статуса наличия ограничений в определенной деятельности или по определенной должности должен устанавливать компетентный орган; работодатель должен только знать не о наличии у работника судимости (уголовного преследования), а о наличии каких-либо ограничений в профессиональной и иной деятельности. В целях защиты интересов работодателя последнему должна быть предоставлена возможность получать от компетентных органов за определенную плату информацию *о наличии у работника ограничений в области труда*, но с учетом вида деятельности самого работодателя (орган государственной власти, организация с участием детей и т.д.) и профессиональной деятельности работника.

Интерес вызывает также норма ст. 331 ТК РФ об ограничении допуска к педагогической деятельности ввиду недееспособности лица, признанной в установленном федеральным законом порядке. Указанное ограничение было введено в Кодекс Федеральным законом от 30 июня 2006 г. №90-ФЗ¹. ТК РФ в настоящее время не содержит прямых указаний на то, что в трудовые отношения в качестве работника не может вступать недееспособное лицо (ст. 20 ТК РФ). По этому вопросу в науке трудового права сложились неоднозначные мнения. Согласно одной из них, работником не может быть недееспособное лицо, поскольку такое лицо не относится к субъектам трудового права². Само понятие «труд» определяется как *целенаправленная* деятельность человека, реализующего свои физические и умственные способности для получения материальных или духовных благ³. Недееспособное лицо в силу дефекта воли не способно целенаправленно управлять такой деятельностью. Тем не менее, некоторые ученые допускают возможность признания недееспособного лица в статусе работника, обосновывая свою позицию, существующей практикой трудовой терапии⁴.

Не углубляясь в существо указанных разногласий, считаем, что формулировка Кодекса все-таки нуждается в корректировке, поскольку, по глубокому убеждению автора, допуск к педагогической деятельности в сфере образования, воспитания и развития несовершеннолетних также должен быть ограничен не только для недееспособных лиц, но и для ограниченно дееспособных. Такая позиция обусловлена основаниями, по которым лицо подвергается судом ограничению в дееспособности: зло-

¹ СЗ РФ. 2006. №27. Ст. 2878.

² См. Трудовое право: Учебник / Н. А. Бриллиантова [и др.] / Под ред. О. В. Смирнова, И. О. Смигиревой. М., 2010. С. 79.

³ См.: Маврин С. П., Хохлов Е. Б. Работник как субъект трудового права // Правоведение. 1996. №4. С. 68–78.

⁴ См.: Гашкин А. Правовое положение лиц, страдающих психическими заболеваниями, в сфере трудового права // URL: http://www.library.ru/help/docs/n6_5782/pravpsih.doc.

употребление таким лицом спиртными напитками или наркотическими веществами (ст. 30 Гражданского кодекса Российской Федерации). Указанные основания однозначно являются несовместимыми с педагогической деятельностью в детском учреждении, поскольку в силу ее содержания она должна быть направлена на обучение и воспитание подрастающего поколения.

С учетом изложенного, предлагаем разграничить перечень ограничений допуска к педагогической деятельности в зависимости от педагогической должности и места работы. Требования к занятию педагогической деятельностью с несовершеннолетними лицами должен отличаться от требований к занятию педагогической деятельностью с лицами, получающими среднее (высшее) профессиональное или послевузовское образование. По мнению автора, перечень ограничений к занятию педагогической деятельностью в детских образовательных учреждениях по «криминальным» и некоторым иным основаниям должен быть более жестким. В частности, считаем целесообразным установление в качестве дополнительного ограничения к педагогической деятельности с детьми такое основание как *лишение лица родительских прав*, подтвержденное решением суда, что применяется в настоящее время Латвии¹.

О КОЛЛИЗИИ НОРМ ЧАСТИ 2 СТАТЬИ 331 ТРУДОВОГО КОДЕКСА РФ И ЧАСТИ 6 СТАТЬИ 86 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РФ

АКОПОВ Дмитрий Рубенович,

к.ю.н., доцент кафедры земельного и экологического права
Южно-Российского института — филиала РАНХиГС при Президенте РФ

Нормы права должны быть согласованы, между ними не должно быть коллизий. Весьма серьезная коллизия возникла после внесения изменений в ТК РФ, в соответствии с которыми к педагогической деятельности не допускаются лица, имеющие или имевшие судимость, подвергающиеся или подвергавшиеся уголовному преследованию (за исключением лиц, уголовное преследование в отношении которых прекращено по реабилитирующим основаниям) за преступления против жизни и здоровья, свободы, чести и достоинства личности (за исключением незаконного помещения в психиатрический стационар, клеветы и оскорбления), половой неприкосновенности и половой свободы личности, против семьи и несовершеннолетних, здоровья населения и общественной нравственности, а также против общественной безопасности (абз. 3 ч. 2 ст. 331 ТК РФ в ред. от 23 декабря 2010 г.)². В то же время в соответствии с ч. 6 ст. 86 УК РФ погашение или снятие судимости аннулирует все правовые последствия, связанные с судимостью.

Конституционность абз. 3 ч. 2 ст. 331 ТК РФ вызывает серьезные сомнения.

Судья Конституционного Суда РФ А. Л. Кононов считает весьма спорным «использование института судимости в других отраслях права, в основном как ограничения при приеме на работу, причем даже в случаях, когда судимость снята или погашена. Дело в том, что в самом уголовном праве судимость явно не предназначена и не может быть предназначена для этой цели. Для подобных целей, при наличии к тому оснований, служат специальные меры наказания, например в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься профессиональной или иной деятельностью (ст. 47 УК РФ), четко ограниченные определенным сроком и назначаемые судом в уголовно-процессуальном порядке».

Судья Конституционного Суда РФ Н.В. Витрук отрицает конституционность самого института судимости, он пишет: «Лицо, отбывшее наказание, испутившее свою вину, продолжает находиться под подозрением в возможности совершения им нового преступления. Это подозрение является публичным «клеймом» государства. Судимость как своеобразный уголовно-правовой испытательный срок для лица, отбывшего наказание, по существу, означает превентивное, продолжающееся уголовное наказание, которое становится дополнительным наказанием в случае совершения нового преступления».

Судимость как явление «объективного» и «субъективного» уголовного права, заменившее «неблагонадежность» времен царизма и «контрреволюционность» времен красного террора и гражданской

¹ См.: Sect. 50 Izglītības likums "LV", 343/344 (1404/1405), 17.11.1998 (Education Law от 17 November 1998 г.) // URL: <http://www.likumi.lv/doc.php?id=50759>; <http://izm.izm.gov.lv/laws-regulations/2093.html>.

² Федеральный закон от 23.12.2010 №387-ФЗ "О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» и Трудовой кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ. 2010. №52 (ч. 1). Ст. 7002.

войны, аморальна (безнравственна), противоречит принципам права, справедливости и гуманизма и представляет собой рудимент прошлого, тоталитарного режима», и делает вывод: «Предусматривая судимость как специфическое уголовное-правовое явление и как институт уголовного права, Уголовный кодекс Российской Федерации вступает в противоречие с общеправовым принципом «*non bis in idem*», закрепленным в статье 50 (часть 1) Конституции Российской Федерации, и с положениями, содержащимися в пункте 7 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах и в статье 4 Протокола №7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод»¹.

Обороты «имевшие судимость», а также «подвергавшиеся уголовному преследованию» в ст. 331 ТК РФ означают пожизненное поражение в правах (пожизненное «клеимо» по выражению Н. В. Витрука). По мнению автора, как бы ни относиться к институту судимости как таковому, который, как известно, ограничен определенными временными рамками, пожизненное поражение в правах, означая, в частности, признание исправления преступника задачей, нерешаемой в принципе, является грубейшим нарушением прав и свобод человека и несовместимо с принципами правового государства, каковым провозглашает Россию ст. 1 Конституции. В США, например, дискриминация по признаку погашенной судимости запрещена федеральным законодательством².

Особенно возмутительно, что такая беспрецедентная мера, как пожизненное лишение права, применяется за преступления небольшой тяжести. Причем логика законодателя непостижима: почему лица, осужденные за небольшой тяжести преступления против жизни и здоровья, в том числе неосторожные, или хотя и умышленные, но в виде, за которые при отсутствии квалифицирующих признаков вообще не предусмотрено наказание в форме лишения свободы, например, причинение легкого вреда здоровью (ст. 115 УК РФ) или нанесение побоев, без какого-либо вреда здоровью (ст. 116 УК РФ), навсегда лишаются права заниматься педагогической деятельностью (абз. 3 ч. 2 ст. 331 ТК РФ), а осужденные за отнесенный к категории экономических преступлений разбой, который при наличии квалифицирующих признаков, предусмотренных ч. 3 и 4 ст. 162 УК РФ, относится к особо тяжким преступлениям — только на время действия судимости (абз. 4 ч. 2 ст. 331 ТК РФ)? Осужденный за грабеж, который при отсутствии квалифицирующих признаков, предусмотренных ч. 2 и 3 ст. 161 УК РФ, относится к преступлениям средней тяжести, в случае назначения наказания, не связанного с реальным лишением свободы, может, как ни в чем не бывало, продолжать педагогическую деятельность.

Вряд ли случайно авторы одного из комментариев, изданных в 2012 г., комментируя ст. 331 ТК РФ сделали вид, что не замечают абз. 3 ч. 2 этой статьи, хотя текст статьи привели в действующей редакции. Они предложили дополнить абз. 4 ч. 2 ст. 331 ТК РФ, где ограничения предусмотрены для лиц, имеющих непогашенную или неснятую судимость за тяжкие и особо тяжкие преступления, упоминанием некоторых преступлений средней тяжести: доведение до самоубийства (ст. 110 УК РФ); принуждение к действиям сексуального характера (ст. 133 УК РФ); действия сексуального характера с лицами, не достигшими 16-летнего возраста (ст. 134 УК РФ); вовлечение несовершеннолетних в совершение антиобщественных действий (ст. 151 УК РФ); нарушение правил оборота наркотических средств или психотропных веществ (ст. 228² УК РФ); незаконное распространение порнографических материалов или предметов (ст. 242 УК РФ); некоторые другие преступления средней тяжести, совершение которых не дает гражданину морального права заниматься педагогической деятельностью³. Между тем, все названные преступления, подпадают под действие абз. 3 ч. 2 ст. 331 ТК РФ действующей редакции. По мнению автора, следует согласиться с этим предложением, а абз. 3 исключить.

¹ Особые мнения судей Конституционного Суда Российской Федерации А. Л. Кононова и Н. В. Витрука по делу о проверке конституционности положений Уголовного кодекса Российской Федерации, регламентирующих правовые последствия судимости лица, неоднократности и рецидива преступлений, а также пунктов 1–8 Постановления Государственной Думы от 26 мая 2000 года «Об объявлении амнистии в связи с 55-летием Победы в Великой Отечественной войне 1941–1945 годов» // СЗ РФ. 2003. №14. Ст. 1302.

² См. *обэтом*: Киселев И. Я., Лушников А. М. Трудовое право России и зарубежных стран: Учебник / И. Я. Киселев, А. М. Лушников / Под. ред. М. В. Лушниковой Изд. 3-е перераб. и доп. М.: Эксмо, 2008. С. 362.

³ Бабурин С. Н., Глисков А. А., Глисков А. Г., Забейворота А. И. Комментарий к Трудовому кодексу РФ. Постатейный. Научно-практический. С разъяснениями официальных органов и постатейными материалами. Действующая редакция 2012 г. Под редакцией доктора юридических наук, профессора С. Н. Бабурина. Серия «Профессиональные комментарии законодательства Российской Федерации». М.: Книжный мир, 2012. С. 658.

Однако вместо этого законодатель расширил перечень преступлений, упомянутых в этом абзаце, добавив туда преступления против основ конституционного строя и безопасности государства¹. Остается надеяться, что Конституционный Суд РФ скажет свое веское слово по этому вопросу. Следует отметить, что ч. 2 ст. 331 ТК РФ уже была предметом рассмотрения Конституционного Суда, и заявителю было отказано в принятии к рассмотрению жалобы, но это было до включения в ч. 2 ст. 331 ТК РФ абз. 3 действующей редакции ТК РФ. Оспаривалась конституционность недопущения к педагогической деятельности лиц, имеющих неснятую или непогашенную судимость за тяжкие и особо тяжкие преступления (абз. 4 действующей ред. ч. 2 ст. 331 ТК РФ)². Представляется, что упоминание в действующей редакции ст. 331 ТК РФ лиц «имевших судимость» и «подвергавшихся уголовному преследованию», в том числе и за преступления небольшой и средней тяжести, создало совершенно новую ситуацию.

ОПЛАТА ТРУДА ГОСУДАРСТВЕННЫХ ГРАЖДАНСКИХ СЛУЖАЩИХ

АДРИАНОВСКАЯ Татьяна Леонидовна,

к.ю.н., доцент кафедры административного и финансового права
ФГОУ ВПО «Кубанский государственный университет»

Основные положения по оплате труда гражданского служащего содержит ст. 50 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» от 27.07.2004 г. №79-ФЗ (далее — Федеральный закон №79-ФЗ)³. В соответствии с ней денежное содержание гражданского служащего состоит из:

- оклада денежного содержания;
- дополнительных выплат.

В свою очередь, оклад денежного содержания включает в себя месячный оклад гражданского служащего в соответствии с замещаемой им должностью гражданской службы (далее — должностной оклад) и месячный оклад гражданского служащего в соответствии с присвоенным ему классным чином гражданской службы (далее — оклад за классный чин).

К дополнительным выплатам относятся:

1) ежемесячная надбавка к должностному окладу за выслугу лет на гражданской службе (от одного года до пяти лет 10%, от пяти до десяти лет 15%, от десяти до 15 лет 20%, свыше 15 лет 30%);

2) ежемесячная надбавка к должностному окладу за особые условия гражданской службы в размере до 200% этого оклада (порядок выплаты определяется представителем нанимателя). Для федеральных гражданских служащих Указ Президента РФ №763⁴ ежемесячная надбавка к должностному окладу за особые условия гражданской службы установлена в следующих размерах:

- а) по высшей группе должностей гражданской службы — от 150 до 200% должностного оклада;
- б) по главной группе должностей гражданской службы — от 120 до 150% должностного оклада;
- в) по ведущей группе должностей гражданской службы — от 90 до 120% должностного оклада;
- г) по старшей группе должностей гражданской службы — от 60 до 90% должностного оклада;
- д) по младшей группе должностей гражданской службы — до 60% должностного оклада.

3) ежемесячная процентная надбавка к должностному окладу (тарифной ставке) граждан, допущенных к государственной тайне на постоянной основе (за исключением военнослужащих, сотрудни-

¹ Федеральный закон от 01.04.2012 №27-ФЗ «О внесении изменений в статью 22.1 Федерального закона "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" и статьи 331 и 351.1 Трудового кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ, 2012. №14. Ст. 1553.

² Определение Конституционного Суда РФ от 26.01.2010 №127-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Лазарева Сергея Федоровича на нарушение его конституционных прав положением части второй статьи 331 Трудового кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

³ О государственной гражданской службе Российской Федерации: Федеральный закон от 27.07.2004 №79-ФЗ (ред. от 21.11.2011 г. №9329-ФЗ, с изм. от 22.11.2011 г.) // СЗ РФ, 2004. №31. Ст. 3215.

⁴ О денежном содержании федеральных государственных гражданских служащих: Указ Президента РФ от 25.07.2006 №763 (ред. от 12.07.2012 г. №976) // СЗ РФ, 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3459.

ков органов внутренних дел Российской Федерации и уголовно-исполнительной системы), выплачивается в зависимости от степени секретности сведений, к которым эти граждане имеют документально подтверждаемый доступ на законных основаниях¹.

В соответствии с Постановлением правительства РФ от 18.09.2006 №573, размер ежемесячной процентной надбавки к должностному окладу (тарифной ставке) за работу со сведениями, имеющими степень секретности «особой важности», составляет 50–75 процентов, имеющими степень секретности «совершенно секретно», 30–50 процентов, имеющими степень секретности «секретно» при оформлении допуска к проведению проверочных мероприятий, 10–15 процентов, без проведения проверочных мероприятий, 5–10 процентов.

4) ежемесячное денежное поощрение, размер которого для федеральных гражданских служащих устанавливается по федеральным государственным органам дифференцированно указами Президента РФ (п. 6 ст. 50 Федерального закона №79-ФЗ);

5) премии за выполнение особо важных и сложных заданий (максимальный размер не ограничивается). Порядок выплаты премий определяется представителем нанимателя с учетом обеспечения задач и функций государственного органа, исполнения должностного регламента²;

6) единовременная выплата при предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска и материальная помощь, выплачиваемые за счет средств фонда оплаты труда гражданских служащих. Порядок выплаты материальной помощи за счет средств фонда оплаты труда гражданских служащих определяется соответствующим положением, утверждаемым представителем нанимателя³;

В случаях, установленных законодательством РФ, к денежному содержанию гражданского служащего устанавливается районный коэффициент (коэффициент). Например, установлен районный коэффициент в размере 1,5 к денежному содержанию федеральных государственных гражданских служащих территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, расположенных в г. Байконуре на период аренды комплекса «Байконур» Российской Федерацией⁴.

Размеры должностных окладов и окладов за классный чин федеральных гражданских служащих установлены Указом Президента РФ №763⁵. Размеры должностных окладов и окладов за классный чин гражданских служащих субъекта РФ устанавливаются в соответствии с нормативным правовым актом субъекта РФ. Так. Закон Краснодарского края от 12.03.2007 №1204-КЗ (ред. от 03.07.2012 г. №2538-КЗ) (далее — Закон Краснодарского края №1204-КЗ)⁶ предусматривает при формировании фонда оплаты труда гражданских служащих сверх суммы средств, направляемых для выплаты долж-

¹ О предоставлении социальных гарантий гражданам, допущенным к государственной тайне на постоянной основе, и сотрудникам структурных подразделений по защите государственной тайны: Постановление Правительства РФ от 18.09.2006 №573 (ред. от 31.01.2012 г. №60) // СЗ РФ. 2006. №39. Ст. 4083.

² См. например: О денежном содержании отдельных категорий федеральных государственных гражданских служащих: Приказ МВД России от 06.07.2009 №511 (ред. от 11.07.2012 г. №685) // Российская газета. 2009. №153. 19 авг. Приложение №2.

³ См. например: Об утверждении Положений о порядке выплаты ежемесячной надбавки к должностному окладу за особые условия государственной гражданской службы государственным гражданским служащим, о порядке премирования, о порядке выплаты материальной помощи и единовременной выплаты при предоставлении ежегодного оплачиваемого отпуска государственным гражданским служащим и работникам, замещающим должности, не являющиеся должностями федеральной государственной гражданской службы, Министерства финансов Российской Федерации: Приказ Минфина РФ от 09.07.2007 №61н // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2007. №36.

⁴ Вопросы оплаты труда федеральных государственных гражданских служащих территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, расположенных в г. Байконуре на период аренды комплекса «Байконур» Российской Федерацией: Указ Президента РФ от 12.04.2010 №450 // СЗ РФ. 2010. №16. Ст. 1874.

⁵ О денежном содержании федеральных государственных гражданских служащих: Указ Президента РФ от 25.07.2006 №763 (ред. от 17.02.2012 №201) // СЗ РФ. 2006. №31 (1 ч.). Ст. 3459.

⁶ О денежном содержании государственных гражданских служащих Краснодарского края: Закон Краснодарского края от 12.03.2007 №1204-КЗ (ред. от 03.07.2012 г. №2538-КЗ) // Информационный бюллетень ЗС КК. 2007. №51(122).

ностных окладов, предусматриваются средства для выплаты (в расчете на год) оклада за классный чин — в размере четырех должностных окладов.

Гражданским служащим производятся и другие выплаты, предусмотренные соответствующими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами.

Федеральный закон №79-ФЗ в части 11 статьи 50 предусматривает, что размеры окладов денежного содержания по должностям федеральной гражданской службы ежегодно увеличиваются (индексируются) в соответствии с федеральным законом о федеральном бюджете на соответствующий год с учетом уровня инфляции (потребительских цен). Решение об увеличении (индексации) размеров окладов денежного содержания по должностям федеральной гражданской службы принимается Президентом Российской Федерации по представлению Правительства Российской Федерации. Так, Указом Президента РФ от 03.05.2012 №572¹ с 1 октября 2012 г. в 1,06 раза повышены размеры месячных окладов дипломатических работников в соответствии с присвоенными им дипломатическими рангами, размеры месячных окладов федеральных государственных гражданских служащих в соответствии с присвоенными им классными чинами юстиции.

Согласно закону субъекта РФ о бюджете субъекта РФ на соответствующий год размеры окладов денежного содержания по должностям гражданской службы субъекта РФ ежегодно увеличиваются (индексируются) с учетом уровня инфляции (потребительских цен). При этом увеличение (индексация) производится в соответствии с законодательством субъекта РФ. Так, Закон Краснодарского края №1204-КЗ предусматривает в статье 5, что размеры окладов денежного содержания по должностям гражданской службы ежегодно увеличиваются (индексируются) в соответствии с законом Краснодарского края о краевом бюджете на соответствующий год с учетом уровня инфляции (потребительских цен). При увеличении (индексации) размеров окладов денежного содержания по должностям гражданской службы размеры окладов подлежат округлению до целого рубля в сторону увеличения.

Законом Краснодарского края от 20.12.2011 №2404-КЗ «О краевом бюджете на 2012 год и на плановый период 2013 и 2014 годов»² статьей 15 предусмотрено увеличить размеры денежного вознаграждения лиц, замещающих государственные должности Краснодарского края, а также размеры месячных окладов государственных гражданских служащих Краснодарского края в соответствии с замещаемыми ими должностями государственной гражданской службы Краснодарского края и размеры месячных окладов государственных гражданских служащих Краснодарского края в соответствии с присвоенными им классными чинами государственной гражданской службы Краснодарского края с 1 января 2012 года на 6,5 процента и с 1 октября 2012 года на 6%.

По отдельным должностям гражданской службы (п. 14 ст. 50 Федерального закона №79-ФЗ) может устанавливаться особый порядок оплаты труда, при котором оплата труда производится в зависимости от показателей эффективности и результативности профессиональной служебной деятельности, определяемых в срочном служебном контракте. К гражданским служащим, оплата труда которых производится в особом порядке, не применяются условия оплаты труда, указанные выше.

На наш взгляд, определение эффективности и результативности профессиональной служебной деятельности гражданского служащего нуждается в создании определенной системы, унификации, четких критериев оценки, закрепленных в нормативных актах. Показатели эффективности и результативности, на наш взгляд, должны быть связаны с оплатой труда гражданского служащего, быть критериями ее дифференциации.

По данному вопросу в науке есть прямо противоположное мнение. Е.А. Ершова отмечает, что в государственном органе вряд ли возможно объективно устанавливать и определять эффективность и результативность деятельности отдельных гражданских служащих, а не государственного органа в целом³.

В соответствии с п. 17 статьи 50 Федерального закона №79-ФЗ специфические показатели эффективности и результативности деятельности государственного органа, принятия и исполнения управленческих и иных решений, а также правового, организационного и документационного обе-

¹ О повышении окладов месячного денежного содержания лиц, замещающих должности федеральной государственной гражданской службы: Указ Президента РФ от 03.05.2012 №572 (с изм. от 02.08.2012 г.) // СЗ РФ. 2012. №19. Ст. 2325.

² О краевом бюджете на 2012 год и на плановый период 2013 и 2014 годов: Закон Краснодарского края от 20.12.2011 №2404-КЗ (ред. от 28.05.2012 г. №2494-КЗ) // Кубанские новости. 2011. №227.

³ Ершова Е. А. Трудовые правоотношения государственных гражданских и муниципальных служащих в России. М.: Статут, 2008.

спечения исполнения указанных решений утверждаются правовым актом государственного органа в соответствии с особенностями его задач и функций.

Таким образом, очевидно, что на законодательном уровне закреплены положения о необходимости применения данных показателей, и только их не разработанность на настоящий момент препятствует успешному применению в качестве стимула в системе оплаты труда. На этот факт указывают многие ученые¹.

В настоящее время в субъектах Российской Федерации приняты и действуют законодательные акты, определяющие состав фондов оплаты труда государственных служащих различных органов власти.

Так, Закон Краснодарского края от 12.03.2007 №1204-КЗ предусматривает, что денежное содержание государственного гражданского служащего Краснодарского края состоит из месячного оклада гражданского служащего в соответствии с замещаемой им должностью государственной гражданской службы Краснодарского края и месячного оклада гражданского служащего в соответствии с присвоенным ему классным чином государственной гражданской службы Краснодарского края, которые составляют оклад месячного денежного содержания гражданского служащего, а также из ежемесячных и иных дополнительных выплат².

Следует отметить, что имеется судебная практика по вопросам взыскания недополученных сумм государственным гражданским служащим, что свидетельствует о наличии нарушений законодательства в данной сфере.

Так, Прокурор Новопокровского района обратился в суд с иском в интересах И.К. Бойко о взыскании денежной премии при награждении Почетной грамотой, недополученного поощрения в связи с выходом на государственную пенсию за выслугу, недополученной суммы четырехмесячного денежного содержания и компенсации за неиспользованный отпуск³.

И.К.Бойко уволен с государственной должности федеральной государственной гражданской службы.

Любые виды поощрений, предусмотренные Федеральным законом от 27.07.2004 г. №79-ФЗ «О государственной гражданской службе РФ предполагают одновременную выплату денежного поощрения. Так как И.К. Бойко был награжден почетной грамотой на основании приказа, суд решил, что исковые требования прокурора Новопокровского района в интересах И.К. Бойко к Управлению Федерального казначейства по Краснодарскому краю законны, обоснованы и подлежат удовлетворению.

НАДЗОР ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ, СВОБОД И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ РАБОТНИКОВ В СФЕРЕ ТРУДА

БЕРДЫЧЕВСКИЙ Виктор Семенович,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»;

БЕРДЫЧЕВСКАЯ Светлана Викторовна, помощник прокурора
г. Каменска-Шахтинского Ростовской области, юрист 2 класса

Считается, что прокуратура появилась в XIII–XIV вв. во Франции в связи с борьбой королевской власти против своеволия феодалов и сепаратизма (ордонанс короля Филиппа IV, 1302 г.). Она была инструментом становления и укрепления абсолютизма. С первых лет существования это

¹ Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации: вопросы теории: монография / под ред. Ю. Н. Старилова. М.: NOTABENE, 2010; Башуров В. Б. Отграничение квалификационного экзамена от аттестации государственных гражданских служащих Российской Федерации // Современное право. 2011. №11. С. 82–88; Жильцов В. Эффективность в системе государственной гражданской службы // Государственная служба. 2008. №4(54). С. 14.

² О денежном содержании государственных гражданских служащих Краснодарского края: Закон Краснодарского края от 12.03.2007 №1204-КЗ (ред. от 03.07.2012 №2538-КЗ) // Информационный бюллетень ЗС КК. 2007. №51(122).

³ Дело №33-4142/12 Кассационное Определение от 21 февраля 2012 года Судебной коллегии по гражданским делам Краснодарского краевого суда //URL: <http://www.kubansud.ru>; <http://судебнаяинформация.рф/bsr/case/1186503/03.09.2012>.

был сугубо обвинительный, карательный орган. Поэтому не случайно, что именно прокуратура Франции послужила образцом для создания аналогичных правовых институтов в других странах, в том числе и в России¹.

В начале XVIII столетия в России происходят серьезные изменения в системе управления государством. Реформа государственных институтов в то время была объективно обусловлена острой необходимостью наведения хотя бы элементарного порядка в делах государственных учреждений, искоренения волокиты, казнокрадства, неприкрытого мздоимства, стяжательства государственных чиновников. Настоящей бедой государственного управления становится бюрократизм. Эти негативные явления распространялись на всю территорию России, на все уровни государственного управления. Историки отмечают, что даже ближайшим сподвижникам Петра I Александру Меншикову и генералиссимусу Алексею Шейну не была чужда жажда наживы. Меншиков растрачивал средства государственной казны на личные нужды, а Шейн за определенную мзду производил в звания полковников и генералов².

Предпринимая попытку навести в стране порядок, Петр I изменяет все основные государственные структуры, обновляет законодательство. Боярская Дума заменяется Правительствующим Сенатом, который становится высшим управленческим и судебным органом.

Так великий реформатор начала 18в. царь Петр Алексеевич, искавший пути и средства ускорения преобразований, пришел к решению создать особый надзорный орган, способный «уничтожить или ослабить зло, проистекавшее из беспорядков в делах, неправосудия, взяточничества и беззакония».

В результате дальнейших поисков 12 января 1722 г. в России был основан государственно-правовой институт прокуратуры во главе с назначаемым Государем генерал-прокурором и его помощником обер-прокурором. Как следует из Указа от 27 апреля 1722 г., генерал-прокурор определяется, как: «сей чин яко око наше и стряпчий о делах государственных». Ему предписывалось строго следить за тем, «чтобы не на столе только дела вершились, но самым действием по указам исполнялись»³.

Основной функцией прокуроров на начальном этапе становления прокурорской системы являлся надзор за деятельностью тех учреждений, при которых они состояли.

В последующие годы после смерти Петра I значение прокуратуры и ее престиж заметно падают.

Деятельность органов прокуратуры была существенно трансформирована в период царствования Александра II. Так, судебные уставы от 20.11.1864 г. ограничивали прокурорский надзор судебной областью, т.е. отказались от общего надзора⁴.

В таком виде прокуратура фактически сохранилась до Октябрьской революции 1917 г., после которой она была ликвидирована. Идея воссоздания прокуратуры является частью задуманного В.И. Лениным плана установления эффективного контроля за деятельностью аппарата власти.

Первое упоминание на конституционном уровне содержится в Конституции (Основном законе) СССР, принятой 2-й Сессией ЦИК СССР первого созыва 6 июля 1923 г., в окончательной редакции II съезда Советов СССР 31 января 1924 г.⁵, затем в Конституции (Основном законе) СССР от 5 декабря 1936 г. В Конституции (Основном законе) СССР от 7 октября 1977 г. в разделе VII глава 21 специально посвящена прокуратуре. Эта Конституция возлагала на органы прокуратуры обязанность осуществлять надзор не только за точным, но и за единообразным исполнением законов (ст. 164)⁶.

Принятие всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. Конституции РФ стало важным этапом на пути преобразования России в демократическое правовое государство. Концептуальной основой Конституции РФ признано в качестве высшей ценности закрепление прав и свобод человека и гражданина. При этом необходимым условием укрепления государства должна стать прокуратура, которая призвана охранять и защищать права и свободы как самостоятельные ценности.

¹ Брокгауз и Ефрон. Энциклопедический словарь. СПб, 1998. Т. 49 С. 396.

² Панова А., Серебрякова Т. Никто не хотел брать по чину (Из истории казнокрадства в России) // Российская газета. 1999. 4 июня.

³ Ключевский В. О. Курс Русской истории. М., 1989. Т. 4. С. 163.

⁴ Российское законодательство X–XX веков / Отв. ред. В. В. Виленский. Т. 8. С. 98.

⁵ Вестник ЦИК, СНК и СТО Союза ССР, 1923, №2. Ст. 45; 1924, №2. Ст. 24.

⁶ ВВС СССР 1977, №41, Ст. 617.

В соответствии с ч. 1 ст. 129 Конституции РФ прокуратура, являясь государственным органом, составившей единую централизованную систему с подчинением нижестоящих прокуроров вышестоящим и Генеральному прокурору РФ. Согласно ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» от 17.01.1992 г. №2202–1 с изм. и доп. прокуратура осуществляет надзор за соблюдением Конституции РФ и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации, а также выполняет иные полномочия в целях обеспечения верховенства Закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека и гражданина, охраняемых законом интересов общества и государства.

Особую группу прав и свобод человека и гражданина, защищаемых Конституцией РФ, составляют социально-экономические права и свободы. Они касаются таких важных сфер жизни человека, как право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию; на труд в условиях, отвечающих требованиям безопасности и гигиены, на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации и не ниже установленного Федеральным законом минимального размера оплаты труда, а также право на защиту от безработицы (ст. 37); право на социальное обеспечение по возрасту, в случае болезни, инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей (ст. 39); право на охрану здоровья и медицинскую помощь (ст. 41), на благоприятную окружающую среду (ст. 42) и другие.

Согласно ст. 353 Трудового кодекса РФ, государственный надзор за точным и единообразным исполнением трудового законодательства и иных нормативно-правовых актов, содержащих нормы трудового права осуществляют Генеральный прокурор РФ и подчиненные ему прокуроры в соответствии с Федеральным законом.

Прокурорская практика показывает, что большинство правонарушений в сфере социально-экономических прав и свобод допускается при осуществлении трудовых прав граждан.

Например, только после непосредственного вмешательства органов прокуратуры Ростовской области в 1998 г. было выявлено и устранено 7728 нарушений законодательства о труде, в 1999 г. 8027¹.

Характеризуя современную ситуацию в сфере защиты конституционных прав нужно подчеркнуть, что Россия переживает сложный период своей истории. Общий системный кризис, связанный с распадом Советского Союза, наложилась на сложные и глубокие перемены во всех сферах жизни общества, затронувшие интересы миллионов людей.

Так, число бедных в 2010 г. увеличилось до 17,4% населения, или на 25 млн человек. Это люди, чьи доходы ниже уровня прожиточного минимума. Причем более половины из них 59,4% — работающие².

Эти обстоятельства учитывались при планировании надзорной деятельности прокуратуры Ростовской области.

Так, при осуществлении надзорной деятельности органов прокуратуры Ростовской области за соблюдением конституционных прав и свобод человека и гражданина в сфере трудовых отношений за 2008–2010 гг. усматривается, что: в 2008 г. выявлено 10943 нарушения о трудовых правах, из них об охране труда — 633, или 5,8%; об оплате труда — 7156, или 65,4%; о пенсионном законодательстве — 1430, или 13,1%.

В 2010 г. всего нарушений трудовых прав выявлено 11354, из них об охране труда — 1073, или 9,5%; об оплате труда — 7435, или 65,4%; о пенсионном законодательстве — 1623, или 14,3%.

Статистические данные о соблюдении конституционных прав и свобод человека и гражданина в Ростовской области свидетельствуют об увеличении числа выявленных нарушений о трудовых правах на 411 случаев по сравнению с 2008 г., нарушений охраны труда — на 440, число нарушений об оплате труда увеличилось на 279, также увеличилось число нарушений о пенсионном законодательстве — на 193.

В большей степени органы прокуратуры по выявленным нарушениям предъявляли иски, выносили предостережения о недопустимости нарушения закона и наказывали в административном порядке³.

¹ Н. В. Мельников. Надзор прокуратуры за соблюдением конституционных прав и свобод граждан России. М.: ТПО, «Книготорг», 2000, С. 55.

² Российская газета. 2011. №48 (5127). 19 марта 2011.

³ Сведения взяты из статистической отчетности прокуратуры Ростовской области 2008–2010 гг.

НАДЗОР ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ РОСТОВСКОЙ ОБЛАСТИ
ЗА СОБЛЮЖДЕНИЕМ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА
В СФЕРЕ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ ЗА 2008–2010 гг.¹

По отраслям законодательства	О трудовых правах			Об охране труда			Об оплате труда			О пенсионном законодательстве		
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
Год	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2008	2009	2010
Выявлено нарушений	10943	11392	11354	633	837	1073	7156	6979	7435	1430	1181	1623
Принесено протестов	2820	2928	2536	135	215	117	805	742	566	3	3	13
Направлено исков в суд	5012	4689	3790	2	8	0	4981	4654	3787	522	393	535
На сумму							28736	40905	43008			
Внесено представлений	1395	1527	1490	185	247	294	599	691	758	797	675	614
По представлениям наказано в дисциплинарном порядке	302	427	713	82	142	223	53	132	286	21	37	66
Предостережено лиц о недопустимости нарушения закона	428	531	493	33	94	69	285	304	262	221	155	298
По постановлению прокурора РФ:												
наказано лиц в административном порядке	850	923	940	181	202	219	404	467	485	34	21	48
возбуждено уголовных дел в порядке общего надзора	11	6	8	1	2	4	9	4	17	0	1	5

Во второй половине 90-х годов прошлого столетия определенное распространение в РФ получила практика невыплаты заработной платы, вызывающая значительные негативные социальные последствия. Вследствие этих обстоятельств, руководствуясь Приказами Генерального прокурора, органы прокуратуры повысили результативность прокурорского надзора за исполнением законодательства о своевременной и в полном размере выплаты заработной платы.

Органами прокуратуры было возбуждено значительное число уголовных дел в Российской Федерации. Так, в 2010 г. прокуроры Дальневосточного федерального округа, используя весь потенциал прокурорского надзора, защитили нарушенные права тысяч граждан на оплату труда, удалось сократить долги по зарплате на сумму более 1 млрд руб. В интересах работников в суд предъявлено 47,7 заявлений о взыскании заработной платы на сумму более 960 млн. рублей. По инициативе прокуроров 1732 должностных лица привлечены к дисциплинарной, 1785 — к административной ответственности, из них 70 дисквалифицированы, возбуждено 62 уголовных дела².

¹ Сведения взяты из статистической отчетности прокуратуры Ростовской области 2008–2010 гг.

² URL: <http://www.genproc.gov.ru/news/news-13945>.

В 2010 г. по результатам прокурорского вмешательства в субъектах РФ Центрального Федерального округа удалось погасить задолженность по заработной плате на сумму более 2,6 млрд. руб. По инициативе прокуроров 8,2 тыс. лиц привлечены к дисциплинарной и административной ответственности. Следственными органами возбуждено 137 уголовных дел по ст. 145¹ УК РФ, по которым вынесено 54 обвинительных приговора¹.

В 2010 г. благодаря работе органов прокуратуры Северо-Западного Федерального округа ликвидирована задолженность по заработной плате на сумму свыше 1,5 млрд. руб. По постановлениям прокуроров 2375 должностных лиц привлечены к дисциплинарной ответственности, 2074 лица — к административной ответственности, 100 руководителей дисквалифицированы. В интересах граждан в суд направлены 33249 заявлений, из которых 30697 на общую сумму 643,9 млн. руб. уже удовлетворены. По материалам прокурорских проверок возбуждено 48 уголовных дел².

В минувшем году органы прокуратуры Уральского Федерального округа надзорными мерами добились выплаты долгов по заработной плате на сумму 1,5 млрд. руб. На основании материалов прокурорских проверок 2224 руководителя и должностных лица привлечены к дисциплинарной, а 2539 — к административной ответственности, 55 дисквалифицированы судами. В отношении недобросовестных работодателей, умышленно не выплачивающих зарплату, возбуждено 62 уголовных дела³.

В Сибирском федеральном округе принятыми мерами прокурорского реагирования выплачено более 3,2 млрд руб. долгов по заработной плате. При этом в связи с невыплатой заработной платы было возбуждено 84 уголовных дела, 4307 дел об административных правонарушениях, в том числе 135 должностных лиц дисквалифицированы, внесено 6865 представлений, в суды направлено более 64 тысяч заявлений о взыскании задолженности по заработной плате на сумму 1253,1 млн руб.⁴

В Южном федеральном округе прокуроры заставили руководителей вернуть долги по зарплате на сумму более 200 млн руб.⁵

17 декабря 2010 г. по требованию прокуратуры Ростовской области возбуждено уголовное дело в отношении бывшего директора ЗАО «Рабочий» П. по ст. 145¹ УК РФ, не платившего заработную плату своим работникам в течение пяти месяцев. Общая сумма задолженности составила 26 млн руб. Деньги имелись на счетах, но П. расходовал их на погашение кредитов⁶.

Надзорная практика органов прокуратуры свидетельствует о том, что возбуждение уголовных дел является эффективной мерой воздействия, вынуждающей работодателя погасить задолженность по заработной плате в максимально короткие сроки. По данным прокуратуры Ростовской области, на многих предприятиях, в отношении руководства которых возбуждены уголовные дела по фактам невыплаты заработной платы, наметилась положительная тенденция погашения задолженности.

В заключение следует подчеркнуть, что нами рассмотрены некоторые аспекты прокурорского надзора за соблюдением трудовых прав и законных интересов работников, закрепленных в ст. 37 Конституции РФ, ст. 2 Трудового кодекса РФ. Результаты изучения состояния дел с соблюдением трудовых прав граждан позволяют сделать вывод о том, что реагирование органов прокуратуры на выявленные нарушения в целом оказывают положительное воздействие на состояние криминологической обстановки в сфере трудовых отношений в Ростовской области.

¹ URL: <http://www.genproc.gov.ru/news/news-13951>.

² URL: <http://www.genproc.gov.ru/news/news-13952>.

³ URL: <http://www.genproc.gov.ru/news/news-13949>.

⁴ URL: <http://www.genproc.gov.ru/news/news-57414>.

⁵ Российская газета. 2009. 25 июля.

⁶ URL: http://www.prokuror.rostov.ru/ne_4604103.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ПРИОРИТЕТНОГО ТРУДОУСТРОЙСТВА ГРАЖДАН РФ: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ ЕЕ РЕШЕНИЯ

ГЕФТЕР Юлия Александровна,

к.ю.н., старший преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения
ОУП ВПО «Академия труда и социальных отношений»

В соответствии со ст. 17 Федерального закона «О занятости населения в Российской Федерации»¹ привлечение на территорию РФ иностранной рабочей силы является приоритетным правом РФ.

Таким образом, основной задачей РФ является обеспечение приоритетного трудоустройства граждан РФ. Вместе с тем, ни для кого не является секретом, что иностранные граждане, как правило, используются как дешевая и бесправная рабочая сила (исключение составляют лишь иностранные граждане — квалифицированные и высококвалифицированные специалисты, процент которых в общем количестве иностранных граждан, работающих в РФ, невелик).

В большинстве случаев, работодатели предпочитают использовать труд иностранных граждан, поскольку последние согласны работать за меньшую зарплату.

Единственным способом обеспечения приоритетного трудоустройства граждан РФ в настоящее время является разрешительный порядок трудоустройства иностранных граждан в РФ.

В частности, в соответствии с пунктом 4 ст. 13 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»² работодатель и заказчик работ (услуг) имеют право привлекать и использовать иностранных работников при наличии разрешения на привлечение и использование иностранных работников, а иностранный гражданин имеет право осуществлять трудовую деятельность при наличии разрешения на работу.

Для получения разрешения на привлечение и использование иностранных работников работодателю необходимо получить от органа службы занятости субъекта РФ заключение о целесообразности привлечения и использования иностранных работников.

Порядок выдачи работодателям разрешений на привлечение и использование иностранных работников регулируется соответствующим Административным регламентом³.

Так, в соответствии с пунктом 29 Административного регламента одним из оснований для отказа в выдаче органом ФМС России разрешения на привлечение и использование иностранных работников является заключение органа службы занятости населения субъекта РФ о нецелесообразности привлечения иностранных граждан.

Исходя из содержания пункта 18 Постановления Правительства РФ «О порядке определения исполнительными органами государственной власти потребности в привлечении иностранных работников и формирования квот на осуществление иностранными гражданами трудовой деятельности в

¹ Закон Российской Федерации от 19 апреля 1991 г. №1032–1 «О занятости населения в Российской Федерации» Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 2 мая 1991 г. №18. Ст. 566

² Федеральный закон от 25 июля 2002 г. №115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», «Собрание законодательства Российской Федерации» от 29 июля 2002 г. №30. Ст. 3032.

³ Приказ ФМС России №1, Минздравсоцразвития России №4, Минтранса России №1, Роскомрыболовства России №2 от 11.01.2008 г. «Об утверждении административного регламента предоставления Федеральной миграционной службой, органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации, осуществляющими переданные полномочия Российской Федерации в области содействия занятости населения, Федеральным агентством морского и речного транспорта и Федеральным агентством по рыболовству государственной услуги по выдаче заключений о привлечении и об использовании иностранных работников, разрешений на привлечение и использование иностранных работников, а также разрешений на работу иностранным гражданам и лицам без гражданства», «Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти» №28, от 14.07.2008.

Российской Федерации»¹ заключение о целесообразности привлечения и использования иностранных работников не выдается при наличии возможности удовлетворения потребности в рабочей силе за счет региональных трудовых ресурсов, в том числе путем подготовки или переподготовки безработных граждан, привлечения рабочей силы из других субъектов РФ.

Таким образом, предполагается, существующая мера должна обеспечивать приоритетное трудоустройство безработных граждан РФ.

Приказом Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 30 ноября 2011 г. №1435н «О распределении по субъектам Российской Федерации утвержденной Правительством Российской Федерации на 2012 год квоты на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности»² размер квоты на выдачу работодателям приглашений на въезд в РФ в целях осуществления трудовой деятельности по Южному федеральному округу установлен в размере 36530 разрешений.

Таким образом, именно такое количество иностранных граждан может въехать в Южный федеральный орган на основании выданных виз для осуществления трудовой деятельности.

Проблема же заключается в том, что большинство иностранных граждан, используемых как дешевая рабочая сила, въезжает в РФ в порядке, не требующем получения визы. А работодателям для трудоустройства таких иностранных граждан не требуется получать разрешение на привлечение и использование иностранных работников. Соответственно не требуется и оформлять приглашение на въезд иностранного гражданина в РФ в целях осуществления трудовой деятельности. Таким иностранным гражданам требуется получить лишь разрешение на работу (ст. 13.1 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»).

При этом квота на выдачу разрешений на работу существенно выше квоты на выдачу разрешений на выдачу приглашений на въезд в РФ в целях осуществления трудовой деятельности.

Так, Приказом Минздравсоцразвития России №1434н от 30 ноября 2011 г. «О распределении по субъектам Российской Федерации утвержденной Правительством Российской Федерации на 2012 год квоты на выдачу иностранным гражданам разрешений на работу»³ квота на выдачу разрешений на работу в Южном федеральном округе установлена более чем в 120 тыс. разрешений.

В связи с этим можно сделать вывод о том, что существующая система квотирования не эффективна, поскольку допускает использование труда низкоквалифицированных иностранных работников как дешевой рабочей силы в ущерб трудоустройству граждан РФ. При этом особые сложности с трудоустройством повсеместно испытывают несовершеннолетние, вместо которых на работу, не требующую специальной квалификации, работодатели предпочитают нанимать иностранных граждан.

Один из возможных путей решения данной проблемы видится в установлении для иностранных граждан размера заработной платы средней по соответствующей отрасли в том или ином субъекте РФ. Представляется, что это позволило бы избежать демпинга и обеспечить приоритетное трудоустройство граждан в РФ.

В настоящее время установление размера заработной платы отнесено преимущественно к сфере договорного регулирования. Исключение составляют лишь работники, получающие заработную плату за счет бюджетных средств, в отношении которых действует постановление Правительства РФ «О введении новых систем оплаты труда работников федеральных бюджетных и казенных учреждений и федеральных государственных органов, а также гражданского персонала воинских частей, учреждений и подразделений федеральных органов исполнительной власти, в которых законом предусмотрена во-

¹ Постановление Правительства РФ от 22.12.2006 №783 «О порядке определения исполнительными органами государственной власти потребности в привлечении иностранных работников и формирования квот на осуществление иностранными гражданами трудовой деятельности в Российской Федерации» // Российская газета. 2006. 31 декабря. №297.

² Приказ Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 30 ноября 2011 г. №1435н «О распределении по субъектам Российской Федерации утвержденной Правительством Российской Федерации на 2012 год квоты на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности» // Российская газета. 2011. 19 декабря. №285.

³ Приказ Минздравсоцразвития России №1434н от 30 ноября 2011 г. «О распределении по субъектам Российской Федерации утвержденной Правительством Российской Федерации на 2012 год квоты на выдачу иностранным гражданам разрешений на работу» // Российская газета. 2012. 11.04.2012. №79.

енная и приравненная к ней служба, оплата труда которых в настоящее время осуществляется на основе Единой тарифной сетки по оплате труда работников федеральных государственных учреждений»¹.

Также до сих пор не утратили юридической силы Единый квалификационный справочник должностей руководителей, специалистов и служащих² и Единый тарифно-квалификационный справочник работ и профессий рабочих³.

В указанных справочниках закреплены квалификационные характеристики соответствующих должностей и профессий.

Поскольку в соответствии с пунктом 1 ст. 14 Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» и с пунктом 1 ст. 1 Федерального закона «О системе государственной службы Российской Федерации»⁴ иностранные граждане не могут находиться на государственной и муниципальной службе, за исключением военной службы, то можно сделать вывод о том, что уровень и размеры заработной платы иностранных граждан, работающих в РФ, на законодательном уровне практически не регулируются.

Представляется, что для обеспечения приоритетного права граждан РФ на трудоустройство и выплату им достойной заработной платы, а также для обеспечения защиты иностранных граждан от дискриминации в вопросах условий труда и его оплаты, необходимо дополнить порядок привлечения иностранной рабочей силы в РФ требованием о том, что при трудоустройстве иностранных граждан работодатели должны информировать компетентные органы, в частности, службу занятости населения, налоговую службу и миграционную службу соответствующих субъектов РФ о зарплате иностранного гражданина. Такая зарплата не должна быть ниже, чем средняя зарплата работников — граждан РФ, работающих в том же субъекте РФ, в той же сфере деятельности, выполняющих аналогичную работу. При исчислении среднего размера заработной платы следует полагаться на имеющиеся или специально собираемые данные Федеральной службы государственной статистики РФ о размерах заработной платы по субъектам РФ и отраслям экономики.

СУДЕБНОЕ РЕШЕНИЕ — ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА

ДОЛОВА Анжела Заурбиевна,

д.у.н., профессор кафедры трудового и предпринимательского права
Кабардино-Балкарского государственного университета, Заслуженный юрист КБР

Судебное решение о заключении трудового договора играет роль юридического факта в возникновении трудового отношения в случаях необоснованного отказа в приеме на работу. Такой отказ согласно ст. 64 ТК РФ может быть обжалован в суд. Признав незаконным отказ в приеме на работу, суд выносит решение, обязывающее работодателя заключить с работником трудовой договор.

¹ Постановление Правительства РФ от 5 августа 2008 г. №583 "О введении новых систем оплаты труда работников федеральных бюджетных и казенных учреждений и федеральных государственных органов, а также гражданского персонала воинских частей, учреждений и подразделений федеральных органов исполнительной власти, в которых законом предусмотрена военная и приравненная к ней служба, оплата труда которых в настоящее время осуществляется на основе Единой тарифной сетки по оплате труда работников федеральных государственных учреждений" с посл. изм. // Российская газета. от 13 августа 2008 г. №170.

² Постановление Минтруда России от 21.08.1998 №37 «Об утверждении Квалификационного справочника должностей руководителей, специалистов и служащих» // Бюллетень Минтруда РФ. №12. 1998.

³ постановление Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 31.01.1985 года №31/3–30 (ред. от 20.09.2011) «Об утверждении «Общих положений Единого тарифно-квалификационного справочника работ и профессий рабочих народного хозяйства СССР»; раздела «Профессии рабочих, общие для всех отраслей народного хозяйства» Единого тарифно-квалификационного справочника работ и профессий рабочих. Выпуск 1» // Бюллетень Госкомтруда СССР. №6. 1985.

⁴ Федеральный закон от 27 мая 2003 г. №58-ФЗ "О системе государственной службы Российской Федерации" Собрание законодательства Российской Федерации от 2 июня 2003 г. №22. Ст. 2063.

Решение суда — одно из средств судебной защиты, дающее ответ по существу заявленного требования. Судебные решения как акты применения права обладают способностью воздействовать на процессуальные и некоторые материальные правоотношения. Исследованию судебного решения как юридического факта посвящали свои работы многие ученые цивилисты и процессуалисты: Ю.Г. Басин, А.П. Вершинин, М.А. Гурвич, Н.Б. Зейдер, О.А. Красавчиков, Е.А. Крашенинников, Б.С. Лесин, Р.П. Мананкова, Е.Г. Пушкар, Ю.А. Тихомиров, Д.О. Тузов, Ф.С. Хейфец, В.В. Ярков.

Никакой другой юрисдикционный орган, кроме суда, не может удовлетворить охраняемый законом интерес или защитить субъективное право преобразованием материального правоотношения. Только решение является единственным судебным актом, способным преобразовать правоотношение.

С точки зрения материального явления судебное решение — это процессуальный документ, обладающий всеми необходимыми предусмотренными законом реквизитами, вынесенный в соответствии с законом. Правовой момент судебного решения как юридического факта — это возможность воздействия решения на материальные правоотношения.

По форме проявления любое решение суда является положительным юридическим фактом. Воздействовать на правоотношение — и материальное, и процессуальное — может только вынесенное судом решение.

По признаку документального закрепления судебное решение всегда оформляется юридическим актом (документом).

По признаку определенности нормативной модели решение суда, вынесенное в соответствии с нормами процессуального права, является определенным юридическим фактом.

Возможность воздействия на материальное правоотношение судебного решения должна быть обязательной предусмотрена нормой права, которой урегулировано правоотношение.

По содержанию и взаимоотношению с другими юридическими фактами судебное решение является производным юридическим фактом.

По связанности с волей человека решение является действием, его вынесение обусловлено волей субъектов гражданского судопроизводства, а по юридической направленности относится к фактам — юридическим актам, поскольку выносится судом, является властным актом.

Строение воли, содержащейся в решении как юридическом факте, позволяет отнести его к односторонним актам, так как служит волеизъявлением одного субъекта — суда.

При преобразовании материальных правоотношений решение выступает юридическим фактом однократного действия.

В науке по-разному оценивают роль юридических фактов при их воздействии на общественные отношения: процессуальное отношение по своей сути не может оставаться бесконечным и неизменным, оно имеет цель — разрешение спора, и один из способов такого разрешения — судебное решение. Оно выносится, когда к участию в деле привлечены все заинтересованные лица, рассмотрены представленные суду доказательства, выслушаны объяснения сторон и третьих лиц, приведены заключения компетентных органов¹. Трудовой кодекс РФ закрепляет случай, когда решение становится элементом механизма правового регулирования вне процессуального правоотношения, поскольку обуславливает возникновение материального правоотношения по заключению трудового договора.

Решение не создает особых правил поведения, пригодных для других случаев, судебное решение — индивидуально-конкретное предписание. Таким образом, преобразуя правоотношение, суд не выходит за его пределы, конститутивное решение — не норма, а правоприменительный акт суда. Изменение материального правоотношения происходит не по усмотрению суда, не может быть мотивировано исключительно целесообразностью; оно основано на юридических фактах материального права, возникших до и вне процесса, и на норме права, регулирующей данное правоотношение и определяющей действие судебного решения. Таким образом, суд не занимается правотворчеством при вынесении решений.

В ст. 64 ТК РФ закреплены случаи необоснованного отказа в приеме на работу, именно этим обуславливается возможность пресечения защиты прав работника. Если работодатель — противоположная сторона в споре — не идет навстречу волеизъявлению правомочной стороны — работнику, то защита субъективного права осуществляется по иску о принуждении. Закон предусматривает, что в некоторых случаях волеизъявление заинтересованного лица об изменении материального правоотношения направлено суду («требовать в судебном порядке»). Таким образом, нормы права предусматривают вынесение конститутивного решения и определяют его значение как юридического факта для

¹ Тихонькова Н. В. Проблемы судебного решения как юридического факта: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 17.

регулируемого данной нормой материального отношения. Такая норма права является материально-правовым источником судебного решения.

В силу ст. 64 ТК РФ запрещается необоснованный отказ в заключении трудового договора. При этом ч. 2 данной нормы не содержит исчерпывающего перечня оснований, по которым Трудовой кодекс РФ запрещает отказывать в заключении трудового договора, поскольку наряду с перечисленными в этой части основаниями указаны и другие обстоятельства, не связанные с деловыми качествами работников.

Отсутствие вакансий на момент обращения гражданина с заявлением в суд по поводу необоснованного отказа в заключении трудового договора фактически лишает судебный орган возможности принять положительное решение по данному заявлению и обязать работодателя заключить трудовой договор с гражданином, которому необоснованно было отказано в заключении трудового договора. Если суд установит, что на момент отказа в заключении трудового договора вакансии имелись, но к моменту рассмотрения спора в суде она уже занята, то оснований для признания отказа в заключении трудового договора необоснованным, на наш взгляд, не имеется. В противном случае окажется, что судебный орган обязывает работодателя вместо одного работника принять другого, тем самым, посягая на исключительное право работодателя осуществлять подбор и расстановку кадров. Кроме того, Кодекс в данном случае не предусматривает основания для прекращения трудового договора с ранее принятым работником. Пункт 2 ч. 1 ст. 83 ТК РФ в данном случае применен быть не может, поскольку в нем идет речь о восстановлении на работе работника, ранее выполнявшего эту работу, а не о гражданине, которому необоснованно было отказано в заключении трудового договора.

«Деловые качества работника» имеют, на наш взгляд, объективные характеристики, которые закреплены в виде соответствующих требований, предъявляемых к лицу, претендующему на занятие определенной должности либо выполнение определенной работы. Такие характеристики содержатся в Квалификационных справочниках должностей руководителей, специалистов, других служащих, в ЕТКС. Они могут содержать также в должностных инструкциях, Уставах, Положениях.

Особая проблема — обязанность работодателя по требованию лица, которому отказано в заключении трудового договора, сообщить причину отказа в письменной форме.

Официально зарегистрированных отказов в приеме на работу не так много, хотя нарушение прав граждан при приеме на работу носит латентный характер. Небольшое количество такого рода дел, рассматриваемых судами, объясняется нежеланием или невозможностью защищать свое право на трудоустройство в судебном порядке. В литературе приводятся данные, что только 1% в 2004 г. и 3% в 2005 г. от общего числа дел, рассматриваемых судами, составляли дела по обжалованию отказов в приеме на работу, да и то, как правило, по заявлениям беременных женщин¹.

В подавляющем большинстве работодатели предоставляют письменный отказ в приеме на работу, только если есть уверенность в правомерности отказа. В противном случае работодатель не соглашается предоставить такого рода документ, либо он может указать вполне законную формулировку отказа.

Так, Н.М. Сенников², приводит пример решения суда по спору о необоснованном отказе в приеме на работу Ф. с иском к ООО «Стройкамень», в котором в числе прочего отмечается: «Нарушение работодателем, в данном случае директором ООО «Стройкамень», требований ст. 64 Трудового кодекса РФ в части несообщения по требованию лица, которому отказано в приеме на работу, причины отказа в письменной форме (несмотря на просьбу Ф.), суд счел обстоятельством, существенно не повлиявшим на суть рассматриваемого спора»³.

Как правило, отказ в заключении трудового договора работнику дается в устной форме, и работник практически лишен возможности получить извещение о причине отказа в письменной форме.

С другой стороны, в законе не предусмотрено, в какой форме работник должен обращаться к работодателю с просьбой о трудоустройстве. Поэтому, чаще всего работодатель не имеет никаких официальных документов об обращении лица о трудоустройстве.

Ю.Г. Попонов предлагал конкретизировать возникающие при неправомерном отказе в заключении трудового договора вопросы в соответствующем подзаконном нормативном правовом

¹ Деменева Н. А. Дискриминация при трудоустройстве: социально-правовой аспект // Юрист. 2007. №5.

² Сенников Н. М. Отказ в приеме на работу: уроки судебной практики // Трудовое право. 2009. №4, 5.

³ Решение мирового судьи судебного участка №4 города Кинешмы Ивановской области по делу №2–732 от 21 сентября 2005 года. URL: http://www.atheist4.narod.ru/new/2005_10_13/a0.html.

акте на уровне Министерства здравоохранения и социального развития РФ, в частности, вернуться к письменному заявлению с просьбой о заключении трудового договора по конкретной должности, которое должно быть зарегистрировано работодателем в установленном порядке; закрепить перечень доказательств, подтверждающих обращение претендента на вакантную должность¹.

Частично данные вопросы решены Федеральным законом от 2 мая 2006 г. №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»², в соответствии с которым, гражданин может как письменно, так и устно обратиться к должностному лицу, письменные обращения подлежат обязательной регистрации в течение трех дней с момента поступления и рассматриваются в течение 30 дней со дня регистрации. Однако, в трудовом праве проблема письменного указания причин отказа в заключении трудового договора, остается актуальной.

СЛУЖЕБНЫЙ КОНТРАКТ КАК ФОРМА РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА ТРУД

ЕРЕМИНА Светлана Николаевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права,
юридического факультета ФГОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Традиционно реализация права на труд связывается с возможностью лица заключать трудовые договоры, в результате она рассматривается в рамках трудового законодательства и выступает в форме трудового договора (в качестве основной формы реализации права на труд).

Вместе с тем, реализуя право на распоряжение своими способностями к труду, граждане могут выбирать сферы деятельности, которые имеют настолько специфические особенности, что в юридической литературе они обычно не связываются с трудовой деятельностью, регулируемой нормами трудового права.

В частности, Конституция РФ в п. 4 ст. 32 устанавливает, что граждане Российской Федерации имеют равный доступ к государственной службе³. Видовая дифференциация государственной службы включает: государственную гражданскую службу (федеральную и субъекта РФ), военную службу и правоохранительную службу⁴. Кроме того, служебная деятельность может быть осуществлена в рамках муниципальной службы. Согласно п. 1 ст. 2 ФЗ от 02.03.2007 №25-ФЗ (ред. от 21.11.2011) «О муниципальной службе в Российской Федерации» муниципальная служба представляет собой профессиональную деятельность граждан, которая осуществляется на постоянной основе на должностях муниципальной службы, замещаемых путем заключения трудового договора (контракта)⁵.

При сравнении легальных определений «государственная служба» и «муниципальная служба» и иных правовых норм, регулирующих специфику государственной службы, можно выделить характерные признаки, присущие каждой из них. Что их объединяет и отличает? **Во-первых**, в обоих случаях — это профессиональная деятельность граждан РФ. Но для государственной службы — это служебная профессиональная деятельность, а для муниципальной — профессиональная деятельность без уточнения, что она является служебной (хотя по определению именуется «службой»).

В связи с этим, обратимся к терминологии законодательства. Понятия «деятельность», «труд», «работа»⁶ и «служба» в своих значениях представляют собой синонимические категории. И означают,

¹ Попонов Ю. Г. Об отказе в приеме на работу // Справочник кадровика. 2005. №5.

² СЗ РФ. 2006. №19. Ст. 2060.

³ Конституция РФ. Принята всенародным голосованием 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 №6-ФЗ, от 30.12.2008 №7-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2009. №4. Ст. 445. Далее по тексту — «СЗ РФ».

⁴ См.: ст. 2 Федерального закона от 27.05.2003 №58-ФЗ (ред. от 28.12.2010, с изм. от 06.12.2011) «О системе государственной службы Российской Федерации» // Первоначальный текст опубликован: Собрание законодательства РФ. 2003. №22. Ст. 2063. Далее по тексту — «Закон о госслужбе», «ФЗ».

⁵ Первоначальный текст опубликован: СЗ РФ. 2007. №10. Ст. 1152.

⁶ Термин «работа» в данном случае используется в его социальном понимании, поскольку также является многозначной категорией, применяемой в других науках. Например, в физике.

по сути дела, трудовую деятельность людей во всех формах ее проявления¹.

Тем самым, все указанные понятия относятся к категории непосредственно связанной между собой и с трудом. А процесс труда может осуществляться во всех сферах человеческой деятельности. Более того, функционирование государства и его органов немыслимы без труда людей, которые выполняют данные функции. Безусловно, что их труд имеет целый ряд отличительных особенностей, но от этого он не становится чем-то таким, что не может быть названо работой. Как отмечает Л.А. Чиканова, «... любая профессиональная деятельность по своему содержанию является трудом, то есть целесообразной, осознанной и волевой человеческой деятельностью»², с чем, безусловно, можно согласиться.

Иначе, доводя рассуждения до абсурда, можно сказать, что трудовая деятельность пилота воздушного судна и водителя автобуса кардинально отличаются по характеру выполняемых трудовых функций, требованиям к состоянию здоровья, среде, где протекает трудовая деятельность (воздушное пространство и поверхность земли), их деятельность регулируется специальным законодательством³ и т.д. и т.п. Хотя все они относятся к работникам транспорта. И для этого не требуется самостоятельных отраслей права, чтобы регулировать их трудовую деятельность.

Уместно в данном случае вспомнить терминологию еще советского кодифицированного нормативного акта, регулирующего трудовые и непосредственно с ними связанные отношения (имеется в виду КЗоТ РФ) до изменений, внесенных в 1992 г., где вместо современного термина «работники» использовался термин «рабочие и **служащие**». А также утративший силу ФЗ от 31 июля 1995 года №119-ФЗ «Об основах государственной службы Российской Федерации», где в ч. 6 ст. 21 было установлено, что гражданин поступает на государственную службу на условиях **трудового договора**, заключаемого на неопределенный срок или на срок не более пяти лет⁴.

Следует отметить, что в п. 6 ст. 8 действующего Закона о госслужбе установлено, что в федеральном государственном органе и государственном органе субъекта РФ могут быть предусмотрены должности, не являющиеся должностями государственной службы. Трудовая деятельность работников, замещающих такие должности, регулируется законодательством РФ о труде.

Тем самым, законодатель устанавливает, что лица, занимающие должности государственной службы вступают в государственно-служебные отношения, а те, кто их не занимает — находятся в сфере действия трудового законодательства. Однако, если мы обратимся к специальному закону, регулирующему деятельность государственных служащих, находящихся на гражданской службе, то согласно ст. 73 ФЗ от 27.07.2004 №79-ФЗ федеральные законы, иные нормативные правовые акты РФ, законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ, **содержащие нормы трудового права**, применяются к отношениям, связанным с гражданской службой, в части, не урегулированной настоящим ФЗ⁵.

Таким образом, в данных положениях проявляется непосредственность законодателя: с одной стороны, деятельность государственных служащих находится вне сферы регулирования трудового законодательства, с другой — поскольку все нюансы такой деятельности урегулировать в специальном законе не представляется возможным, то эти отношения регулируются нормами трудового права. Налицо — неточность и юридическая некорректность правовых норм, ввиду чего это является основани-

¹ См.: Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный: В 2-х т. 2-е изд., М., 2001. Т. 1; Энциклопедический словарь // <http://www.khit.ru/content/view/85/2/>; Абрамов Н. Словарь русских синонимов и сходных по смыслу выражений. 7-е изд., стереотип. М.: Русские словари, 1999. С. 275; Толковый словарь русского языка: В 4-х т. / Под ред. Д. Н. Ушакова М., 1995; М., 2000. URL: <http://www.usdict.narod.ru> и др.

² См.: Чиканова Л. А. Правовое регулирование служебных отношений на государственной гражданской службе: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 2005. №4.

³ См.: Воздушный кодекс Российской Федерации от 19.03.1997 №60-ФЗ (ред. от 06.12.2011) (с изм. и доп., вступившими в силу с 23.02.2012)// Первоначальный текст опубликован: СЗ РФ. 1997. №12. Ст. 1383; Федеральный закон от 08.11.2007 №259-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта» // Первоначальный текст опубликован: СЗ РФ. 2007. №46. Ст. 5555.

⁴ Утратил силу, в связи с принятием Федерального закона от 27.07.2004 №79-ФЗ // Первоначальный текст опубликован: СЗ РФ. 1995. №31. Ст. 2990.

⁵ См.: ФЗ от 27.07.2004 №79-ФЗ (ред. от 21.11.2011, с изм. от 06.12.2011) «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Первоначальный текст опубликован: СЗ РФ. 2004. №31. Ст. 3215.

ем для ведущихся с давних времен в специальной литературе споров об отраслевой принадлежности деятельности государственных служащих.

При этом данная дискуссия берет начало еще с середины XX века. Так, А.Е. Пашерстник утверждал: «...линия разграничения между трудовым и административным правом лежит в плоскости различия между положением государственных служащих в трудовом процессе и их положением во внешней среде. Отношения с внешней средой являются областью административного права, отношения в процессе труда — областью трудового права»¹. В свою очередь, точка зрения С. С. Студеникина была диаметрально противоположной, в связи с чем он писал: «...государственно-служебные отношения регулируются административным, а трудовые — трудовым правом»².

Данная дискуссия продолжается и в настоящее время. Ее суть сводится, в сущности, к проблеме определения сферы регулирования отношений с участием государственных служащих: трудовое право³ или административное⁴.

Опираясь на действующее законодательство, руководствуясь позициями ученых, высказавшихся по теме правового регулирования труда государственных служащих, а также изложенными выше соображениями, мы склоняемся к тому, что данные отношения (касающиеся вопросов прохождения государственной службы, регулирования рабочего времени и времени отдыха, оплаты их труда, привлечения к административной ответственности и другие) регулируются комплексными нормами действующего законодательства. Но, вместе с тем, они входят в сферу регулирования отрасли трудового права. То есть мы присоединяемся к трудоправовой концепции регулирования труда государственных служащих.

Во-вторых, анализируя понятийные категории служебной деятельности, обращает на себя внимание, что в ходе осуществления государственной службы обеспечивается исполнение полномочий, как государства в целом и ее субъектов, так и органов государственной власти на всех ее уровнях. Кроме того, на государственной службе гражданами РФ обеспечивается исполнение полномочий лиц, замещающих должности, устанавливаемые законодательством России для непосредственного исполнения полномочий государственных органов всех уровней государственной власти (федерального и субъектов). А на муниципальной службе граждане РФ исполняют обязанности на должностях органов муниципальной службы.

Не вникая в сущность деятельности различных органов власти, где протекает деятельность соответствующего рода служащих, очевидным является то обстоятельство, что вся эта деятельность является, по сути дела, наемным трудом соответствующих лиц, поступивших на службу. Именно наемный характер труда сближает разные виды деятельности, которая относится к категории служебной.

¹ См.: Пашерстник А. Е. К вопросу о советской государственной службе // Вопросы советского административного права. М.; Л., 1949. С. 123.

² Студеникин С. С. Советская государственная служба // Труды Военно-юридической академии. Т. 7: Вопросы административного и военно-административного права. М., 1946. С. 26.

³ См, например: Хохлов Е. Б. О предмете трудового права // Правоведение. 1993. №4. С. 5; Иванов С. А. Трудовое право переходного периода // Государство и право. 1994. №4; Джиоев С. Х. Правовое регулирование трудовых отношений федеральных государственных служащих: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1997; Чиканова Л. А. Правовое регулирование труда государственных служащих: перспективы развития // Журнал российского права. 2000. №3; Чиканова Л. А. Применение трудового законодательства к служебным отношениям на государственной гражданской службе: теория и практика: Дис. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 2005; Шайхатдинов В. Ш. Трудовой кодекс Российской Федерации и вопросы регулирования труда государственных и муниципальных служащих // Чиновник. 2002. №2; Ершова Е. А. Правовая природа служебных отношений: вопросы теории и практики // Трудовое право. 2006. №5 и др.

⁴ См.: Старилев Ю. Н. Служебное право. М.: БЕК, 1996; Поляков С. Регулирование служебных и трудовых правоотношений // Российская юстиция. 1998. №12; Государственная служба / Под ред. А. В. Оболенского. М.: Дело, 1999; Старилев Ю. Н. Административное право как средство разрешения «синдрома бесправия» в современном правовом государстве // Журнал российского права. 2005. №4; Гришконец А. А. Правовое регулирование государственной гражданской службы в Российской Федерации. М., 2003; Пресняков М. В., Чаннов С. Е. Административно-правовое регулирование служебных отношений: теория и практика / Под ред. Г. Н. Комковой. Саратов: Научная книга, 2008 и др.

По этому поводу А.В. Афанасьев пишет, что характер труда государственных служащих полностью соответствует критериям наемного труда, выработанным юридической наукой и практикой, к которым относят: во-первых, добровольность найма, то есть при наемном труде трудовое отношение облекается в договорную форму трудового договора; во-вторых, предоставление нанимающимся своей рабочей силы в распоряжение нанимателя; в-третьих, возмездность труда¹.

С этой позицией категорически не согласны представители науки административного права. Так, А.А. Гришковец выдвигает предложение вообще отказаться от договорного характера взаимоотношений, возникающих между государством и государственным служащим, в результате чего не рассматривать государственной службе в качестве наемного работника. Тем самым, отрицая наличие трудовых связей в рамках контракта о службе². Тогда совершенно непонятной становится указанная правовая связь лиц, которые добровольно осуществляют деятельность соответствующих органов власти. Эта связь характеризуется признаками власти и подчинения, характеризуются состоянием зависимости³, и при этом не является лежащей в сфере действия норм трудового права.

Вместе с тем, некоторые представители административно-правовой науки соглашаются с тем, что характер данных отношений обусловлен наймом. К примеру, А.В. Гусев, указывает, что существующим применительно к государственной службе отношениям трудового найма законодатель стремится придать особый характер и правовую форму⁴. Однако, как утверждают М. В. Пресняков и С. Е. Чанов, признание наемного характера труда государственных и муниципальных служащих не предусматривает автоматического распространения на них норм трудового законодательства⁵.

При этом почему-то никакого возражения по поводу того, что служебная деятельность муниципальных служащих регулируется нормами трудового права, не встречает со стороны представителей науки административного права. Возможно, это обусловлено прямым указанием федерального закона (См.: ст. 3 ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации»).

В-третьих, в соответствии с действующим законодательством служебная деятельность осуществляется на основе трудового договора (муниципальные служащие) или контракта (государственные служащие), которые заключаются как на определенный срок (срочный), так и на неопределенный срок.

В частности, на основании п. 6 ст. 16 Закона о муниципальной службе поступление гражданина на муниципальную службу осуществляется в результате назначения на должность муниципальной службы на условиях трудового договора в соответствии с трудовым законодательством с учетом особенностей, предусмотренных данным законом.

Как подтверждает судебная практика, данное положение закона является одной из его концептуальных основ, поскольку позволяет не дублировать в законодательстве о муниципальной службе многочисленные нормы трудового законодательства, обеспечивая тем самым их прямое действие и облегчая порядок их применения⁶.

При этом сторонами трудового договора при поступлении на муниципальную службу являются представитель нанимателя (работодатель) и муниципальный служащий.

Обращает на себя внимание, что законодатель, несмотря на то, что устанавливает трудовую природу трудового договора, использует термин «наниматель», определяя стороны трудового договора. Однако использование термина «работодатель» в скобках после понятия «наниматель», означает, что данные понятийные категории используются им как синонимы. Данная терминология

¹ См.: Афанасьев А. В. Правовое регулирование служебно-трудовых отношений с участием сотрудников органов внутренних дел: Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. СПб, 2004. С. 46.

² См.: Гришковец А. А. Проблемы соотношения норм административного и трудового права при регулировании отношения в сфере государственной службы // Государство и право. 2002. №12. С. 22.

³ См., например: Волошина В. В., Титов К. А. Государственная служба в Российской Федерации: теоретико-правовые аспекты. М., 1995. С. 18.

⁴ См.: Гусев А. В. Российская государственная гражданская служба: проблемы правового регулирования. Екатеринбург, 2005. С. 136.

⁵ См.: Пресняков М. В., Чаннов С. Е. Указ. соч. С. 54.

⁶ См.: Справка Пермского краевого суда от 21.10.2008 «По результатам обобщения судебной практики по применению федеральных законов «О государственной гражданской службе Российской Федерации», «О муниципальной службе в Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

гия лишь подчеркивает специфику трудовых отношений, имеющих место в сфере государственной службы. Как отмечается в литературе, кодексом¹ термины «наниматель» и «представитель нанимателя» не употребляются. Для того чтобы обеспечить возможность применения положений ТК РФ к муниципальным служащим, закон о муниципальной службе использует не просто термин «представитель нанимателя», а дает его расшифровку, указывая «представитель нанимателя (работодатель)»².

Тем самым, муниципальные служащие реализуют свое право на труд, вытекающее из ключевого права на распоряжение своими способностями к труду, в форме трудового договора.

В то же самое время, законодательство о государственной службе устанавливает возможность реализации данного права и на основании служебного контракта.

Вместе с тем законодатель в рамках общего федерального закона о госслужбе не определяет правовую природу данного соглашения. Это дает основания в юридической литературе высказывать диаметрально противоположные позиции, которые характеризуют данный акт в сфере государственной службы. При анализе соответствующих точек зрения представителей трудового и административного права прослеживается следующая картина:

- а) служебный контракт фактически означает трудовой договор;
- б) служебный контракт представляет собой административный договор;
- в) служебный контракт — это разновидность соглашения о труде несколько отличная от трудового договора;
- г) служебный контракт при исполнении обязанностей военной службы и выполнение обязанностей военной службы вне контрактных отношений.

Представляется, что ответ надо искать, прежде всего, в сути понятийной категории «контракт». В обобщенном виде в толковых словарях русского языка дается следующее определение данного понятия, раскрывающее его в следующем смысловом значении: «контракт (от лат. contractus — сделка, соглашение, договор) — это письменный договор, соглашение со взаимными обязательствами заключивших его сторон»³. Таким образом, какая бы правовая природа не придавалась заключаемому между сторонами служебному контракту, он по своей сути может быть исключительно договором.

Очевидно, что при таком несовпадении научных мнений относительно правовой природы служебного контракта при осуществлении государственной службы следует ориентироваться на позицию Конституционного Суда РФ, который обращает внимание на взаимодействие норм специального законодательства и норм трудового законодательства при регулировании служебных отношений. В частности, Конституционный Суд РФ признавая наличие специфики государственно-служебных отношений, обуславливающей необходимость установления специального правового статуса государственного гражданского служащего, а с другой стороны — их сходством с трудовыми отношениями в той мере, в какой осуществление профессиональной деятельности предполагает обеспечение государственной защиты, в то же самое признал соответствующим Конституции РФ распространение на женщин, находящихся на государственной службе комплекса правовых гарантий, предоставляемым действующим трудовым законодательством женщинам⁴. А, следовательно, неконституционными нормами, которые ограничивали доступ женщинам, находящимся на государственной службе к указанным трудовым гарантиям.

При этом вспоминается и другой судебный акт Конституционного Суда РФ, где отмечалось, что из статьи 37 (часть 1) Конституции РФ, гарантирующей каждому право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, во взаимосвязи с ее статьями 19

¹ Имеется в виду — ТК РФ (С. Е.).

² Консультация // Глава местной администрации. 2011. №6.

³ См., например: Чудинов А. Н. Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка, 1910; Большой толковый словарь русского языка. 1-е изд-е: СПб: Норинт С. А. Кузнецов. 1998; Словарь русских синонимов и сходных по смыслу выражений / Под. ред. Н. Абрамова. М.: Русские словари, 1999 и др.

⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22.11.2011 №25-П «По делу о проверке конституционности положений части 4 статьи 31, пункта 6 части 1 статьи 33 и статьи 37 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в связи с жалобой гражданки В. Ю. Боровик» //СЗ РФ. 2011. №49 (ч. 5). Ст. 7333.

и 32 (части 2 и 4) вытекает право граждан на равный доступ к муниципальной службе, прохождение которой является одновременно и осуществлением трудовых прав¹.

Таким образом, природа служебного контракта, по нашему мнению, обусловлена комплексным характером законодательства, регулирующего эту специфическую профессиональную деятельность на условиях найма. Поэтому, в самом общем виде, учитывая конституционный смысл этих норм, следует признать, что контракт о государственной службе является специфической формой реализации права на труд и права на равный доступ к государственной службе, predeterminedных правом распоряжаться своими способностями к труду.

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА РАБОТНИКОВ ПАССАЖИРСКОГО ХОЗЯЙСТВА ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОГО ТРАНСПОРТА

КАЛИБЕРДА Татьяна Михайловна,

к.ю.н., начальник юридического отдела

Северо-Кавказского филиала ОАО «Федеральная пассажирская компания»

За последнее десятилетие проведен ряд мероприятий по реформированию организационной структуры железнодорожного транспорта. Региональные железные дороги с 1.10.2003 г. вошли в качестве филиалов в состав Открытого акционерного общества «Российские железные дороги». Внутри ОАО «РЖД» выделился и с 1.07.2006 г. приступил к производственной деятельности филиал пассажирского комплекса «Федеральная пассажирская дирекция». На базе имущества ФПД было создано дочернее открытое акционерное общество «Федеральная пассажирская компания», производственная деятельность которого началась 1.04.2010 года.

К видам деятельности Компании относятся перевозка пассажиров, багажа, грузобагажа железнодорожным транспортом общего пользования в поездах дальнего следования; оформление и продажа железнодорожных проездных документов; текущее содержание, ремонт пассажирского железнодорожного подвижного состава и т.д. Самыми многочисленными среди работников основных профессий в пассажирском хозяйстве являются: проводники пассажирских вагонов.

Специфика труда работников пассажирского хозяйства обусловлена следующими факторами:

1. Объективная непрерывность перевозочного процесса, дальность курсирования поездов по территориям разных субъектов РФ и зарубежным государствам, вследствие чего труд поездных бригад подлежит тщательной регламентации.

2. Государственно важные и общественно необходимые функции, которые выполняет перевозчик. На первый план выходит вопрос об обеспечении дисциплины поездной бригады.

3. Продолжающийся процесс реформирования организационной структуры и оптимизации экономической составляющей железнодорожного транспорта. Реформирование определяет колоссальный объем работы по оформлению изменяющихся трудовых отношений; опробуются варианты привлечения труда путем заключения аутстаффинговых договоров со сторонними организациями.

4. Многоуровневая структура компании-работодателя: осуществляется распределение полномочий работодателя по вертикали.

5. Активная роль профсоюзной организации: в значительной степени сохранен тот уровень льгот и гарантий, который существовал в материнской компании; в полной мере применяются все формы социального партнерства.

Остановлюсь на нескольких проблемах, которые, как представляется, ожидают своего решения.

1. Вопросы оплаты сверхурочной работы поездной бригады и работы в нерабочие и праздничные дни. Железнодорожный транспорт в РФ призван обеспечивать потребности физических, юридических лиц и государства в перевозках. В целях увеличения объема оказываемых услуг вводится

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 15.12.2003 №19-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона Ивановской области «О муниципальной службе Ивановской области» в связи с запросом Законодательного Собрания Ивановской области» // СЗ РФ. 2003. №52 (ч. 2). Ст. 5101.

сменный режим работы и применяется суммированный учет рабочего времени. Следует согласиться с существованием в российском трудовом праве проблемы отсутствия современных российских нормативных актов, развивающих и дополняющих нормы главы 51 и иных глав ТК РФ¹.

После вступления в силу ТК РФ, не была осуществлена четкая регламентация порядка оплаты сверхурочных часов при суммированном учете рабочего времени. Такая ситуация может привести к судебным ошибкам.

Общий порядок оплаты сверхурочной работы определен в ст. 152 ТК РФ. При суммированном учете рабочего времени имеется специфика определения сверхурочных работ, что определяет особенности методики расчета: в ОАО «ФПК» в полуторном размере оплачиваются то количество сверхурочных часов, которое не превышает в среднем двух часов за каждый рабочий день в данном учетном периоде.

Такой порядок оплаты сверхурочных часов безоговорочно применялся до 2006г., когда появился следующий комментарий статьи 152 ТК РФ Ковязиной Н. З. «при суммированном учете рабочего времени исходя из определения сверхурочной работы подсчет часов переработки ведется после окончания учетного периода. В этом случае работа сверх нормального числа рабочих часов за учетный период оплачивается за первые два часа работы не менее чем в полуторном размере, а за последующие — не менее чем в двойном размере. Например, если общая переработка составила 40 часов 2 часа оплачиваются в полуторном размере, 38 часов — в двойном»². Такое разъяснение не обосновано правовыми нормами. Оно получило резонанс в правовой литературе и повлияло на практику рассмотрения судебных споров³.

Сравнительный анализ статей 42, 52, 54, 88 КЗоТ РФ и статей 91, 99, 104, 152 ТК РФ, регулирующих вопросы допустимости сверхурочных работ и их оплаты, показал, что на уровне закона подход к регулированию данных вопросов остался неизменным. Отдельные подзаконные нормативные правовые акты и акты рекомендательного характера, принятые до 1993г., регламентировали оплату сверхурочной работы при суммированном учете рабочего времени.

Согласно Рекомендациям по применению режимов гибкого рабочего времени на предприятиях, в учреждениях и организациях отраслей народного хозяйства⁴, нормативной основой применения режимов рабочего времени является суммированный учет рабочего времени (п. 1.2.); оплата сверхурочных часов производится в соответствии с действующим законодательством — в полуторном размере за первые два часа, приходящиеся в среднем на каждый рабочий день учетного периода, в двойном — остальные часы сверхурочной работы (п. 5.5).

В сфере железнодорожного транспорта Указанием МПС СССР от 15.12.1989 г. №Г-2967у со ссылкой на письмо Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 16.11.1989 г. №3264-БГ установлено, что для отдельных категорий работников железнодорожного транспорта с суммированным учетом рабочего времени в полуторном размере оплачиваются сверхурочные часы в количестве, равном произведению числа рабочих смен по графику в данном учетном периоде на два. Остальные сверхурочные часы оплачиваются в двойном размере. Минтранс РФ письмом от 24.04.2008 г. №03/1234 сообщило ОАО «РЖД», что указание МПС СССР от 15.12.1989 г. №Г-2967у не отменялось.

Перечисленные выше нормативные документы не отменены, не противоречат нормам действующего ТК РФ и в соответствии со ст. 423 Кодекса подлежат применению в части порядка оплаты сверхурочных работ при суммированном учете рабочего времени.

Правильность применяемого в Компании порядка оплаты сверхурочных часов подтверждена решением Минераловодского городского суда от 26.01.2011 г., оставленным без изменения Кассаци-

¹ Головина С. Ю. «Белые пятна» трудового права // Российский ежегодник трудового права. 2006. №2.; Губенко М. И. Подзаконные федеральные нормативные правовые акты, содержащие нормы российского трудового права // Трудовое право. 2010. №5. С. 87–96.

² Комментарий к Трудовому кодексу РФ / Под ред. В. И. Шкатуллы. 4-е издание. М.: Норма, 2006.

³ В рамках дела №2–1/2011 Минераловодского городского суда Ставропольского края проводилась судебное-бухгалтерская экспертиза по вопросу правильности расчета выплат за сверхурочную работу проводников; . Эксперт дал некорректную оценку имеющимся первичным учетным документам и пришел к необоснованным с правовой точки зрения выводам, следуя методике, предложенной Н. З. Ковязиной.

⁴ Утверждены совместным постановлением Госкомтруда СССР №162 и Секретариата ВЦСПС №12–55 от 30.05.1985.

онным определением судебной коллегии по гражданским делам Ставропольского краевого суда от 5.04.2011 г. Судья, основываясь на приведенных выше документах, критически оценил заключение эксперта, и отказал в удовлетворении исковых требований о взыскании неправильно начисленных выплат за сверхурочную работу. В 2008 году в Ленинском районном суде города Новороссийска рассматривался ряд аналогичных дел по искам проводников к ОАО «РЖД». Решениями по делу №2–524–08 от 4.12.2008 г., №2–529–08 от 8.12.2008 г., №2–527–08 от 18.12.2008 г. в удовлетворении исковых требований было отказано.

Как правомерно отмечают А. Нуртдинова¹ и Л. Чиканова¹, иное толкование порядка оплаты сверхурочных часов вступает в противоречие с одним из фундаментальных принципов трудового права — равенства прав и возможностей работников и ставит работников с суммированным учетом рабочего времени в привилегированное положение по сравнению с работниками с ежедневным (поденным) учетом рабочего времени; дифференциация правил оплаты сверхурочной работы в зависимости от режима рабочего времени и способа его учета не может рассматриваться как основанная на объективных критериях, т.к. способ учета рабочего времени не влияет на условия труда, его содержание, характер и интенсивность выполняемой работы.

Представляется, что существует необходимость дополнить статью 104 ТК РФ частью 4 следующего содержания: «При суммированном учете рабочего времени, подсчет часов переработки (сверхурочных часов) производится после окончания учетного периода». Также в статью 152 ТК РФ следует включить часть вторую следующего содержания: «При суммированном учете рабочего времени сверхурочные работы оплачиваются не менее, чем в полуторном размере за первые два часа работы, приходящиеся в среднем на каждый рабочий день учетного периода, а остальные сверхурочные часы — не менее чем в двойном размере».

При расчете заработной платы поездным бригадам на практике возникает вопрос определения количества сверхурочных часов при осуществлении работы в нерабочие праздничные дни.

Согласно п. 4 Разъяснения Госкомтруда СССР и Президиума ВЦСПС от 08.08.1966 г. №13/П-21 «О компенсации за работу в праздничные дни», утвержденного Постановлением Госкомтруда СССР и Президиума ВЦСПС №465/П-21, при подсчете сверхурочных часов работа в нерабочие праздничные дни, произведенная сверх нормы рабочего времени, учитываться не должна, поскольку она уже оплачена в большем (а именно, в двойном) размере. Если работа в нерабочий праздничный день является одновременно для работника и сверхурочной, оплате подлежит только работа в праздничный день.

И при сверхурочной работе, и при работе в выходные и нерабочие праздничные дни работник осуществляет свою трудовую деятельность в абсолютно тождественных условиях труда: во время отдыха. Правовая природа сверхурочной работы и работы в выходные и нерабочие праздничные дни едина, поэтому оплата в повышенном размере одновременно как на основании ст. 152 ТК РФ, так и ст. 153 ТК РФ будет являться необоснованной и чрезмерной.

Для работников с суммированным учетом рабочего времени работа в праздничные дни входит в месячную норму рабочего времени, и они должны выполнить эту норму, включающую и работу в нерабочие праздничные дни. Оплата в двойном размере начисляется всем работником за часы, фактически проработанные в праздничные дни (ст. 153 ТК РФ).

Следовательно, содержащееся в Постановлении Президиума ВЦСПС 1966 года разъяснение о том, что при подсчете сверхурочных часов работа в праздничные дни, произведенная сверх нормы рабочего времени, не должна учитываться, поскольку она уже оплачена в двойном размере, соответствует действующему законодательству.

Представляется целесообразным закрепить данное положение в статье 152 ТК РФ.

2. Обеспечение дисциплины работников поездных бригад В соответствии со статьей 330 ТК РФ, дисциплина работников, труд которых непосредственно связан с движением транспортных средств, регулируется ТК РФ и положениями (уставами) о дисциплине, устанавливаемыми федеральными законами. В рассматриваемой сфере применяется Положение о дисциплине работников железнодорожного транспорта Российской Федерации, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 25.08.1992 г. №621. Названный нормативно-правовой акт принят до вступления в силу ТК РФ, и применяется постольку, поскольку он не противоречит ТК РФ (ч. 1 ст. 423 ТК РФ).

Верховный суд РФ неоднократно «поправлял» работодателя по вопросу наложения на работников железнодорожников дисциплинарных взысканий, не предусмотренных ТК РФ (решение Верховного

¹ Нуртдинова А., Чиканова Л. Оплата сверхурочной работы при суммированном учете рабочего времени // Хозяйство и право. 2009. №1.

Суда РФ от 24.05.2002 №ГКПИ 2002–375, Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 03.07.2002 №256лв-01). От былой строгости в регламентации труда работника ж.д. транспорта не осталось и следа. Была признана недействующей такая мера дисциплинарной ответственности, как увольнение по основаниям, предусмотренным п. 18 названного Положения о дисциплине (пп «в» ч. 1 пункта 15 Положения о дисциплине). Ранее дисциплинарное взыскание в виде увольнения могло налагаться за совершение работником грубого нарушения дисциплины, создавшего угрозу безопасности движения поездов, маневровой работы, жизни и здоровью людей или приведшего к нарушению сохранности грузов, багажа и вверенного имущества, неисполнению служебных обязанностей по обслуживанию пассажиров. «Перечень грубых нарушений дисциплины, совершение которых может быть применено дисциплинарное взыскание, предусмотренное подпунктом «в» пункта 15 Положения о дисциплине... и категорий работников, привлекаемых к ответственности за эти нарушения» (Приказ МПС России от 25.12.2000 г. №30Ц) (далее — Перечень грубых нарушений) фактически утратил силу.

В обоих судебных актах, которыми положения рассматриваемой нормы признаются незаконными, в мотивировочной части приводятся доводы формального характера: «основания прекращения трудового договора должны быть закреплены в федеральном законе» (ч. 3 ст. 55 Конституции РФ, ст 77 ТК РФ). Есть необходимость разработки и принятия Положения о дисциплине работников железнодорожного транспорта РФ в форме федерального закона. Однако учитывая комплексный характер названного документа, необходимость охвата его нормами деятельности организаций разных хозяйств железнодорожного транспорта (локомотивного, пассажирского, грузового, путевого и т.д.), названный федеральный закон появится не скоро¹.

В соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и охраняемых законом интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. С учетом общей криминогенной обстановки в стране, возрастающей террористической угрозы, обеспечение безопасности пассажирских перевозок становится задачей №1. Проблема провоза поездной бригадой пассажиров, не имеющих проездных документов, встает как никогда остро.

С 08.12.2011 г. Федеральным законом от 07.12.2011 №420-ФЗ изменена редакция части 1 статьи 165 УК РФ: безбилетный провоз пассажира, по сути, был декриминализован, т.к. по общему правилу, ущерб не достигает крупного размера 250 т.р. (новый составообразующий признак).

Объявление замечания или выговора, порой оказывается недейственными, ведь на одной чаше весов реальная возможность получить обогащение, а на другой — взыскание при условии, что нарушение будет обнаружено и доказано. Не каждый подобный случай можно выявить. Провоз безбилетника — это не просто нарушение должностных обязанностей поездной бригадой, это реальная помеха качеству услуги перевозки и угроза безопасности пассажиров!

В Перечне грубых нарушений содержится ряд проступков, которые могут повлечь самые серьезные последствия, вплоть до крушения пассажирского поезда и человеческих жертв. При наступлении подобных последствий в действие вступают нормы уголовного законодательства. Роль же трудовые методы воздействия в сфере железнодорожного транспорта — превентивная.

Представляется целесообразным включить в статью 330 ТК РФ дополнительные основания прекращения трудового договора с работниками поездных бригад: увольнение начальника пассажирского поезда, проводника пассажирского вагона за совершение следующих нарушений: провоз безбилетного пассажира; нарушение правил пожарной безопасности, повлекшее за собой возникновение пожара в пассажирском вагоне.

3. Обеспечение транспортной безопасности в поездах. Статьей 10 Федерального закона от 09.02.2007 №16-ФЗ «О транспортной безопасности» (далее — Федеральный закон) установлены ограничения при приеме на работу, непосредственно связанную с обеспечением транспортной безопасности. На такую работу не принимаются лица, имеющие непогашенную или неснятую судимость за умышленное преступление; состояние на учете в учреждениях органов здравоохранения по поводу психического заболевания, алкоголизма или наркомании; досрочно прекратившие полномочия по государственной должности или уволенные с государственной службы по виновным основаниям, если

¹ Проект Федерального закона №402720–4 «Положение о дисциплине работников железнодорожного транспорта общего пользования в Российской Федерации», принятый Государственной Думой 23.05.2007 г. в первом чтении, не обрел форму закона.

прошло менее чем 3 года; в отношении которых по результатам проверки, проведенной в соответствии с Федеральным законом «О полиции», имеется заключение органов внутренних дел о невозможности допуска к осуществлению деятельности, связанной с объектами, представляющими повышенную опасность для жизни или здоровья человека, а также для окружающей среды.

Частью 2 статьи 10 Федерального закона предусмотрено, что Перечень работ, непосредственно связанных с обеспечением транспортной безопасности, устанавливается Правительством РФ. Такой перечень был утвержден Распоряжением Правительства РФ от 05.11.2009 г. №1653-р. Однако виды работ в нем даны в самой общей форме.

При применении нормы статьи 10 Федерального закона в пассажирском хозяйстве образовалась проблема в определении круга лиц, к которым при приеме на работу указанные ограничения должны быть применены. В частности, в Перечне работ значится «Осуществление контроля и надзора в области обеспечения транспортной безопасности». Данное определение является слишком широким, что создает условия для ошибок при применении названной нормы. На железнодорожном транспорте действуют квалификационные характеристики и справочники, в соответствии с которыми круг профессий и должностей, которым могло бы быть вменено непосредственное обеспечение транспортной безопасности, достаточно узок. Представляется, что перечень работ необходимо конкретизировать перечнем профессий и должностей. А это, в свою очередь, повлечет необходимость в пересмотре должностных обязанностей причастных работников.

ПОРЯДОК ИСЧИСЛЕНИЯ СРОКОВ В ТРУДОВОМ ПРАВЕ

КОКОВА Лиана Руслановна,

к.ю.н., доцент кафедры трудового и предпринимательского права
Кабардино-Балкарского государственного университета

В отличие от ранее действующего КЗоТ, Трудовой кодекс РФ содержит норму (ст. 14 ТК РФ), впервые устанавливающая общие правила исчисления сроков. В регулировании социально-трудовых отношений важную роль играет срок как один из юридических фактов, с которым Трудовой кодекс РФ, иные нормативные и правовые акты, соглашения или договоры связывают возникновение, изменение и прекращение социально-трудовых прав и обязанностей.

Одни установленные законом сроки не могут быть ни конкретизированы, ни изменены участниками социально-трудовых отношений. Например, это срок исковой давности. В ч. 1 ст. 392 ТК РФ сказано, что работник имеет право обратиться в суд за разрешением индивидуального трудового спора в течение трех месяцев со дня, когда он узнал или должен был узнать о нарушении своего права, а по делам об увольнении — в течение одного месяца со дня вручения ему копии приказа об увольнении либо со дня выдачи трудовой книжки.

Для других отношений закон предусматривает максимальный срок, в пределах которого заинтересованные лица имеют возможность установить иной срок, необходимый им для совершения тех или иных действий. Например, все акты социального партнерства (и соглашения, и коллективные договоры) в соответствии с Трудовым кодексом РФ могут заключаться на срок до трех лет. В этих пределах они могут быть заключены на любой срок.

Некоторые сроки нормативные акты устанавливают на случай, если участники правоотношений не решили иначе. Так, по общему правилу ежегодный основной оплачиваемый отпуск предоставляется продолжительностью 28 календарных дней, но по соглашению между работником и работодателем он может быть разделен на части.

В некоторых случаях сроки могут быть установлены не нормативными актами, а непосредственно субъектами социально-трудовых отношений. Например, в подп. 3 ч. 1 с. 86 ТК РФ говорится, что если персональные данные работника возможно получить только у третьей стороны, то работник должен быть уведомлен об этом заранее и от него должно быть получено письменное согласие, но нигде не оговаривается насколько «заранее», следовательно этот вопрос может быть уточнен либо в коллективном договоре, либо в трудовом договоре с каждым конкретным работником, если последний заинтересован в этом.

В соответствии с ч. 1 ст. 14 Трудового кодекса РФ днем возникновения трудовых прав и обязанностей является календарная дата, которая и будет определять начало течения срока. Например, в

трудовом договоре, заключаемым с педагогическим работником в июне будет определено, что трудовой договор вступит в силу 1 сентября. Но ведь по общему правилу, закрепленному в ч. 1 ст. 61 ТК РФ трудовой договор вступает в силу со дня его подписания работником и работодателем, если иное не установлено федеральными законами, иными нормативными правовыми актами или трудовым договором. Следовательно, ч. 1 ст. 14 ТК РФ закрепляет лишь один из возможных вариантов возникновения трудовых прав и обязанностей.

Если трудовой договор заключен на один год, а дата его заключения рассматривается как начало течения срока возникновения трудовых прав и обязанностей, то течение срока начинается со следующего дня после подписания договора. Другим примером может служить труд лиц, работающих вахтовым методом. При вахтовом методе ведения работ устанавливается суммированный учет рабочего времени за месяц, квартал или иной более длительный период, но не более чем за один год (ч. 1 ст. 300 ТК РФ). Понятие «недели» законодатель использует, например, в ч. 1 ст. 80 ТК РФ: «Работник имеет право расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя в письменной форме за две недели». В днях Трудовой кодекс РФ устанавливает продолжительность всех видов отпусков (основного ежегодного оплачиваемого, удлиненного, дополнительного; отпусков без сохранения заработной платы; «целевых» отпусков). В ст. 142 ТК РФ закрепляется право работников на приостановление работы в случае задержки выплаты заработной платы на срок более 15 дней. Надо сказать, что те статьи, в которых указывается только количество дней, без указания на то, какие это дни: календарные или рабочие, вызывают на практике множество проблем. Иногда начало течения срока целесообразно определять не только днем, но и соответствующим часом. Например, работник принимается на работу с установлением испытательного срока. В соответствии с трудовым законодательством при заключении трудового договора соглашением сторон может быть обусловлено испытание, условие об испытании должно быть указано в трудовом договоре. Рассмотрим ситуацию, когда работодатель вечером договаривается с работником, тот на следующий день в 8 утра приступает к работе, рабочий день сотрудника отдела кадров начинается в 10 утра, предположим, что к 11 часам готовы трудовой договор и приказ о приеме на работу с установлением испытательного срока. Работник ставит свою подпись и конкретное время ознакомления его с этими документами. Возникает вопрос, имеет ли право работодатель уволить его как не выдержавшего испытание.

Сроки в трудовом праве могут также определяться указанием на событие, которое должно произойти. Когда начало течения срока связывается с наступлением соответствующего события, то течение срока начинается на следующий день после наступления этого события. Так, в соответствии со ст. 128 Трудового кодекса РФ работодатель обязан по письменному заявлению работника предоставить отпуск без сохранения заработной платы, продолжительностью до 5 календарных дней работникам в случае рождения ребенка или смерти близких родственников. Неизвестно наступит одно из указанных событий или нет, но право закреплено и напрямую зависит от вышеназванных обстоятельств.

Также срок может регламентироваться продолжительностью совершения определенных юридических действий. Например, в случае производственной необходимости работодатель имеет право перевести работника на срок до одного месяца на не обусловленную трудовым договором работу в той же организации с оплатой труда по выполняемой работе, но не ниже среднего заработка по прежней работе (ч. 1 ст. 74 ТК РФ).

Часть 2 ст. 14 Трудового кодекса РФ посвящена срокам, с которыми Кодекс связывает прекращение трудовых прав и обязанностей. При этом следует отметить, что в ст. 14 ТК РФ закрепляются лишь общие положения, требующие дальнейшей конкретизации.

По общему правилу, в случае прекращения трудовых прав и обязанностей, течение срока начинается на следующий день после календарной даты, которой определено окончание трудовых отношений. Не вполне понятна логика законодателя: если данная статья распространяется на весь Трудовой кодекс РФ, а так и должно быть, поскольку ст. 14 ТК РФ располагается в главе 1 «Основные начала трудового законодательства» раздела 1 части 1 ТК РФ, то почему в ней идет речь об окончании только трудовых отношений, а не трудовых и иных непосредственно с ними связанных отношений.

Часть 3 статьи 14 ТК РФ гласит: «Сроки, исчисляемые годами, месяцами, неделями, истекают из соответствующее число последнего года, месяца или недели срока».

При сроке 1 год его течение заканчивается в соответствующий месяц и число последнего года срока. Это означает, что если коллективный договор заключен 1 октября 2005 г. со сроком действия 3 года, то окончание этого срока произойдет 1 октября 2008 г.

Окончание срока, исчисляемого месяцами, приходится на соответствующее число последнего месяца срока. Так, срок трудового договора с работником заключившим трудовой договор на срок до двух месяцев с 3 октября 2005 г. закончит течение 3 декабря 2005 г. В отличие от Трудового кодекса РФ

ч. 3 ст. 192 Гражданского кодекса и ч. 1 ст. 108 Гражданского процессуального кодекса РФ закрепляют правило, что если окончание срока, исчисляемого месяцами, приходится на такой месяц, в котором нет соответствующего числа, то срок истекает в последний день этого месяца. То есть, если в месяце окончания срока отсутствует число, с которого началось течение срока, 30, 31 февраля, 31 — в апреле, июне, сентябре, ноябре, то окончание срока — последний день месяца. Например, если начало течения 6-месячного срока 31 мая 2005 г., то окончание срока 30 ноября 2005 г. По нормам трудового законодательства в указанном примере срок трудового договора истекает 1 декабря, что в свою очередь приводит к увеличению срока на один день. В связи с вышеизложенным представляется целесообразным ввести в Трудовой кодекс РФ норму аналогичную п. 3 ч. 3 ст. 192 ГК РФ и ч. 1 ст. 108 ГПК РФ.

Порядок исчисления срока, определенного кварталом, аналогичен порядку, установленному для срока, исчисляемого месяцами. При этом в отличие от Гражданского кодекса РФ в трудовом законодательстве считается само собой разумеющимся, что квартал равен трем месяцам, а отсчет кварталов ведется с начала года. При этом термин «квартал» встречается в Трудовом кодексе РФ, например, квартал может быть учетным периодом (ст.ст. 104, 300 ТК РФ). Порядок ведения суммированного учета рабочего времени в соответствии с ч. 2 ст. 104 ТК РФ устанавливается правилами внутреннего трудового распорядка организации. Означает ли это, что работодатель с учетом мнения выборного профсоюзного органа может ввести собственное понятие квартала? Конечно же, нет, но чтобы таких вопросов не возникало, следует включить в Трудовой кодекс РФ понятие квартала.

Следующий срок, используемый в Трудовом кодексе РФ, — это полмесяца. Так, ч. 6 ст. 136 ТК РФ закрепляет правило о том, что заработная плата выплачивается не реже чем каждые полмесяца. Что означает «полмесяца»? В соответствии с Конвенцией МОТ №95 «О заработной плате», правда не ратифицированной в нашей стране, заработная плата должна выплачиваться не реже чем каждые шестнадцать дней. В п. 2 ч. 3 ст. 192 Гражданского кодекса РФ дается общее понятие срока, определенного в полмесяца, применимое для всего ГК РФ, — это срок исчисляемый днями и считается равным 15 дням.

Срок, исчисляемый полумесяцем, неделями, заканчивается в соответствующий последний день полумесяца или недели, полмесяца 15 дней, две недели 14 дней и т.д. Если срок полмесяца начал течение 19 октября 2005 г., то он окончится 3 ноября 2005 г. Срок две недели окончится 2 ноября 2005 г. Для единообразного понимания сроков в трудовом праве целесообразно включить в трудовое законодательство норму, закрепляющую понятие полмесяца.

Согласно ч. 3 ст. 14 ТК РФ, в срок, исчисляемый в календарных неделях или днях, включаются и нерабочие дни. Нерабочими днями являются выходные и праздничные дни, а также иные дни, которые в установленном порядке признаны соответствующими органами нерабочими (например, перенесенные Правительством выходные дни). Выходные дни бывают общими — суббота, воскресенье, только воскресенье при 6-дневной неделе либо иные дни недели, установленные для отдельных организаций с учетом специфики их работы. Например, выходным днем может быть понедельник или иной день недели. Но есть исключения из этого правила. Так, в число календарных дней отпуска нерабочие праздничные дни, приходящиеся на период отпуска, не включаются.

Часть 4 статьи 14 Трудового кодекса РФ гласит, что если последний день срока приходится на нерабочий день, то днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день. Так, 7 января 2006 г. приходится на субботу. При 5-дневной рабочей неделе, если окончание срока приходится на 7 января, днем его окончания следует считать 9 января 2006 г. В случае если работник работает в субботу в соответствии с графиком сменности, то суббота не исключается из течения срока. При окончании срока в воскресенье (если это был выходной день) его истечение наступит в понедельник. Если выходной день понедельник, днем окончания срока будет вторник. Таким образом мы видим, что имеет место удлинение срока, что вполне оправдано, поскольку дает возможность реализовать субъективные права и обязанности сторонам договора. Но и в этой ситуации возможны исключения, например, в выходной день на работе одновременно с работником присутствует работодатель, в этом случае срок в отношениях между ними истечет в выходной день.

В Гражданском кодексе РФ целая статья посвящена порядку совершения действий в последний день срока (ст. 194 ГК РФ). В трудовом законодательстве, к сожалению, такой нормы нет. По общему правилу действие, для совершения которого установлен определенный день, должно быть совершено в этот день, то есть до 24 часов последнего дня срока. Это общее правило из ГК РФ к трудовому законодательству применимо лишь для ситуаций, когда действие связано с передачей письменных заявлений или извещений, что обычно удостоверяется почтовым штемпелем на конверте, квитанции или другом документе. Под письменным заявлением понимаются любые письменные материалы, которые участники социально-трудовых отношений должны сообщить друг другу или третьим лицам. Под извещениями понимаются сообщения о проведении тех или иных мероприятий (заседаний, собраний,

проверок) в определенном месте и в соответствующее время, например, извещение о проведении заседания комиссии по ведению коллективных договоров или примирительной комиссии. Надо отметить, что ГК РФ также как и ТК РФ не дает ответа на вопрос, что происходит со сроком, если используются современные средства связи, например, электронная почта. Представитель работников, находясь дома, направил работодателю извещение в 23 часа, понятно, что работодатель — юридическое лицо получит его только утром следующего дня, как следствие заседание комиссии для ведения коллективных переговоров, подготовки проекта коллективного договора и его заключения будет сорвано. Несет ли работодатель в этом случае ответственность, предусмотренную нормами административного законодательства за уклонение от участия в коллективных переговорах. Представляется, что не несет, поскольку он не знал и не должен был знать о заседании комиссии утром следующего дня, следовательно в случае использования современных средств связи нельзя руководствоваться теми же правилами, которые установлены для органов связи в ГК РФ. Вторая ситуация: в соответствии со ст. 140 ТК РФ при прекращении трудового договора выплата всех сумм, причитающихся работнику от работодателя, производится в день увольнения работника. Возникает вопрос: деньги должны быть выплачены до того часа, когда данная организация прекращает работу или по режиму работы кассы. На практике всегда используется второй вариант. Приведенные выше примеры свидетельствуют о том, что в Трудовом кодексе РФ обязательно должна быть норма аналогичная ст. 194 ГК РФ, но еще более подробно и полно прописанная, основанная на реалиях именно трудового законодательства, учитывающая все специфику социально-трудовых отношений.

Таким образом, подводя итоги проведенному в этом параграфе анализу статьи 14 Трудового кодекса РФ, можно прийти к следующим выводам: во-первых, указанная статья не соответствует современным требованиям трудового законодательства; во-вторых, объема одной статьи явно недостаточно для всестороннего урегулирования такого количества проблем, возникающих как в теории так и на практике; в-третьих, идея выделения сроков в трудовом праве как минимум в самостоятельный институт уже выдвигалась учеными — трудовиками.

АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ШТРАФ И ПРОБЛЕМЫ МАТЕРИАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ РАБОТНИКОВ

КУРЫЛЕВА Ольга Сергеевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса и трудового права
юридического факультета Белорусского государственного университета

Пробелы и недостатки норм, регулирующих юридическую ответственность, имеют особенно негативные последствия. В институте материальной ответственности работников в трудовых кодексах Республики Беларусь и Российской Федерации (далее — ТК РБ и ТК РФ) содержится оценочное понятие, которое является одним из основных условий привлечения работников к материальной ответственности — «реальный ущерб» (п. 1 ч. 1 ст. 400 ТК РБ), «прямой, действительный ущерб» (ч. 1 ст. 238 ТК РФ). Российский законодатель раскрывает это оценочное понятие в т.ч. указанием на «излишние выплаты на приобретение, восстановление имущества» работодателя (ч. 2 ст. 238 ТК РФ). В ТК Беларуси оценочное понятие не раскрывается. При определении содержания понятия практика ориентируется на п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26.03.2002 №2 «О применении судами законодательства о материальной ответственности работников за ущерб, причиненный нанимателю при исполнении трудовых обязанностей» (далее — Постановление Пленума ВС РБ №2). В п. 3 указанного Постановления Пленум в т.ч. разъяснил, что к реальному ущербу относятся «излишние выплаты», а к последним в т.ч. относятся «...штрафы, взысканные с нанимателя по вине работника...». Таким образом, в Беларуси и России в трудовых кодексах «...штрафы, взысканные с нанимателя по вине работника...» прямо не относятся к реальному (прямо-му, действительному ущербу). Но толкование и судебная практика придают закону указанный смысл. В частности, в Комментариях к Трудовому кодексу РФ под редакцией профессора Ю.П. Орловского к прямому действительному ущербу относятся также дополнительные выплаты в виде уплаченных штрафов¹. А.М. Соколовская, комментируя судебную практику Беларуси по делам о материальной

¹ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (краткий, постатейный) / Отв. ред. проф. Ю. П. Орловский. М.: КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 2006. С. 401–402.

ответственности работника, также относит к излишним выплатам суммы взысканных с предприятия штрафов¹. Этой позиции соответствует практика прокуратуры, районных, кассационных и надзорных судебных инстанций в Беларуси². Приведем один из ярких примеров.

В суд Бобруйского р-на и г. Бобруйска обратилась прокуратура Первомайского р-на и г. Бобруйска в интересах ОАО «Т». Постановлением по делу об административном правонарушении Бобруйской межрайонной инспекции труда на основании ч. 1 ст. 9.17 Особенной части КоАП РБ на ОАО «Т» наложен штраф в размере 3 500 000 руб. и постановление исполнено. В соответствии с протоколом об административном правонарушении и приложенным к нему материалам установлено, что 24.09. 2008 свердловщик ОАО «Т» М. по заданию исполняющего обязанности мастера механосборочного цеха Г. выполняла работу по сверлению отверстий на универсальном вертикально-сверлильном станке. Для удобства работы М. сняла верхнюю хлопчатобумажную куртку, из спецодежды, выданной нанимателем, и работала в свитере, чем нарушила требования инструкции по охране труда. При установлении очередной детали на станок М. приблизилась к вращающемуся шпинделю с режущим инструментом, и ее рука была захвачена за рукав свитера и травмирована. В результате несчастного случая М. получила травму в виде переломов 3, 4, 5 ребер справа, закрытой травмы грудной клетки. В качестве причин несчастного случая в заключении госинспектора труда указаны кроме нарушения допущенного самой потерпевшей, также нарушение исполняющего обязанности мастера механосборочного цеха Г. (допуск к выполнению работ М. без средств индивидуальной защиты, не обеспечение контроля за соблюдением М. требований инструкции по охране труда). В связи с не обеспечением нанимателем контроля по соблюдению конкретных норм по охране труда, на ОАО «Т» наложен административный штраф в размере 3,5 млн руб. Кроме того, по тем же основаниям на исполняющего обязанности мастера механосборочного цеха Г. также было наложено административное взыскание в виде штрафа в размере 800 000 руб. Прокуратура обратилась с иском к потерпевшей М. и должностному лицу нанимателя Г. указав, что уплатой штрафа ОАО «Т» причинен ущерб в размере 3,5 млн руб., который должен быть возмещен виновными лицами. Таким образом, для возмещения уплаченного предприятием административного штрафа, к материальной ответственности привлечена как сама потерпевшая от несчастного случая, так и должностное лицо предприятия, на которое наряду с предприятием также был наложен административный штраф.

Для Беларуси правовая оценка этой практики чрезвычайно актуальна с учетом закрепленной в ТК РБ концепции полной материальной ответственности работников как общего правила (ч. 1 ст. 402 ТК РБ). В России эта проблема также актуальна, поскольку при общем правиле об ограниченной материальной ответственности работников (ст. 241 ТК РФ), трудовой кодекс предусматривает также случаи полной материальной ответственности, в частности, при причинении ущерба в результате административного проступка, если таковой установлен соответствующим государственным органом (п. 6 ст. 243 ТК РФ).

Необходимо уяснить, правомерно ли рассматривать в рамках понятия реальный (прямой действительный) ущерб административные штрафы, наложенные на нанимателя (работодателя). Условия материальной ответственности работника в совокупности характеризуют ее основание: трудовое имущественное правонарушение. Следовательно, все условия необходимо определять на уровне закона. Среди условий материальной ответственности в трудовом праве понятие ущерба обладает отраслевыми особенностями. Термин «штраф» используется в различных отраслях права и имеет разные значения. Штраф как вид уголовного наказания, как вид административного взыскания, как вид неустойки в гражданском праве. Отметим, что вопрос о виде ответственности юридических лиц, к которым применяются санкции на основании КоАП, относится к числу дискуссионных³. Вместе с тем, в рамках рассматриваемой темы это не имеет принципиального значения, поскольку специалисты едины в отношении ответственности по основаниям, предусмотренным КоАП и в соответствии с ПИ КоАПК разновидности карательной или штрафной ответственности. По мнению автора данной статьи, эта ответственность является административной. В общей теории права юридическая ответственность делится на правосоставительную и карательную или штрафную. Первая направлена в основном на восстановление непосредственного вреда (в трудовом праве — материальная ответственность). Вто-

¹ А. Соколовская. Материальная ответственность работников. Подготовка и рассмотрение гражданского дела // Судовы Веснік. 2010. №2. С. 46.

² Судовы веснік. 2009. №3. С. 34.

³ Круглов В., Телятицкая Т. Юридические лица и административная ответственность // Судовы веснік. 2003. №4. С. 53–55.

рая воздействует на правонарушителя в т.ч. для предупреждения нарушений в будущем (уголовная, административная, дисциплинарная). О.Э. Лейст отмечает существенную разницу между штрафной и правосознательной ответственностью¹. В тех случаях, когда правонарушение причиняет имущественный вред, для нарушителя может одновременно наступить штрафная и правосознательная ответственность. В трудовом праве возмещение ущерба производится независимо от привлечения работника к дисциплинарной, административной или уголовной ответственности за действие (бездействие), которым причинен ущерб нанимателю (работодателю) (ч. 8 ст. 408 ТК РБ, ч. 6 ст. 248 ТК РФ). Но это не означает, что административная ответственность в виде штрафа, наложенного на нанимателя, может быть возложена на работника как материальная ответственность. Отнесение административного штрафа, наложенного на нанимателя к реальному (прямому действительному) ущербу приводит к правовой ошибке. Рассмотрим, какие права работника, и нормы права нарушаются.

1. Штрафные санкции носят относительно определенный характер, устанавливая высший и низший пределы наказания или взыскания, подлежащих назначению правонарушителю в соответствии с обстоятельствами правонарушения, степенью вины и другими обстоятельствами. Установлены различные минимальные и максимальные размеры штрафов для физических лиц, индивидуальных предпринимателей и юридических лиц. Для сравнения отметим, что в Беларуси по общему правилу максимальный размер штрафа, налагаемого на физическое лицо, не может превышать пятидесяти базовых величин, на индивидуального предпринимателя, — двухсот базовых величин, на юридическое лицо — тысячи базовых величин при исчислении штрафа в базовых величинах.

В отличие от штрафных при административной ответственности правосознательные санкции при материальной ответственности носят абсолютно определенный характер, поскольку размер материального ущерба может и должен быть точно определен. В связи с этим, важное значение имеют нормы трудового права, регулирующие порядок определения ущерба. Например, при утрате имущества имеет значение на основе каких цен рассчитывать размер ущерба, на какую дату учитывать цены (на момент причинения ущерба, на момент его обнаружения, на момент рассмотрения дела в суде либо исполнения решения), учитывать ли процент износа и т.д. В России эти нормы определены непосредственно в ТК (ст. 246). Трудовой кодекс Беларуси содержит лишь одну статью, посвященную определению размера причиненного ущерба, которая носит бланкетный характер (ст. 407). Установить размер причиненного ущерба обязан наниматель (работодатель) (ч. 3 ст. 400 ТК РБ, ч. 1 ст. 247 ТК РФ). Применение этих норм создает для работника гарантии при привлечении его к материальной ответственности, поскольку с него взыщут только реальный ущерб, размер которого установлен абсолютно определенно и в порядке, установленном законом.

Что происходит в том случае, когда в качестве реального ущерба рассматривается административный штраф, наложенный на организацию — нанимателя. Предположим, с учетом конкретных обстоятельств определен максимальный размер штрафа: тысяча базовых величин. В постановлении о наложении административного штрафа указана причина: нарушения, допущенные по вине работника. Организация — наниматель после уплаты штрафа привлекает работника к материальной ответственности, которая по общему правилу в Беларуси является полной (ч. 1 ст. 402 ТК). Соответственно размер причиненного ущерба равен размеру штрафа — тысяча базовых величин. Даже если самого работника привлекли за тоже правонарушение к административному штрафу в максимальном размере (пятьдесят базовых величин) с него подлежит взысканию «реальный ущерб», а фактически административный штраф, который в двадцать раз превышает максимально возможный для физических лиц. При такой логике нет необходимости в применении норм, регулирующих определение размера ущерба т.к. он просто равен штрафу, размер которого может быть разным (относительно-определенная санкция). Нанимателю также нет необходимости доказывать размер ущерба т.к. он определен постановлением о наложении административного взыскания, если оно исполнено. Таким образом, работник лишается гарантий законности привлечения к ответственности, предусмотренных как трудовым кодексом, так и административным.

2. Вина работника в совершении административного проступка, в связи с которым на нанимателя (работодателя) налагается штраф не является преюдициально установленным фактом. Вместе с тем, в практике прокуратуры и судебной практике Беларуси она фактически презюмируется, что освобождает нанимателя от обязанности доказать вину работника, предусмотренной ч.ч. 4, 5 ст. 400 ТК РБ.

3. Необходимым условием для привлечения работника к материальной ответственности является **прямая** причинная связь между противоправным поведением работника и возникшим у нанимателя

¹ Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М., 1998. С. 603–612.

ущербом (п. 3 ч. 1 ст. 400 ТК). ТК РФ требует установить причинную связь не как возможную или вероятную, а как несомненную и достоверную, прямую. Статья 233 ТК РФ дает основания для такого же толкования. При конструкции административный штраф — реальный ущерб не поведению работника влечет ущерб, а административный штраф, наложенный компетентными государственными органами либо должностными лицами. Следовательно, в нарушение закона работники привлекаются к материальной ответственности при отсутствии прямой причинной связи.

4. Субъектный состав административной и материальной ответственности различается. Различается бремя и процесс доказывания состава правонарушения (в трудовом праве обязанность доказать факт причинения, а также размер ущерба, причиненного работником и другие условия возлагается на нанимателя), сроки привлечения к административной и материальной ответственности по трудовому праву, цели наложения административного штрафа и материальной ответственности работника. Законодатель проводит различие между административным взысканием в т.ч. штрафом и материальным или моральным вредом, который может быть причинен административным правонарушением.

В рамках указанных видов ответственности по разному предусматриваются и гарантируются права лиц по оспариванию правонарушения, участию в исследовании обстоятельств дела, право давать объяснения, представлять доказательства, обжаловать решения, принятые в процессе осуществления ответственности. Указанные права предусматриваются нормами различной отраслевой принадлежности (ПИ КоАП, ТК, ГПК). Следует отметить, что при наложении административного штрафа на юридическое лицо — нанимателя, либо нанимателей — физических лиц предусматриваются и гарантируются ПИ КоАП права нанимателей, а не работников, с которых впоследствии согласно позиции Верховного Суда Беларуси может быть взыскан «ущерб», причиненный уплатой штрафа. Такой подход нарушает право работников на защиту при взыскании ущерба.

5. Для обращения нанимателя (работодателя) в суд по вопросам взыскания материального ущерба, причиненного ему работником, установлен срок в один год со дня обнаружения ущерба (ч. 2 ст. 242 ТК РФ, ч. 2 ст. 392 ТК РФ). Но эта норма не рассчитана на взыскание административного штрафа в качестве «ущерба». Поэтому и появляются в судебной практике Беларуси дела, когда решение суда о взыскании ущерба с работника постановлено спустя три года, после наложения административного штрафа на организацию (дело по иску ЧУП «С» к Ш.)¹.

Проведенный анализ позволяет оценить указанную практику как нарушающую основные принципы юридической ответственности, сформулированные в теории права². Гарантии защиты прав работников в данной области необходимы на уровне закона, заключений Конституционного и разъяснений Верховного Суда.

К ВОПРОСУ О СОДЕРЖАНИИ ПОНЯТИЯ

«КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ»

МИТРОШКИНА Юлия Юрьевна,

преподаватель кафедры трудового права
ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права»

Признание и обеспечение социальных прав и гарантий их реализации имеют принципиальное значение для общественного развития и благополучия. Это не только демонстрирует приверженность государства общечеловеческим ценностям и гуманистическим идеалам, что само по себе очень важно и характеризует качественное состояние государства, но и является фактором, обеспечивающим социальную безопасность, стабильность развития общества. В юридической науке и судебной практике нарастает тенденция рассматривать закреплённые Конституцией социальные права не только как принципиальные ориентиры для законодателя, но именно как основные права, равные по значимости конституционным гражданским и политическим правам. Основанные на принципах спра-

¹ Практикум отдела кадров. №6. 2012.

² Общая теория государства и права. Академический курс / Под ред. М. Н. Марченко. Т. 2. М., 1998. С. 612–621.

ведливости и социальной солидарности, они закрепляются Конституцией в качестве непосредственно действующих и подлежат судебной защите¹.

Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин отмечает, что хотя формально Конституция Российской Федерации провозглашает Россию социальным государством, политика которого направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие личности, однако ни для кого не секрет, что такое состояние дел в нашей стране — пока всего лишь конституционный идеал. Исследователи оценивают сегодняшнее состояние России как формального социального государства на уровне первой половины 20-х гг. XX века. Среди причин такой «недоразвитости» социальных механизмов — пережитки советской политической и социальной системы, несоответствие экономических, социальных и иных целей политики государства друг другу, а также то, что сейчас Россия по важнейшим макроэкономическим показателям находится в группе развивающихся стран. Кроме того, на сегодняшний день нет окончательной определенности с моделью обеспечения социальных функций государства. При этом необходимо учитывать и ожидания общественного сознания: помня о «советских временах», многие уверены, что в тот период социальных благ, доступных каждому, было значительно больше. Поэтому любые попытки государства освободиться от функций непосредственного «опекуна» своих граждан, избавиться от патернализма в социальной сфере воспринимается гражданами как невозможность или отказ от реализации социальных прав. Поэтому важно найти баланс между интересами государства и социальных групп, между возможностью развития индивидуальной личности и правом на государственную поддержку².

Конституционный Суд своими решениями и содержащимися в них правовыми позициями создает ориентиры для законодателя, способствуя последовательному развитию социального законодательства в направлении гармонизации интересов граждан и публичных интересов, с тем чтобы не допустить произвольного, необоснованного отказа от предоставления мер социальной защиты и в то же время учитывать экономические и финансовые возможности государства. Вмешательство Конституционного Суда обусловлено, главным образом, концептуальными недостатками законодательства, действующего в социальной сфере. Его изменение порой осуществляется без должной теоретической подготовки, без продуманного плана последовательных действий, в результате чего законодательство характеризуется противоречивостью, наличием серьезных пробелов, неравномерностью развития. Россия пока не ратифицировала Европейскую социальную хартию, но это не мешает Конституционному Суду РФ мягко ориентировать законодателя на необходимость учета конституционных положений, обязывающих законодателя³. Примером может служить Определение Конституционного суда РФ от 15 февраля 2005 года №17-Опо жалобе гр. П.Ф. Енборисовой, в котором подчеркивается, что проводимая государством социальная политика должна ориентироваться на конституционные цели и принципы⁴.

Решения Конституционного Суда, имеющие значение ориентиров для законодателя, в большей степени связаны именно с реформированием социального законодательства. *Конституционные принципы* и нормы, составляющие основу всего регулирования социальных прав, предполагают, что законодательство в этой сфере должно характеризоваться признаками стабильности, предсказуемости, справедливости, отсутствием произвольных изменений, поддержанием достигнутого уровня социальной защиты и вызывать доверие граждан⁵.

¹ См.: Зорькин В. Справедливость и социальные социальные права: проблемы реализации // Конституционный принцип социального государства и его применение конституционными судами. Сборник докладов. М., 2008. С. 15.

² Российская газета. 2007. 18 июля. Федеральный выпуск. №4285.

³ Гаджиев Г. Судебная Концепция конституционного принципа социального государства в Российской Федерации // Конституционный принцип социального государства и его применение конституционными судами. Сборник докладов. М., 2008. С. 106.

⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 15 февраля 2005 года №17-О по жалобе гражданки Енборисовой Прасковьи Федоровны на нарушение ее конституционных прав пунктом 8 статьи 14 ФЗ «О трудовых пенсиях»// СЗ РФ. 2005. №16. Ст. 1479.

⁵ Доклад председателя Конституционного Суда Российской Федерации В. Д. «Обеспечение социальной справедливости и защита социальных прав граждан в конституционном правосудии» на Международной конференции по конституционному правосудию, Александрия, 8 марта 2009 // Материалы официального интернет-сайта Конституционного Суда Российской Федерации. URL: <http://www.ksrf.ru>.

Решение данной проблемы видится в выявлении конституционных принципов права социального обеспечения, которые в настоящее время должны стать основой для гармонизации законодательства о социальном обеспечении, а в перспективе стать базой для кодификации отраслевого законодательства. Понятие конституционного принципа предложил Д.А. Ковачев. Под конституционным принципом он понимает объективно существующую политическую или кибернетическую закономерность самой правовой материи, которая нашла выражение в определенной системе конституционных институтов, направленную на обеспечение свободного ее действия¹. Конституционные принципы обладают высшей степенью нормативной обобщенности, носят универсальный характер и, как следствие, оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений.

Т.С. Гусева выделяет следующие конституционные принципы права социального обеспечения: всеобщность социального обеспечения, его гарантированность, разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ в сфере социального обеспечения. Особо отмечается значимость конституционных принципов права социального обеспечения и ее возрастание в связи с отсутствием правового акта, который бы определял основы социального обеспечения². Одним из принципиально важных положений является всеобщность социального обеспечения, которую в соответствии с конституционными нормами (ч. 2 ст. 19 и ч. 1 ст. 39 Конституции РФ) определяемая, как равная для каждого возможность получать социальное обеспечение при наступлении обстоятельств, определенных в законе, независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств.

В советский период развития социального законодательства в учебной и научной литературе также выделялся принцип всеобщности обеспечения, основанный на позиции статьи 34 Конституции СССР 1977 г., предусматривающей равноправие граждан СССР обеспечиваемой во всех областях экономической, политической, социальной и культурной жизни. Однако конкретный объем реализации этого права зачастую зависел от участия гражданина в общественно полезной деятельности определенного вида. Особенно наглядно изъятия из этого принципа проявлялись в пенсионном обеспечении в силу отсутствия института социальных пенсий. Е.Г. Азарова справедливо трактовала принцип всеобщности как «принцип-идею, цель, к которой стремиться развитие законодательства о социальном обеспечении»³.

В настоящее время небесспорную позицию по вопросу всеобщности социального обеспечения занимает судья Конституционного Суда РФ Г. Гаджиев, по мнению которого Конституция РФ ориентирует на достаточно узкое понимание термина «право социального обеспечения»-проблемы реституции прав собственников, компенсация вреда, причиненного в годы тоталитаризма жертвам политических репрессий, жертвам катастроф на атомных объектах — все это находится за пределами данного конституционного понятия. Сфера социального обеспечения начинается там, где имеют место социальные риски, возникшие не по вине граждане, на этом обосновывается предложение Г. Гаджиева о необходимости отказа от неоправданной всеобщности в получении социальных выплат. Ограничив сферу или объем конституционного понятия «права на социальное обеспечение» и в целях придания этому праву более весомый, значимый характер, автор вводит понятие «предназначение социальных конституционных прав», однако не дает ему расшифровку⁴.

Также дискуссионным следует признать вопрос об отнесении конституционного положения о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов РФ в сфере социального обеспечения к конституционному принципу социального обеспечения России. Разграничение правотворческой компетенции российской Федерации и ее субъектов предусмотрено Конституцией РФ также и в сфере

¹ Ковачев Д. А. Конституционный принцип: его понятие, реальность и фиктивность // Журнал российского права. 1997. №9. С. 73.

² Гусева Т. С. Право социального обеспечения в России: Учеб. пособие. М., 2009. С. 27–28.

³ Азарова Е. Г. Проблемы равноправия женщин и мужчин в социальном обеспечении в СССР. М., 1989. С. 33.

⁴ Гаджиев Г. Судебная Концепция конституционного принципа социального государства в Российской Федерации // Конституционный принцип социального государства и его применение конституционными судами: сборник докладов. М., 2008. С. 15.

трудового законодательства, однако исследователи проблематики принципов трудового права не включают разграничение правотворческой компетенции РФ и ее субъектов в систему принципов трудового права, в том числе и конституционных. В частности, И. К. Дмитриева в диссертационном исследовании рассматривает принципы непосредственно самого разграничения правотворческой компетенции Российской Федерации и ее субъектов в сфере труда¹.

Таким образом, в целях обеспечения возможности единообразного развития и функционирования правового регулирования системы социального обеспечения России, успешного разрешения конституционным судом споров в связи с нарушениями социальных прав граждан, единообразного толкования конституционных положений, касающихся социальных правоотношений, необходима дальнейшая доктринальная разработка понятия конституционного принципа социального обеспечения, их системы, на основе юридических и философских интерпретаций категории принципа права.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОХРАНЫ КОММЕРЧЕСКОЙ ТАЙНЫ В ТРУДОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

МОТИНА Евгения Владимировна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процесса и трудового права
юридического факультета Белорусского государственного университета

В настоящее время Палатой Представителей Национального собрания Республики Беларусь в первом чтении принят проект Закона Республики Беларусь «О коммерческой тайне» (далее — Законопроект). Отношения, возникающие в связи с установлением, изменением, отменой режима коммерческой тайны, а также ее правовой охраной носят комплексный характер. В связи с этим важно определить, на принципах каких отраслей права должно быть построено соответствующее правовое регулирование.

Представляется, что отношения между нанимателем и работником, имеющим доступ к коммерческой тайне, должны быть урегулированы именно на уровне Трудового кодекса Республики Беларусь (далее — ТК), поскольку обязанности обеих сторон трудового договора, в том числе связанные с коммерческой тайной, относятся к содержанию трудового правоотношения, и не должны регулироваться нормами иных законодательных актов. Тем не менее, авторами Законопроекта предлагается заключать специальный гражданско-правовой договор, именуемый ими как «обязательство о неразглашении коммерческой тайны». Стороны этого соглашения — владелец коммерческой тайны и лицо, состоящее с ним в трудовых отношениях. С точки зрения теории права, обязательство всегда основывается на договоре, т.е. вытекает из него. Поэтому считается некорректными называть гражданско-правовой договор «обязательством о неразглашении коммерческой тайны». Полагаем, что нет необходимости в заключении такого специального соглашения с лицом, состоящим в трудовых отношениях с владельцем коммерческой тайны (т.е. между работником и нанимателем). Такие обязательства, которые, по мнению разработчиков Законопроекта, должны были составить содержание рассматриваемого соглашения о неразглашении коммерческой тайны, должны включаться в трудовой договор с работником, имеющим доступ к таким сведениям в силу выполняемой им трудовой функции.

В связи с изложенным, нет необходимости в таком дополнительном основании прекращения трудового договора как отказ от подписания обязательства о неразглашении коммерческой тайны, который также предложено внести в ТК.

Порядок наложения ответственности за разглашение конфиденциальных сведений в период действия трудового договора должен основываться на принципах дисциплинарной и материальной ответственности согласно ТК, а не на условиях договора, как предлагается разработчиками Законопроекта. В связи с этим, признавая допустимость установления соответствующего основания увольнения работника за разглашение сведений, составляющих коммерческую тайну, подчеркнем, что это должно быть дисциплинарное увольнение, а не дополнительное, как предлагается в Законопроекте. Также важно обратить внимание на сложности в установлении факта разглашения, в том числе, когда такой проступок можно считать законченным, и ряд других обстоятельств, связанных с объективной

¹ Дмитриева И. К. Принципы российского трудового права: монография. М., 2004. С. 238–263.

стороной данного проступка. Очевидно, что бремя доказывания факта разглашения работником коммерческой тайны ложится на нанимателя.

В Законопроекте предусмотрено право работника обжаловать в судебном порядке необоснованное установление или изменение отдельных мер по обеспечению режима коммерческой тайны, ограничивающих его права. С одной стороны, закрепление этого права носит исключительно информационный характер, поскольку основано на конституционной норме ст. 60 о праве на судебную защиту.

С другой стороны, важно подчеркнуть, что согласно ст. 23 Конституции Республики Беларусь ограничение прав и свобод личности допускается только в случаях, предусмотренных законом, в интересах национальной безопасности, общественного порядка, защиты нравственности, здоровья населения, прав и свобод других лиц. Поэтому необходимо конкретно определить на уровне закона, при каких обстоятельствах и в чем именно могут быть ограничены работники, а также для реализации каких прав других субъектов это необходимо. В связи с этим в Законопроекте должен быть прямо закреплен круг правомочий владельца коммерческой тайны (нанимателя), позволяющих вводить конкретные ограничения прав других лиц (работников). Полагаем, что в таком случае должна предусматриваться выплата компенсации за данное ограничение прав, минимальная граница которой также должна быть предусмотрена в законе.

Таким образом, считаем, что в целях создания эффективного механизма правовой охраны коммерческой тайны и соблюдения прав субъектов соответствующих отношений, целесообразно внести описанные выше нормы трудовой направленности в ТК, не допустив тем самым параллельное действие норм Законопроекта, в случае их принятия в таком виде, с нормами основного закона отрасли.

ГЕНЕЗИС ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ОХРАНЕ ТРУДА РФ И США: ОБЩЕЕ И ОСОБЕННОЕ

НЕВЕРОВА Анна Сергеевна,

преподаватель кафедры трудового права и права социального обеспечения
Оренбургского института (филиала) МГУО им. О. Е. Кутафина, аспирант

Разработки общей теории права выделяют узкий и широкий подход к рассмотрению термина «законодательство»¹. Придерживаясь узкой точки зрения и определяя законодательство об охране труда как совокупность законодательных правовых актов, регулирующих отношения по обеспечению безопасных и здоровых условий труда, хотелось бы остановиться на рассмотрении исторических предпосылок формирования современного законодательства об охране труда в РФ и США, а также попытаться выделить общие и особенные черты данного правового образования.

Общие тенденции развития трудового законодательства США и РФ не могли не наложить отпечаток на формирование законодательства об охране труда указанных государств. При этом между историческим развитием трудового законодательства России и США имеются существенные различия. В США приоритетное значение всегда отдавалось личным и политическим правам. В России же (как и в европейских странах) традиционное большее внимание отдавалось социально-экономическим правам. Причем, американское трудовое законодательство зарождалось, как законодательство, направленное на регулирование, главным образом, коллективных отношений в сфере труда. Советское и российское трудовое законодательство в правовом регулировании делало акцент именно на индивидуальных правах работников, а коллективные отношения не получили должного развития в законодательстве и широкого распространения на практике².

Еще в 1869 г. в США был принят Закон об обязательном устройстве запасных выходов из шахт и необходимой вентиляции, однако данный законодательный акт имел узкую направленность и не

¹ Алексеев С. С. Государство и право. М., 1994; Венгеров А. Б. Теория государства и права. Учебник для юридических вузов. 3-е издание. М.; Юриспруденция. 2000; Лившиц Р. З. Теория права. Учебник М.: Издательство БЕК, 1994; Тихомиров Ю. А. Юридическая коллизия. М., 1994; Тиунова Л. Б. Системные связи правовой действительности. СПб, 1991.

² См. например: Лушникова М.Б., Лушников А. М., Тарусинова Н. Н. Единство частных и публичных начал в правовом регулировании трудовых, социально-обеспечительных и семейных отношений. История, теория и практика (сравнительно-правовое исследование). Ярославль, 2001. С. 211–212.

охватывало весь спектр отношений по обеспечению безопасности на производстве, тем самым законодательство об охране труда вплоть до середины XX века в США носило зачаточный характер и не выполняло необходимых функций.

Как отмечается в литературе, лишь в последние 60 лет началось развитие законодательства США, касающегося, в том числе безопасности и гигиены на производстве, которое в силу деления трудового права США на коллективное («labor law») и индивидуальное («employment law») было отнесено к последнему¹. Так, развитие законодательства США об индивидуальных правах работников берет свое начало с 1947 года с принятием закона Тафта-Хартли, который внес изменения в Национальный закон о регулировании трудовых отношений. Эти изменения касались расширения сферы действия Национального закона о регулировании трудовых отношений и создания офиса независимого Генерального консула NLRB. В 1961 году были внесены изменения в Закон о справедливых трудовых стандартах, которые значительно расширили возможности законодательного регулирования на федеральном уровне вопросов заработной платы и рабочего времени².

Лишь в 1970 году был принят специальный Закон о безопасности труда на производстве — первый федеральный закон широкой сферы действия об охране труда на рабочем месте. Указанные положения свидетельствуют о том, что федеральное законодательство об охране труда США вплоть до 1970 г. было слабо развито, что говорит о недостаточном внимании американского законодателя к формированию действенной системы законодательного регулирования отношений по охране труда в организации. Считаем, что достаточно длительное отсутствие нормативного правового регулирования рассматриваемых отношений на уровне закона определяются историческим развитием системы источников права в США, т.к. формирование права в США связано с существованием общего права («common law»)³.

Система российского законодательства об охране труда начала свое формирование в 1882 г. с регулирования отношений по государственному контролю за соблюдением законодательства о труде, с появления актов фабричного законодательства и создания фабричных инспекций труда⁴.

Анализ ряда работ дореволюционных авторов позволяют сделать вывод, что российское законодательство об охране труда в указанный период времени рассматривалось с широкой и узкой точки зрения⁵. С широкой точки зрения оно охватывало все трудовое законодательство, включая нормы об ограничении рабочего времени, о времени отдыха, нормы об ограничении материальной ответственности и гарантии по заработной плате. В узком смысле законодательство об охране труда включало в себя нормы по технике безопасности, производственной санитарии, нормы, ограничивающие применение труда женщин и подростков, а также нормы по контролю со стороны государства за состоянием производственной среды.

В КЗоТе РСФСР 1918 г. охране труда был посвящен IX раздел «Об охране труда», который регулировал деятельность инспекции труда. Так, в соответствии со ст. 127 КЗоТа РСФСР 1918 г. охрана жизни, здоровья и труда лиц, занятых какою бы то ни было хозяйственной деятельностью, возлагалась на инспекцию труда, на технических инспекторов и на представителей санитарного надзора. При этом, исходя из положений ст. 130 КЗоТа РСФСР 1918 г. основными источниками правового регулирования отношений по охране труда в указанный промежуток времени являлись «декреты, инструкции и другие акты Советской власти, направленные на охрану жизни и здоровья трудящихся масс». Рассматриваемый законодательный акт, главным образом определяя полномочия инспекторов труда, технических инспекторов и представителей санитарного надзора, не раскрывал понятийный аппарат института охраны труда, не уделял должного внимания закреплению основных требований безопасности труда, тем самым отношения по охране труда на законодательном уровне не регулировал.

¹ Michael Evan Gold. An introduction to labor law. 2ed ed. ILR Press, 1998. P. 1.

² Robert N. Covington, Kurt H. Decker. Individual Employee Rights in a nutshell. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1995. P. 12–14.

³ Общее право — единая система прецедентов и обычаев, сложившаяся в течение длительного времени.

⁴ Закон 1 июня 1882 года о работе малолетних; Закон 3 июня 1885 года о воспрещении ночной работы подросткам и женщинам на прядильных и ткацких фабриках; Закон 24 апреля 1890 года о работе малолетних, подростков и женщин.

⁵ См.: Быков А. Н. Фабричное законодательство и развитие его в России. С. 76–78; Литвинов-Фалинский В. П. Фабричное законодательство и фабричная инспекция. СПб, 1904. С. 315–344; Микулин А. А. Фабричное законодательство как следствие фабричной системы производства. Киев, 1901. С. 3–12.

В ст. 139 КЗоТа РСФСР 1922 г. впервые была закреплена обязанность всех предприятий и учреждений принимать необходимые меры к устранению или уменьшению вредных условий работы, предупреждению несчастных случаев и к содержанию места работ в надлежащем санитарно-гигиеническом состоянии, согласно общим и специальным обязательным постановлениям по отдельным производствам, издаваемым Народным Комиссариатом Труда. Данная обязанность предполагала наличие корреспондирующего права работников на здоровые и безопасные условия труда. В ст.ст. 141–142 КЗоТ РСФСР 1922 г. предусматривалась выдача «спецодежды, предохранительных приспособлений и противоядий» определенным категориям работников в случае нахождения их в особых условиях труда. Указанная норма также впервые была включена в кодифицированный законодательный акт. Закрепление необходимости проведения обязательного предварительного медицинского осмотра для некоторых категорий работников (ст. 143), а также запрета на работу в ночное время в случае, если данные работы особо вредно отражаются на здоровье работников (ст. 144), говорят о расширении понятия охраны труда. Однако основная часть нормативных положений КЗоТа РСФСР 1922 г. была также посвящена полномочиям инспекторов в сфере охраны труда, что говорит о недостаточной разработанности законодательных положений в рассматриваемой сфере и о продолжающемся формировании института охраны труда в советском трудовом праве.

КЗоТ РСФСР 1971 г. в разделе X более подробно регулировал вопросы обеспечения безопасности, чем предшествующие кодифицированные акты. В соответствии со ст. 139 КЗоТ РСФСР 1971 г. на предприятиях, в учреждениях и организациях создавались безопасные и здоровые условия труда, обеспечение которых возлагалось на администрацию организаций. Особое внимание в рассматриваемом акте было уделено соблюдению требований охраны труда при строительстве и эксплуатации производственных зданий, сооружений и оборудования; запрещению ввода в эксплуатацию предприятий, не отвечающих требованиям охраны труда; запрещению передачи в серийное производство образцов новых машин и другого оборудования, не отвечающего требованиям охраны труда. При этом в силу ст. 143 КЗоТа РСФСР 1971 г. обязательными для администрации были единые межотраслевые и отраслевые правила по охране труда, санитарные правила и нормы, разрабатываемые и утверждаемые в порядке, установленном законодательством.

Особенностью советского трудового законодательства являлось то, что право на охрану труда (безопасные и здоровые условия труда) в законодательстве прямо не раскрывалось и количество правомочий выводилось косвенно из совокупности законодательных норм. В этом контексте выделялись правомочия на: 1) информацию об условиях труда; 2) инструктаж по безопасному ведению работ; 3) нормальные условия труда; 4) обеспечение средствами индивидуальной защиты за счет средств работодателя; 5) получение определенных компенсаций за работу во вредных условиях труда; 6) перевод на более легкую работу по состоянию здоровья; 7) участие в контроле за деятельностью администрации в данной сфере; 8) требование о расследовании обстоятельств несчастного случая или профессионального заболевания; 9) возмещение ущерба в связи с повреждением здоровья и правомочие требовать привлечения к ответственности лиц, виновных в этом. Очевидно, что этим правам корреспондировались соответствующие обязанности работодателя¹.

На основании указанных положений можно сделать вывод о том, что в дореволюционной России законодательство об охране труда не было достаточно сформировано, а существующие акты не в полной мере регулировали отношения по обеспечению безопасных и здоровых условий труда. Основой советского законодательства об охране труда явились КЗоТы РСФСР 1918, 1922, 1971 гг., которые закрепляли лишь общие положения в сфере государственного надзора и контроля за охраной труда, основной массив норм содержался в межотраслевых, отраслевых правилах по охране труда, санитарных правилах и других подзаконных нормативных актах.

В связи с изменением роли государства и профсоюзов в сфере трудовых отношений отечественное законодательство об охране труда требовало реформации. 6 августа 1993 г. были приняты Основы законодательства об охране труда (далее — Основы 1993 г.)², где впервые было сформировано понятие охраны труда, определен состав законодательства об охране труда и сфера его действия, отмечены принципы государственной политики в области охраны труда. В особые главы выделены гарантии работника на охрану труда, обеспечение охраны труда, надзор и контроль за соблюдением законодательства об охране труда. Ст. 2 Основ 1993 г. раскрывала структуру законодательства об охране труда, которое состояло из соответствующих норм Конституции, настоящих Основ и издаваемых в

¹ Цепин А. И. Охрана труда. С. 330–363.

² Российская газета. №168. 01.09.1993.

соответствии с ними законодательных и иных нормативных актов РФ и республик в составе РФ, что определяло широкий подход к понятию «законодательство об охране труда». Кроме того, указанный нормативный правовой акт имел достаточно широкую сферу действия, в силу ст. 2 закон распространялся на предприятия, учреждения и организации всех форм собственности независимо от сферы хозяйственной деятельности и ведомственной подчиненности, работодателей, работников, работников кооперативов, студентов образовательных учреждений высшего и среднего профессионального образования, учащихся образовательных учреждений среднего, начального профессионального образования и образовательных учреждений основного общего образования, проходящих производственную практику, военнослужащих, привлекаемых для работы на предприятиях, граждан, отбывающих наказание по приговору суда, в период их работы на предприятиях, на иностранных граждан и лиц без гражданства, работающих на предприятиях, находящихся в юрисдикции РФ.

17 июля 1999 г. был принят Федеральный закон №181-ФЗ «Об основах охраны труда в Российской Федерации» (далее — Закон об основах охраны труда)¹, который устанавливал правовые основы регулирования отношений в области охраны труда между работодателями и работниками и был направлен на создание условий труда, соответствующих требованиям сохранения жизни и здоровья работников в процессе трудовой деятельности.

В отличие от ранее действующего законодательного акта Закон об основах охраны труда в ст. 1 закреплял понятийный аппарат института охраны труда: охрана труда, условия труда, вредный производственный фактор, опасный производственный фактор, безопасные условия труда, рабочее место, средства индивидуальной и коллективной защиты работников, сертификат соответствия работ по охране труда, производственная деятельность. В ст. 2 Закона об основах охраны труда закреплялся состав законодательства об охране труда, которое наряду с Конституцией, федеральными законами и законами субъектов включало в себя иные нормативные правовые акты РФ и субъектов РФ, кроме того, в указанной статье закреплялась сфера действия акта, аналогичная сфере действия Основ 1993 г. В соответствии со структурой Закона об основах охраны труда выделялись следующие компоненты института охраны труда: право работников на труд в условиях, соответствующих требованиям охраны труда, и его гарантии, обеспечение охраны труда, государственный надзор и контроль за соблюдением законодательства об охране труда, ответственность за нарушение требований охраны труда.

В настоящее время в связи с принятием Федерального от 30.06.2006 №90-ФЗ Закон об основах охраны труда утратил силу и к отношениям по охране труда применяются положения ТК РФ.

Тем самым процесс формирования законодательства об охране труда в РФ и США шел по различным путям развития: в США законодательство начало формироваться исходя из закрепления и регулирования коллективных трудовых прав работников, в течение длительного времени право на охрану труда в законодательстве закреплено не было. Для РФ характерен постепенный и достаточно продолжительный процесс формирования законодательства об охране труда, с развитием законодательных положений исходя из исторических принципов развития правовой системы государства.

СУДЕБНОЕ УСМОТРЕНИЕ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ ТРУДОВЫХ СПОРОВ И ЕГО ПРЕДЕЛЫ

СТЕПАНОВА Елена Анатольевна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГАОВУ ВПО «Южный федеральный университет»

Значение судебной практики в регулировании общественных отношений, образующих предмет трудового права, ярко проявляется в случаях, когда подлежащая применению норма права допускает судебное усмотрение. Но в государстве, правовой строй которого базируется на принципах континентальной системы права, устанавливающих верховенство закона, сама возможность судебного усмотрения кроется в нормативно-правовых актах.

На данное обстоятельство обращает внимание в трудах российских и зарубежных ученых, занимающихся соответствующей проблематикой. По словам Аарона Барака, «современный законодатель имеет тенденцию к расширению судейского усмотрения и осуществляет ее, употребляя выражения,

¹ СЗ РФ от 19.07.1999. №29. Ст. 3702.

характерные для принципов, социальных целей и стандартов»¹. О.А. Папкина сформулировала понятие судейского усмотрения, выделив в качестве одного из основных его признаков урегулированность правовыми нормами².

По мнению Д.Б. Абушенко, можно выделить три способа установления свободы выбора для правоприменителя: простое указание; использование оценочных категорий; комбинированный способ (сочетание управомочивающих конструкций и оценочной терминологии)³. Иными словами, одним из наиболее распространенных факторов, обуславливающих появление судебного усмотрения, является необходимость руководствоваться правовым предписанием, содержащим оценочное понятие. Посредством применения норм с оценочными понятиями суд углубляется в правовую материю, отыскивая в ней необходимые для разрешения дела положения. Сформулированные таким образом правила именуется правоположениями⁴.

Подобное законодательное «дозволение» необходимо рассматривать как основу прогрессивно-го развития правовой системы, способствующую обретению судебной практикой статуса выразителя правовых идей, упорядочивающего в соответствии с ними реальные общественные отношения. Понимание того, что законы при всей их безукоризненности не могут считаться с частностями, породило отношение к суду как помощнику законодателя и продолжателю его дела: «Как бы ни были плохи решения судов, они неизмеримо ценны тем, что в них выражается самая жизнь с ее требованиями и запросами, самый мир реального действия и существования права»⁵.

Проявляя самостоятельность при применении нормы с оценочным понятием, судья не может абстрагироваться от содержания нормативных предписаний, составляющих основу правового порядка. В частности, он должен обеспечить равенство граждан перед законом и судом, равно как и реальное воплощение в жизнь верховенства закона. «В правовой норме законодатель закрепил всеобщий равный масштаб поведения, чем должен исключаться произвол в применении данного масштаба к отдельным гражданам в конкретных ситуациях. Единообразное понимание правовой нормы, равная подчиненность ей возможны лишь при наличии точно определенного, непротиворечивого ее содержания»⁶.

Широкие возможности по учету правовой сути каждой конкретной ситуации, предоставляемые правовыми нормами с оценочными понятиями, требуют, чтобы суд как единственный правоприменитель, призванный осуществлять правосудие, выступал гарантом обоснованного и справедливого применения таких норм. Особая роль здесь принадлежит Конституционному Суду РФ, которому в большей степени присуща «правосозидающая» роль, ведь акты или их отдельные положения, признанные им неконституционными, утрачивают силу⁷. Как отмечается в постановлении Конституционного Суда РФ от 20.07.2011 г. №19-П⁸, действующее законодательство

¹ Барак А. Судейское усмотрение. Пер. с англ. М.: Норма, 1999. С. 351.

² Папкина О. А. Судейское усмотрение в гражданском процессе: Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1997. С. 24.

³ Абушенко Д. Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М.: Норма, 1999. С. 52.

⁴ См., например: Обыденнов А. Н. Правоположения судебной практики // Журнал российского права. 2002. №1. С. 116; Придворова М. Н. Правоположения как объективированная форма выражения итогов деятельности судебных органов // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. №4. С. 175–176.

⁵ Демченко Г. Б. Судебный прецедент. Варшава, 1903. С. 228.

⁶ Бондарь Н. С., Капринова Ю. В. Конституционное измерение равноправия граждан Российской Федерации. Ростов н/Д: Изд-во Рост. ун-та, 2002. С. 129.

⁷ Ст. 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. №1-ФКЗ (в ред. от 28.12.2010 г.) «О Конституционном Суде Российской Федерации» // Первоначальный текст опубликован: Собрание законодательства Российской Федерации, 1994, 25 июля. №13. Ст. 1447.

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 2011 г. №19-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 3, пункта 1 статьи 8 и пункта 1 статьи 12.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» и статей 19, 21 и 22 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобой граждански А. В. Матюшенко». URL: <http://www.krsf.ru/Decision/Pages/default.aspx>.

не предполагает привлечение судьи к дисциплинарной ответственности в виде досрочного прекращения полномочий судьи за судебную ошибку, если судья действовал в рамках судейского усмотрения и не допустил при этом грубых нарушений при применении норм материального и процессуального права.

Значение судебной практики в формировании единого подхода к пониманию и применению норм трудового права ярко проявляется в процессе конкретизации оценочных понятий, осуществляемой всеми звеньями судебной системы. Причем отсутствие объемной конкретизации того или иного понятия в разъяснениях Верховного Суда РФ восполняется нижестоящими судами и может служить основанием для дополнения уже существующих разъяснений либо принятия новых. По словам С. В. Бошно, «судебное решение по конкретному делу может приобрести статус формы выражения судебной практики в связи с выработкой правового положения»¹.

Вместе с тем, отражение именно в разъяснениях Верховного Суда РФ единообразного понимания правовых предписаний посредством обобщения складывающихся обыкновений судебной практики, способствует определению вектора ее дальнейшего развития и придает этим разъяснениям, по мнению ряда ученых, функцию источника права². «Результаты правозоуполнительной деятельности высших судебных органов, — пишет В.И. Попов, — являются общеобязательными, так как базируются на Конституции РФ и требованиях закона, обеспечивают правильное толкование и единообразное применение норм трудового права на всей территории РФ»³.

К сфере трудового права применимы соображения относительно уголовного закона Ю.Е. Пудовочкина, который отмечал, что постановления Пленума Верховного Суда РФ «позволяют конкретизировать предписания УК РФ до такой степени, что их содержание становится максимально приближенным к практике правоприменения и в то же время оно не углубляется в детали, свойственные конкретным делам»⁴.

Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 г. №2 «О применении судами РФ Трудового кодекса РФ» уделяет особое внимание такому традиционному основанию расторжения трудового договора как прогул, то есть отсутствие на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего дня. В то же время только два из семи предусмотренных им положений касаются конкретизации оценочного понятия «уважительные причины». Подпункт «д» пункта 39 определяет, что увольнение за прогул может быть произведено за самовольное использование дней отгулов, а также за самовольный уход в отпуск (основной, дополнительный). При этом необходимо учитывать, что не является прогулом использование работником дней отдыха в случае, если работодатель в нарушение предусмотренной законом обязанности отказал в их предоставлении, и время использования работником таких дней не зависело от усмотрения работодателя. А пункт 40 возлагает на суд обязанность при рассмотрении дела о восстановлении на работе лица, переведенного на другую работу и уволенного за прогул в связи с отказом приступить к ней, проверить законность самого перевода. В случае признания перевода незаконным увольнение за прогул не может считаться обоснованным, и работник подлежит восстановлению на прежней работе.

Использование оценочных понятий иногда требует определенной степени конкретизации в самом нормативном акте, что является одной из гарантий их обоснованного применения. Однако нормотворческий орган может испытывать затруднения в формулировании ситуаций, которые охватывались бы содержанием оценочного понятия, в момент принятия нормативного акта. В таких случаях на помощь приходит судебная практика, итоги деятельности которой могут в готовом виде или с определенной обработкой отразиться в нормативном акте. Более того, если соответствующие положения и не закреплены непосредственно в тексте правовой нормы с оценочным понятием, они могут «действовать как таковые, включаясь вслед за законом и вместе с ним в нормативную основу, определяющую с юридической стороны решение жизненных ситуаций»⁵.

¹ Бошно С. В. Судебная практика: способы выражения // Государство и право. 2003. №3. С. 26.

² См., например: Конституция Российской Федерации: проблемный комментарий / Отв. ред. В. А. Четвернин. М.: БЕК, 1997. С. 518. Автор комментария — Шварц О. А., Морозова Л. А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. №1. С. 22.

³ Попов В. И. Проблемы трудового права России. М., 2003. С. 29.

⁴ Пудовочкин Ю. Е. Источники уголовного права РФ // Журнал российского права. 2003. №5. С. 75.

⁵ Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия... С. 119.

ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В СФЕРЕ ТРУДОУСТРОЙСТВА И ЗАНЯТОСТИ

СУЛЕЙМАНОВА Галия Валиахметовна,

к.ю.н., доцент кафедры гражданского процессуального и трудового права
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Договорное регулирование в настоящее время широко используется в различных отраслях права как гражданско — правовой (гражданское, семейное, трудовое, жилищное), так и государственно — правовой (административное, муниципальное, финансовое) направленности, являясь одним из признаков метода правового регулирования отношений соответствующей отрасли.

Законодательство о трудоустройстве и занятости, будучи комплексным по своей отраслевой принадлежности¹, заимствует из различных отраслей не только нормы, но и способы их регулирования.

Статья 9 ТК РФ говорит о том, что регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться путем заключения, изменения, дополнения работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров, закрепляя таким образом правило о том, что регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений может осуществляться в договорном порядке

Сочетание государственного и договорного регулирования традиционно называется как особенность метода трудового права. Так, А.М. Куренной, рассматривая вопрос о методе трудового права, говорит о том, что в первую очередь следует учитывать такие особенности метода правового регулирования трудовых отношений (метода трудового права) как договорный способ установления и изменения трудовых отношений (за исключением тех параметров, которые устанавливаются в централизованном порядке)². Такой же позиции придерживаются Ю.Н. Полетаев³, К.Н. Гусов и В.Н. Толкунова⁴, А.Ф. Нуртдинова⁵.

Можно ли говорить о том, что в сфере правового регулирования трудоустройства и занятости также применяется метод договорного регулирования?

Ст. 6 Закона о занятости населения в РФ⁶ закрепляет норму, согласно которой законодательство о занятости населения основывается на Конституции Российской Федерации и состоит из настоящего Закона, федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, а также законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации. Таким образом, договорное регулирование в этой статье Закона о занятости не упоминается вообще.

Между тем, договорное регулирование в данной сфере присутствует, причем здесь применяются договоры различной отраслевой принадлежности — как трудо — правовые, так и гражданско — правовые и иных отраслей права.

Что касается отрасли трудового права, то регулирование отношений по трудоустройству и занятости может осуществляться путем заключения, изменения, дополнения работниками и работодателями коллективных договоров, соглашений, трудовых договоров.

Так, в тексте Закона о занятости дважды упоминаются коллективные договоры. Во-первых, в ст. 21 Закона речь идет о том, что профессиональные союзы, иные представительные органы работников вправе требовать от работодателя включения в коллективный договор конкретных мер по обеспече-

¹ Орлова Е. Е. Отраслевая принадлежность правовых норм о содействии трудовой занятости и их место в системе права // Социальное и пенсионное право. 2009. №2.

² Трудовое право России. Практикум: Учебное пособие / Отв. ред. И. К. Дмитриева, А. М. Куренной. М., 2011.

³ Договоры о труде в сфере действия трудового права: Учебное пособие / К. Н. Гусов, К. Д. Крылов, А. М. Лушников и др. / Под ред. К. Н. Гусова. М. 2010.

⁴ См.: Гусов К. Н., Толкунова В. Н. Трудовое право России. М., 2005.

⁵ Трудовое право России: Учебник / Отв. ред. Ю. П. Орловский, А. Ф. Нуртдинова. М. 2010.

⁶ Закон РФ от 19.04.1991 №1032-1 (ред. от 30.11.2011) «О занятости населения в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 1996. №17. Ст. 1915. Далее по тексту — Закон о занятости.

нию занятости. Во-вторых, ст. 25 Закона, посвященная содействию работодателей в обеспечении занятости населения указывает, что работодатели содействуют проведению государственной политики занятости населения на основе реализации мер, предусмотренных трудовым законодательством, коллективными договорами и соглашениями по защите работников в случае приостановки производства или увольнения работников.

Таким образом, Закон о занятости прямо предусматривает возможность коллективно-договорного регулирования отношений в сфере трудоустройства и занятости.

Не исключают возможности договорного регулирования и другие нормативные акты в сфере трудоустройства и занятости.

Так, ст. 82 ТК РФ предусматривает, что критерии массового увольнения определяются в отраслевых и (или) территориальных соглашениях. При этом необходимо признать, что и в территориальных, и в отраслевых соглашениях содержатся соответствующие нормы¹.

Раздел, посвященный развитию рынка труда и содействию занятости населения традиционно содержится в тексте Генерального соглашения между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством РФ². Есть аналогичные разделы в отраслевых и территориальных коллективных соглашениях.

Таким образом, вопросы правового регулирования трудоустройства и занятости находят свое отражение не только в законах и подзаконных нормативных актах, но и в коллективных договорах и соглашениях на всех уровнях социального партнерства. В этой связи С. А. Пузыревский совершенно справедливо отмечает, что в современных условиях договорное регулирование, наряду с государственным регулированием, является средством для реализации государственной политики в области обеспечения занятости³.

Между тем, Закон о занятости предусматривает использование договоров не только из сферы трудового, но и гражданского права.

Так, в ст. 2 Закона о занятости, содержащей перечень лиц, которые считаются занятыми, прямо указаны лица, занятые в подсобных промыслах и реализующие продукцию по договорам; выполняющие работы по договорам гражданско-правового характера, предметами которых являются выполнение работ и оказание услуг, авторским договорам, а также являющиеся членами производственных кооперативов (артелей); являющиеся учредителями (участниками) организаций, за исключением учредителей (участников) общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов, объединений юридических лиц (ассоциаций и союзов), которые не имеют имущественных прав в отношении этих организаций; являющиеся членами крестьянского (фермерского) хозяйства.

Названы в Законе и занятости договоры и иной отраслевой принадлежности. Например, согласно ст. 23 Закона о занятости профессиональная подготовка, переподготовка и повышение квалификации безработных граждан и женщин в период отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста

¹ См., например: Федеральное отраслевое соглашение по организациям связи и информационных технологий Российской Федерации на 2012–2014 годы, утв. Минкомсвязи РФ №ИЩ-П1 4–21421, Общественной организации Профсоюз работников связи России №3–860, Роскомнадзором №СС-28026, Россвязи №СМ-ПЗ 0–8336 от 23.12.2011; Отраслевое тарифное соглашение по организациям химической, нефтехимической, биотехнологической и химико-фармацевтической промышленности Российской Федерации на 2012–2014 годы, утв. Российским профессиональным союзом работников химических отраслей промышленности, Общероссийским отраслевым объединением работодателей «Российский Союз химиков 16.11.2011; Ростовское областное трехстороннее (региональное) соглашение между Администрацией Ростовской области, Федерацией профсоюзов Ростовской области и Союзом работодателей Ростовской области на 2011–2013 годы от 27.01.2011 №10 и т.д.

² Генеральное соглашение между общероссийскими объединениями профсоюзов, общероссийскими объединениями работодателей и Правительством Российской Федерации на 2011–2013 годы. Заключено 29.12.2010, протокол №11 заседания Российской трехсторонней комиссии по регулированию социально-трудовых отношений // Российская газета. №1. 11.01.2011.

³ Пузыревский С. А. Сочетание государственного и договорного регулирования в рамках реализации государственной политики в сфере занятости населения. // Сочетание государственного и договорного регулирования в сфере наемного труда и социального обеспечения. Материалы международной научно-практической конференции / Под общей редакцией К. Н. Гусова. М., 2012.

трех лет осуществляются в образовательных учреждениях профессионального и дополнительного образования, учебных центрах органов службы занятости или иных образовательных учреждениях, образовательных подразделениях организаций или в иных образовательных учреждениях в соответствии с договорами, заключаемыми органами службы занятости с этими образовательными учреждениями.

В соответствии со ст. 37 Закона о занятости граждане могут заключать со страховыми организациями договор добровольного страхования на случай потери работы.

Таким образом, действующее законодательство, а также сложившаяся практика в сфере правового регулирования трудоустройства и занятости позволяют однозначно сделать вывод о том, что в данной сфере применяется не только государственное, но и договорное регулирование рассматриваемых отношений. Этот вывод, в свою очередь, позволяет сформулировать предложение о необходимости внесения изменений в действующий Закон о занятости населения. Представляется целесообразным дополнить Закон о занятости новой статьей, предусматривающей, что регулирование отношений в сфере трудоустройства и занятости может осуществляться путем заключения, изменения, дополнения работниками и работодателями коллективных договоров и соглашений, а также путем заключения иных договоров, закрепив правило о том, что регулирование рассматриваемых отношений может осуществляться в договорном порядке.

ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ МАТЕРИАЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПЕНСИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПО ВОЗРАСТУ

НИСКОГУЗ Наталья Богдановна,

аспирант юридического факультета Львовского национального университета им. И. Я. Франка

Конституцией Украины закреплено право граждан на социальную защиту, которая включает право на материальное обеспечение их, в частности, в старости (т.е. с достижением возраста, с которого назначается пенсия по возрасту)¹.

Право на пенсию по возрасту реализуется в материальных правоотношениях пенсионного обеспечения по возрасту. Последние можно охарактеризовать как урегулированные нормами пенсионного законодательства волевые социальные отношения претензионно-обеспечительного характера, в которых по решению уполномоченного органа пенсионного обеспечения правомочна сторона-пенсионер имеет право на регулярное и в определенные сроки получения пенсии по возрасту в установленном размере, а обязанная сторона — орган пенсионного обеспечения несет юридическую обязанность предоставить (выплачивать) ему соответствующее социальное благо — пенсию по возрасту.

Автором признается широкое толкование пенсии по возрасту: как страховой, на льготных условиях, пенсии за выслугу лет (где обязательным условием выступает достижение пенсионного возраста), пожизненной пенсии за счет средств накопительной пенсионной системы при достижении установленного пенсионного возраста, а также пенсионные выплаты из негосударственных пенсионных фондов.

Право на пенсию по возрасту может быть реализовано только в рамках правовых отношений, в частности в материальных правоотношениях пенсионного обеспечения по возрасту.

Как и в любых других правовых отношениях, возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту связано с определенными условиями и основаниями.

Условия — это определенные нормами права обстоятельства, способствующие возникновению, изменению и прекращению соответствующих правоотношений. Основания — это четко определенные законодательством юридические факты, которые порождают, изменяют или прекращают соответствующие правовые отношения.

Кроме того, учеными широко используется термин «предпосылки возникновения правоотношений» как предварительные и неперенные условия их существования, возникновения.

В общей теории права выделяют следующие предпосылки возникновения правоотношений: норма права, регулирующая общественные отношения, придает им характер, форму правоотношений;

¹ Конституція України, прийнята на V сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. К.: Паливода А. В., 2011. 51 с. (С. 14).

правоспособность как признак субъекта правоотношений; юридический факт, наличие или отсутствие которого, согласно нормы права вызывает возникновение, изменение или прекращение правоотношений¹. Упомянутые предпосылки называют нормативными, правосубъектными и фактическими предпосылками²; делят на общие (необходимые для возникновения и существования любых отношений, а именно: наличие не менее двух субъектов; интересы, потребности людей, под влиянием которых они вступают в разнообразные правоотношения) и специальные, или юридические предпосылки возникновения правоотношений (норма права; правоспособность субъектов, юридический факт)³.

На наш взгляд, предпосылки целесообразно рассматривать как общие условия в смысле факторов, способствующих возникновению правоотношений, которые имеют стабильный характер и наличие которых является обязательным, поэтому презюмируется. Такова совокупность правовой нормы, которая является своеобразной схемой правоотношений и устанавливает требования к объему правосубъектности. Последняя, сопоставившись с нормой, определяет лицо в качестве субъекта правоотношений, между которыми, в свою очередь, возникают, изменяются или прекращаются правоотношения при наличии юридического факта, определенного нормой права. Таким образом, в материальных правоотношениях пенсионного обеспечения по возрасту переход, определенных нормами пенсионного законодательства, правовых возможностей по осуществлению такого обеспечения, происходит через юридические факты. А поэтому последние являются как предпосылкой (общим условием), так и частичной основой для возникновения, изменения и прекращения правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту.

Следовательно, материальные правоотношения пенсионного обеспечения по возрасту возникают и реализуются через правовые нормы в сфере пенсионного обеспечения. Нормами, порождающих правоотношения пенсионного обеспечения по возрасту, есть Конституция Украины, Основы законодательства об общеобязательном государственном социальном страховании, Законы Украины «О мерах по законодательному обеспечению реформирования пенсионной системы», «Об общеобязательном государственном пенсионном страховании», «О пенсионном обеспечении», «О сборе на обязательное государственное пенсионное страхование», «О негосударственном пенсионном обеспечении» и другие.

Следующей общей предпосылкой возникновения правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту, на наш взгляд, является правосубъектность. Не вдаваясь в детальный анализ понятия и составляющих элементов правосубъектности в сфере правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту, отметим, что некоторые ученые среди условий возникновения правоотношений в сфере пенсионного обеспечения выделяют специальную правоспособность как способность быть субъектом определенных правоотношений (в данном случае правоотношений пенсионного обеспечения) в определенной отрасли права (в частности, права социального обеспечения)⁴. Например, субъектом пенсионных правоотношений при определенных условиях может быть любой гражданин. Но чтобы стать пенсионером, лицо должно иметь пенсионную правоспособность (способность гражданина получить субъективное право на пенсию и владеть им, вступать в конкретные пенсионные правоотношения).

Другие ученые⁵ считают, что правоспособность указывает лишь на то, кто может быть субъектом права, т.е. чье поведение регулируется правовыми нормами и этим ограничивается. Смысла выделять специальную правоспособность нет. Пенсионная правоспособность, как правило, сопровождается дееспособностью — способностью реализовывать права, исполнять обязанности. Так, С. М. Синчук (Сивак) отрицает существование специальной пенсионной правоспособности, отмечая, что основным элементом пенсионной правосубъектности является пенсионная дееспособность, условия наступле-

¹ Венедіктов С. В. Щодо передумов виникнення трудових правовідносин // Форум права. 2010. №4. С. 137–144 (С. 139).

² Кручинин А. В. Юридические факты и их составы, обуславливающие возникновение индивидуальных трудовых правоотношений в России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / А. В. Кручинин. М., 2003. 171 с. (С. 52).

³ Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2001. – 776 с. (С. 285) ; Скакун О. Ф. Теорія права і держави: підручник / О. Ф. Скакун. 2-ге видання. К.: Алерта; ЦУЛ, 2011. 520 с. (С. 387).

⁴ Зайкин А. Д. Правоотношения по социальному обеспечению. М.: Изд-во МГУ, 1974. С. 61.

⁵ Сташків Б. Суб'єкти правовідносин у сфері соціального забезпечення // Право України. 2003. №2. С. 39–44 (С. 40).

ния которой предусмотрены пенсионным законодательством и дифференцируются в зависимости от вида пенсионных правоотношений¹.

На наш взгляд, одной из предпосылок возникновения правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту является правосубъектность в целом как совокупность правоспособности, дееспособности и правового статуса.

Правосубъектность в сфере правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту выступает надлежащим и необходимым признаком субъекта этих правоотношений, позволяет лицу выступать в качестве субъекта правоотношений, есть предпосылкой распространения нормы пенсионного законодательства на определенных лиц.

Совместить существование нормы права как схемы правоотношений, правосубъектности как необходимого условия существования правоотношений и превратить их совокупность в правоотношение призван юридический факт.

Следовательно, еще одним условием возникновения правоотношений выступают юридические факты. Это предусмотренные правовой нормой определенные объективные обстоятельства, с наступлением которых связано возникновение, изменение или прекращение правовых отношений².

В научной литературе обоснованно немало теоретических концепций относительно фактов, порождающих право на социальное обеспечение, в том числе и пенсионное. Ученые используют различные термины «сложны жизненны обстоятельства», «социально-значимое обстоятельство», «объективная правовая основа правовой алиментации», «риск», «факты, имеющие значение оснований»³ и т.п..

Предлагаем использовать конструкцию «юридический факт, который обуславливает возникновение права на обеспечение конкретного вида».

На наш взгляд, общим (свойственным для всех трех пенсионных систем) и главным (стержневым) юридическим фактом, обуславливающим возникновение материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту, является достижение пенсионного возраста.

В пенсионном законодательстве не употребляется термин «пенсионный возраст». Вместо него указывается возраст, по достижению которого назначается пенсия по возрасту. Конституция Украины такой термин также не использует, а закрепляет право граждан на социальную защиту, в том числе на материальное обеспечение в старости. Конституционалисты обосновывают это тем, что указанное право не зависит от того, к какой возрастной категории граждане принадлежат. К тому же, право на социальную защиту в старости не ограничивается только пенсионным обеспечением, а включает и другие виды предусмотренной законом помощи.

На наш взгляд, старость как физиологическая категория, является естественным состоянием организма, который часто не совпадает с календарным возрастом человека. Именно поэтому возникновение у лица права на социальное обеспечение, в частности, пенсионное, необходимо связывать с наступлением такого юридического факта, как пенсионный возраст.

Отметим, что пенсионный возраст дифференцируют на общий (установлен в системе общеобязательного государственного социального страхования как для мужчин, так и для женщин составляет 60 лет) и специальный (устанавливается отдельными законами для назначения пенсии с более раннего периода в связи с выполнением лицом определенного вида работ или по состоянию здоровья, а также может быть определен в пенсионном контракте).

Считаем, достижения пенсионного возраста юридическим фактом, при наличии которого возникают материальные правоотношения пенсионного обеспечения по возрасту. Однако, стоит отметить, что началом возникновения рассматриваемых правоотношений является дата принятия решения о назначении пенсии по возрасту. А поэтому наличие только такого единичного юридического факта, как достижение пенсионного возраста, еще не является основанием возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту. Для этого необходимо проверена на этапе процедурных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту взаимосвязана и последовательная

¹ Сивак С. М. Правові проблеми пенсійного забезпечення в Україні: Автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук; спец.: 12.00.05 — трудове право; право соціального забезпечення / С. М. Сивак. К., 1999. 17 с. (С. 14).

² Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави: навч. посіб. Вид. 5-е, зі змін. К., 2001. 160 с. (С. 83).

³ Синчук С. М. Щодо питання про обґрунтування сфери соціально-забезпечувальних відносин// Вісник Львівського університету імені Івана Франка. Серія юридична. Вип. 53. Львів, 2011. С. 246–254 (С. 247).

совокупность таких юридических фактов, как своевременное волеизъявления лица, достигшего установленного законодательством пенсионного возраста и имеет необходимый страховой стаж, а также решения органа пенсионного обеспечения о назначении пенсии по возрасту или наличие заключенного пенсионного договора между заинтересованным лицом и органом пенсионного обеспечения.

В научной литературе такую взаимосвязанную и последовательную совокупность юридических фактов, порождает правовые последствия, ученые называют фактическим (юридическим) составом¹.

Фактический (юридический) состав как основание возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту — это совокупность юридических фактов, наступление которых необходимо для возникновения указанных правовых отношений.

В отраслевой научной литературе до элементов фактического (юридического) состава в сфере пенсионного обеспечения относят: 1) юридические факты, юридически значимые обстоятельства и, как дополнительный элемент, юридически значимые предпосылки, или 2) объективные факты (абсолютно объективные, не зависят от воли субъекта (пол, возраст и т.д.) и относительно объективные, например, трудовой и страховой стаж соответствующей продолжительности, определяющие объем пенсионного права лица; волеизъявления лица и решение компетентного органа о назначении пенсии)².

Анализируя взгляды ученых относительно обозначенного, предлагаем к фактическому составу как основанию возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту зачислять: 1) юридический факт, наличие которого вызвало правовое регулирование соответствующих отношений, — достижение пенсионного возраста, 2) наличие страхового стажа как юридический факт, наличие которого является обязательным при назначении пенсии по возрасту, 3) специальные (юридические) условия. Они возникают до появления других элементов, входящих в юридический состав и зависят от специфики субъектов права на соответствующий вид пенсионного обеспечения по возрасту и пенсионной системы, через которую осуществляется пенсионная выплата. Например, по категории субъектов права на пенсию по возрасту, в том числе на льготных условиях, могут быть обусловлены соответствующей трудовой деятельностью (например, на подземных работах, на работах, предусмотренных списком №1, 2 производств, работ, профессий, должностей и показателей, утвержденными Кабинетом Министров Украины и т.п.), социальным статусом (многодетная мать или которая воспитала инвалида с детства), состоянием здоровья (инвалиды по зрению, больные гипофизарным низомом) и т.п.; 4) своевременное волеизъявления (подача заявления) лица о назначении пенсии по возрасту; 5) решение компетентного органа о назначении пенсии.

Вид пенсионной системы обуславливает также условия и основания материальных правоотношений обеспечения пенсий по возрасту. Речь идет о том, что вышеперечисленные условия и основания касаются недоговорного пенсионного обеспечения по возрасту в солидарной пенсионной системе и государственного пенсионного обеспечения по возрасту. Однако, в солидарной системе возможно договорное регулирование, которое осуществляется на основе договора о добровольном участии в системе общеобязательного государственного социального страхования. Договорная форма реализации права на пенсию по возрасту в пределах накопительной системы осуществляется через заключение договора страхования пожизненной пенсии, а в системе негосударственного пенсионного обеспечения — через пенсионный контракт.

Наличие заключенного одного из указанных выше договоров в сфере пенсионного обеспечения служит обязательным основанием возникновения материальных правоотношений обеспечения пенсий по возрасту на добровольных условиях. Таким образом, в материальных правоотношениях пенсионного обеспечения по возрасту пенсионный договор выступает как самостоятельным юридическим фактом, так и элементом юридического состава наряду с волеизъявлением заинтересованного лица в форме подачи заявления и документов в соответствующий орган пенсионного обеспечения.

Подытоживая, основание возникновения материальных правоотношений пенсионного обеспечения по возрасту составляет соответствующий фактический (юридический) состав, а условия их возникновения разделяем на общие (норма права, правосубъектность как признак субъекта правоотно-

¹ Впервые термин «юридический состав» ввел О. А. Красавчиков, определяя его как совокупность юридических фактов, необходимых и достаточных для наступления предусмотренных законом юридических последствий. (Красавчиков О. А. Советское гражданское право: В 2-х т. М.: Госюриздат, 1968. Т. 1. С. 91).

² Горбатенко О. В. Особливості пенсійних правовідносин з реалізації права громадян на пенсійне забезпечення Актуальні проблеми держави і права: Зб. наук. пр. Одеса, 2009. Вип. 46. С. 69–73 (С. 72).

шений; юридический факт, наличие или отсутствие которого, согласно к норме права обуславливает возникновение правоотношений) и специальные условия, возникающие до появления других элементов, входящих в юридический состав и зависят от специфики субъектов права на соответствующий вид пенсионного обеспечения по возрасту (их трудовой деятельностью, социальным статусом, состоянием здоровья) и пенсионной системы, через которую осуществляется пенсионная выплата.





РАЗДЕЛ IV




*Правосудие.
Уголовно-охранительные
аспекты
юридической науки*



СЕКЦИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРАВА И КРИМИНОЛОГИИ: ПРОШЛОЕ И СОВРЕМЕННОСТЬ

ГАЙКОВ Виктор Тимофеевич,

к.ю.н., профессор, заведующий кафедрой уголовного права и криминологии
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»,
Заслуженный работник высшей школы РФ

Кафедра функционирует на факультете под таким наименованием с 1976 г., после разделения объединенной общекриминальной кафедры уголовного права и процесса на две самостоятельные, что вполне соответствует государственной классификации специальностей (12.00.08. — уголовное право и криминология, уголовно-исполнительное право). До этого основные предметы кафедры — уголовное право, криминология, исправительно-трудовое право — преподавались на факультете с момента его воссоздания в 1947 году. За период существования кафедры углубленную подготовку по криминальной специализации получили тысячи выпускников, работавших и работающих в различных регионах страны.

Становление кафедры, ее профессионализация и признание в научном мире страны обеспечивались известными учеными и преподавателями — Н.Н. Паше-Озерским, А.Б. Сахаровым, П.Т. Некипеловым, А.Т. Гужиним, Л. В. Багрий-Шахматовым, В.Г. Беляевым и другими.

Профессор Николай Николаевич Паше-Озерский (1889–1962 гг.) — человек энциклопедических взглядов и разносторонних интересов, начинавший научную и преподавательскую карьеру в дореволюционной России, широко известен в профессиональном мире рядом своих монографий, и, прежде всего, монографией «Необходимая оборона и крайняя необходимость по советскому уголовному праву» (1962 г.). Он являлся также автором многих работ по уголовно-исполнительному праву. Преподавал на кафедре с 1949 по 1960 годы.

Профессор Александр Борисович Сахаров начинал свой путь в науке в числе молодых московских юристов, прибывших в Ростов для оказания кадровой помощи факультету в период его становления. Автор нашедшей в начале 1960-х годов монографии «Личность преступника и уголовная ответственность».

Профессор Павел Трофимович Некипелов (1905–1978 гг.) в течение многих лет возглавлял кафедру уголовного права и процесса, был известен в вузовских кругах как автор монографий по хозяйственным преступлениям. Был научным руководителем диссертационных исследований многих преподавателей кафедры и практических работников.

Доцент Александр Тихонович Гужин (1922–1991 гг.), в прошлом декан факультета с 1959 по 1967 годы, заведующий кафедрой уголовного права и процесса. Специалист в вопросах борьбы с имущественными преступлениями.

В 1975–1978 гг. кафедру возглавлял известный советский ученый, профессор Леонид Васильевич Багрий-Шахматов. Научный руководитель большого отряда кандидатов наук на Дону. Известен своими исследованиями в области уголовного и исправительно-трудового права, автор монографий «Уголовная ответственность и наказание», «Система наказаний».

В 1960-е годы на кафедре раскрылся талант исследователя и педагога доцента Валерия Григорьевича Беляева, человека эрудированного и разностороннего, самостоятельного в поиске и независимого в суждениях, готового всегда оказать помощь начинающим. Притягивал любых слушателей не только глубиной мысли, но и мастерством оратора. Независимость и нравственность позиции в свое время стали причиной фактического устранения официальной властью неугодного преподавателя из Ростовского университета.

Сегодня на кафедре работают 10 штатных преподавателей (к.ю.н., проф. В.Т. Гайков; к.ю.н., доц. Н.Г. Шимбарева; к.ю.н., доц. Н.В. Артеменко; к.ю.н., доц. А.М. Разогреева; к.ю.н., доц. А.Л. Карасова; к.ю.н., доц. И.В. Чурляева; к.ю.н., доц. Е.В. Тищенко; к.ю.н., доц. Е.Р. Кейдунова; к.ю.н., ст. преп. Е.А. Мавренкова; к.ю.н., ст. преп. В.И. Галкина), два внутренних совместителя (к.ю.н., преп. Я.И. Куринова; преп. А.С. Саядова), два внешних совместителя (д.ю.н., проф. В.Д. Иванов; д.ю.н., проф. Д.А. Корецкий). В структуре кафедры имеются межфакультетская лаборатория экспериментальной криминологии и учебно-методический кабинет.

Место и роль кафедры на факультете определяется преподаванием учебных дисциплин, содержание которых составляют теория и практика отечественного и зарубежного уголовного и уголовно-исполнительного права, криминологии. Речь идет о приобретении студентами соответствующих фундаментальных познаний, на базе которых осуществляется последующее отраслевое обучение квалифицированных юристов, а также специальных знаний для работы в правоохранительных органах.

Усиленная уголовно-правовая подготовка студентов обеспечивается через систему спецдисциплин (как обязательных заданий, так и по выбору студентов) и с помощью различных видов практики в правоохранительных органах.

На кафедре большое внимание уделяется совершенствованию учебного процесса, вводятся новые формы контроля за самостоятельной работой студентов и новые активные формы их обучения. К учебному процессу привлекаются практические работники. В течение ряда лет кафедрой были организованы поездки студентов II курса дневного отделения в воспитательные колонии и женскую исправительную колонию общего режима (г. Ростов и Азов) с целью ознакомления и закрепления знаний, полученных в ходе изучения уголовного-исполнительного права.

Особое внимание обращается на практико-ориентированные технологии — клинические образовательные технологии и проектное образование. Активно идет интеграция юридической клиники в учебный процесс (руководитель клиники — доцент Н.В. Артеменко). Юридическая клиника — одна из форм совмещения теоретического и практического обучения студентов, ее концепция основывается на ее представлении в качестве элективного спецкурса. Индивидуальная образовательная траектория каждого студента при этом определяется преподавателями совместно с координаторами.

Кафедра активно использует цифровой кампус для организации самостоятельной работы студентов. Сюда входят дисциплины уголовное право, часть Особенная (сообщество «Уголовное право: стартуем»), криминология (сообщество «Криминологическое исследование: все в поле»), современная антикоррупционная политика (сообщество «Анти-коррупционный проект»), международное уголовное право (сообщество «Международное уголовное право — это очень странный предмет»). Формы самостоятельной работы — участие в дискуссиях, представление проектных заданий и эссе.

Преподаватели кафедры активно участвуют в разработке и внедрении в учебный процесс элективных спецкурсов, в том числе междисциплинарных. Так, на 2012–2013 учебный год планируются для специальностей в сфере педагогики, психологии и социологии междисциплинарные вариативные спецкурсы «Семейная криминология» (доценты Е.Р. Кейдунова и Е.В. Тищенко) и «Ювенальная юстиция» (доцент Н.В. Артеменко). В истекшем учебном году преподавателями кафедры (Н.Г. Шимбарева, Н.В. Артеменко, А.Л. Карасова, Е.Р. Кейдунова, Е.А. Мавренкова, А.М. Разогреева, Е.В. Тищенко, И.В. Чурляева, В.И. Галкина) было прочитано 29 актуальных спецкурсов.

Современный уровень кафедры, ее «лицо» определяет и постановка научно-исследовательской работы. Достаточно высокий интеллектуальный потенциал кафедры позволил разработать научное направление, могущее быть востребованным теорией и практикой. Оно сформулировано как «Уголовно-правовые, уголовно-исполнительные и криминологические проблемы защиты прав и свобод человека и гражданина. Обеспечение национальной безопасности средствами уголовного права в условиях глобализации мирового сообщества».

В последнее время коллективным интересом преподавателей кафедры стали такие направления исследований, как этические основы уголовного права, экономическая и организованная преступность, криминологические и социологические обследования преступности несовершеннолетних.

Сотрудниками кафедры в последнее время были изданы ряд учебников по Общей и Особенной частям уголовного права, более десяти крупных учебных пособий, монографии, целый ряд научных статей, в том числе в ВАКовских изданиях. Ежегодно преподаватели выступают с докладами и научными сообщениями на международных и региональных научно-практических конференциях.

На кафедре проводятся научно-методические конференции, позволяющие осуществлять научную, учебную и методическую координацию преподавателей и дающие им хорошую возможность обмениваться опытом.

Коллектив кафедры постоянно поддерживает связи с практикой. В соответствии с поручениями ректора ЮФУ, а также запросами высших судебных инстанций, сотрудники кафедры готовят заключения на проекты федеральных законов (например, к закону «О некоторых вопросах судебной практики по уголовным делам террористической направленности»). Аналогичные заключения представляются и в случаях обращения руководителей правоохранительных органов за разъяснением того или иного правового вопроса.

Доценты Н.Г. Шимбарева и А.М. Разогреева принимают участие в работе научно-методического Совета прокуратуры Ростовской области; Н.Г. Шимбарева является членом экзаменационной комиссии по приему квалификационных экзаменов у лиц, претендующих на должности судей. Доценты Н.В. Артеменко и Н.Г. Шимбарева являются экспертами лаборатории по научно-практическому сопровождению ювенальной юстиции при Ростовском областном суде и были участниками гранта по созданию Концепции совершенствования правосудия в отношении несовершеннолетних. Кроме того, указанные сотрудники, а также А.М. Разогреева являлись участниками гранта «Дети в конфликте с законом».

Специализация, проводимая кафедрой, неотделима от научной студенческой работы. Ей традиционно уделяется большое внимание, все преподаватели руководят научными исследованиями студентов, используя различные формы приобщения их к занятию юридической наукой.

Только в последние годы были проведены такие студенческие конференции — «Противодействие коррупции: уголовно-правовые, уголовно-исполнительные и криминологические аспекты»; «Наказание: уголовно-правовые, уголовно-исполнительные и криминологические аспекты»; «Криминальное чтение: преступность и преступники в художественной литературе»; «Модернизация уголовно-исполнительной системы РФ»; «Уголовное право в современном мире». В 2011 году был опубликован кафедральный сборник «Рассуждения, мысли и заметки по поводу преступлений и наказания», в котором представлены доклады и научные сообщения более 20 студентов-криминалистов.

Особо следует отметить участие наших студентов в международных и всероссийских научных конференциях и конкурсах. Так, студентка дневного отделения Жеребенко Ева (научный руководитель — доц. Н.Г. Шимбарева) приняла участие в 8-й Всероссийской научно-практической конференции «Молодежь XXI века — будущее российской науки», по итогам которой заняла I место на секции «Юридические науки». Студент заочного отделения Нечаев Алексей (научный руководитель — доц. Е.В. Тищенко) на этой же конференции занял III место. Студент дневного отделения Бараников Максим (научный руководитель — доц. А.Л. Карасова) принял участие в X Всероссийском научно-практическом семинаре «Организованная преступность и коррупция: результаты некоторых криминологико-социологических исследований» — получен грант.

В международной студенческой научно-практической конференции «Олимпийская идея сегодня» (2011 год) приняли участие студенты Батманов Стас, Мовчан Яна, Горук Алиса, Тимченко Анастасия и др. Студент Нечаев Алексей принял участие в открытом конкурсе на выполнение поисковых научно-исследовательских работ в рамках целевой программы «Научные и научно-педагогические кадры инновационной России».

Важной формой научной работы студентов на кафедре являются научные студенческие кружки, где апробируются итоги исследовательской работы. Выходцами из кафедральных студенческих кружков являются все преподаватели кафедры. На заседаниях (руководители — доценты И.В. Чурляева, Е.В. Тищенко, А.М. Разогреева) обсуждаются актуальные проблемы современно-го законодательства. В работе НСК принимают участие студенты всех отделений факультета и аспиранты, интересующиеся вопросами уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии. В цифровом кампусе создано сообщество «Студенческий научный кружок “Уголовное право”».

Разумеется, кафедра, как и любой научный коллектив, ищет себя в мире старых и новых проблем — в данном случае проблем уголовного права, криминологии, уголовно-исполнительного права. В настоящее время на кафедре продолжается работа по реализации Концепции юридического факультета на ближайшую перспективу. Это выражается, в частности, в усилении уголовно-правовой подготовки специалистов, в продолжении внедрения активных форм обучения, в усилении связей с практическими органами, а также в индивидуализации обучения и акценте на целевое начало в подготовке кадров.

ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ В НАЧАЛЕ XXI ВЕКА

КОРЕЦКИЙ Данил Аркадьевич,

д.ю.н., профессор, главный научный сотрудник ВНИИ МВД РФ,
Заслуженный юрист РФ

Юридическая наука (правоведение, юриспруденция) — это общественная наука, изучающая право как особую систему социальных норм, отдельные отрасли права, историю государства и права, функционирование государства и политической системы общества в целом. Юридическая наука — одна из старейших общественных наук. Исторически ее возникновение связано с появлением и развитием права. Уже в древнегреческой философии были поставлены важнейшие теоретические проблемы юридической науки, а римскими юристами выработаны правовые понятия и конструкции, сохранившие свое значение и в современную эпоху.

В СССР юридическая наука, как, впрочем, и все другие, носила ярко выраженный идеологический характер, и ее выводы были подчинены господствующим в то время идеологическим догмам. В частности, криминологическая наука утверждала (тогда, когда была способна что-либо утверждать, ибо в период с начала 1930-х и до 1960-х гг. она фактически была запрещена), что причины преступности сводятся к «пережиткам прошлого» в сознании отдельных людей и во «влиянии капиталистического окружения». Отрицалось и наличие в социалистическом обществе категории «личность преступника», подвергались критике и такие эффективные инструменты предупредительно-профилактической деятельности, как теория опасного состояния личности и превентивное применение мер ограничительного характера.

Когда в начале 1990-х годов вместе с коммунистической империей рухнула и система идеологических ограничений, можно было ожидать бурного развития юридической науки и получения совершенно новых результатов — если говорить о криминологии, то в первую очередь в области учения о личности преступника и о причинах и условиях совершения преступлений. Увы, ничего подобного не произошло: не считая косметического обновления существующих теорий, революционных прорывов в научных исследованиях не наблюдается. Сохранились и догмы советского уголовного права, касающиеся теории соучастия, щадящего толкования действий преступника, вытекающего из доведенного до абсурда толкования теории субъективного вменения и приводящего к переносу бремени риска неблагоприятных последствий с преступника на потерпевшего, ограничительного толкования права граждан на самооборону, которое, фактически, уничтожило этот институт.

Не вдаваясь в объяснение причин такого феномена, можно констатировать, что в последние годы застою в юридической науке сопутствуют «ножницы» между существующими научными постулатами и правоприменительной практикой. Хуже всего, что такие же «ножницы» наблюдаются между наукой, реальностью и законодательством, которое призвано эти категории отражать.

В последние годы законодотворческая деятельность приняла настолько бурный и хаотичный характер, что вступила в противоречие не только с наукой и реальностью, но и со здравым смыслом. Так, Уголовный кодекс России с 01.01.1997 г. по 01.01.2012 г. 108 раз подвергался изменениям федеральными законами, причем в общей сложности в 360 статей внесено 1459 поправок; некоторые статьи менялись по 10 и более раз! Вполне понятно, что даже если оценивать этот процесс с чисто формальной точки зрения, то можно говорить, что теперь мы имеем дело с кардинально измененным и по сути новым уголовным кодексом. Если же вспомнить, что кодекс должен быть документом, имеющим внутреннюю структуру, подчиненную определенной логике, опираться на основополагающие принципы уголовно-правовой науки и отличаться стабильностью (характерной, впрочем, и для некодифицированных законов), то придется признать, что уголовный кодекс заменен конгломератом отдельных норм, зачастую не имеющих логической связи между собой и хаотически меняющихся по усмотрению законодателя, без должных объективных оснований и зачастую обусловленных единичными делами, вызвавшими ажиотаж в средствах массовой информации.

В основной массе произведенные изменения имеют явно «либеральную» направленность, которая входит в противоречие с современной криминальной действительностью. Состояния преступности в последние годы средства массовой информации уделяют гораздо меньше внимания, чем раньше, предпочитая, в основном, смаковать резонансные преступления и всевозможные ЧП, которые, хотя и привлекают общественный интерес, но вовсе не отражают подлинных закономерностей криминальной действительности.

По статистике, преступность с 2006 года неуклонно снижается, хотя никаких объективных предпосылок для столь благоприятного процесса не установлено. Более того, количество заявлений и сообщений о преступлениях столь же неуклонно растет, и за 9 месяцев 2012 года составило 19,53 млн, в то время как количество возбужденных по этим заявлениям уголовных дел столь же неуклонно снижается, и за указанный период составило всего лишь 7,2% от поданных заявлений (1396,5 уголовных дел), что на 7,7% меньше аналогичного показателя прошлого года.

Между тем, качественные характеристики преступности обостряются. Даже не изучающее уголовную статистику население отмечает, что те события, которые раньше случались один раз в 10 лет, например, нападения на инкассаторов, ограбления банков, сейчас происходят чуть ли не каждый месяц. Удельный вес тяжких и особо тяжких преступлений составляет 25,5%. Рецидив преступлений достигает 45,3%, удельный вес ранее судимых лиц увеличился с 28 до 32%, удельный вес лиц без постоянного источника дохода достиг 66,6%. Организованными группами или преступными сообществами совершено 14000 тяжких и особо тяжких преступлений (+4,6%). Значительно возросло число преступлений в общественных местах (+11,7%), на улицах, площадях, в парках и скверах (+13,4%).

Возросло число преступлений в состоянии алкогольного (+11%) и наркотического (+27%) опьянения. На 6% возросло преступное извлечение дохода в особо крупном размере, на 15% — сбыт поддельных кредитных карт...

Есть основания полагать, что и общее статистическое снижение преступности не соответствует ее реальному состоянию. Криминологические исследования показывают, что фактическая преступность все последнее десятилетие росла в среднем на 2,4% в год. При этом, если в 2009 году официально было зарегистрировано около 3 млн преступлений, то фактически совершено не менее 26 млн. В предстоящее десятилетие прогнозируется их рост до 30 млн¹. Президент России Д.А. Медведев тоже в резкой форме усомнился в правдивости официальной криминальной статистики².

Вышеприведенные данные наглядно показывают, что проблема правильности статистического снижения преступности имеет место быть, ибо обострение ее качественных характеристик перечеркивает благостную общую динамику. Вызывает сомнения и сложившаяся практика отражения преступлений в статистике. В частности, при массовом расстреле членами одной преступной группировки членов конкурирующей банды, следователем заполняется статкарточка формы 1, где отмечается, что совершено одно преступление: убийство двух и более лиц, сколько бы трупов не осталось на месте происшествия — два, четыре или девять. Между тем, совершенно очевидно, что учитывать надо каждую насильственно оборванную жизнь, кому бы она ни принадлежала. Значительная часть убийств отражается в статистике не как убийства, а как причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшего смерть. В основном, это касается нераскрытых преступлений, чтобы приукрасить истинную картину с раскрываемостью наиболее тяжких преступлений, убийств, коих за 9 месяцев 2012 года осталось нераскрытыми 1000. (Для сравнения: нераскрыты 3500 умышленных причинений тяжкого вреда здоровью, в том числе и повлекших смерть).

Особенно недопустимы всевозможные «послабления» и «либерализации» в сфере борьбы с экономическими и коррупционными преступлениями. Многие опубликованные декларации высших должностных лиц федерального уровня требуют проверки следственным путем их сверхдоходов, но почему-то никакого внимания со стороны Следственного комитета, Прокуратуры, или руководителей государства не привлекли. Явно ошибочным был крен в сторону кратных штрафных санкций для взяточников и расхитителей, вместо предусмотренного ранее лишения свободы, а по ст. 93 прим УК РФСФР 1960 г. и расстрела. При этом основанием применения смертной казни был денежный эквивалент стоимости автомобиля «Волга», в то время как сейчас совершаются хищения сотен миллионов и миллиардов рублей, что, несомненно, представляет серьезную угрозу экономической безопасности страны. Ни об одном случае выплаты штрафов в 100 млн рублей и более общественности не известно, хотя такие приговоры и выносились. Более того, резко изменилась судебная практика: расхитителей и взяточников все чаще осуждают за мошенничество, при этом, с одной стороны, отпадает необходимость выявлять всю преступную цепочку, а с другой — исчезают из санкции те самые «страшные» кратные штрафы, которые, якобы, и должны были «парализовать» действия расхитителей.

Вот несколько примеров из судебной практики последнего времени: крупный руководитель похитил 352 млн рублей, за что осужден к трем годам лишения свободы условно, руководитель муници-

¹ URL: <http://www.newsru.com/russia/13jan2011/crimestatistics.htm>.

² URL: <http://www.newsru.com/russia/19nov2010/brehnia.html>.

пального образования продал... танк с постамента славы, «наварив» на этой сделке 4,5 млн рублей, оштрафован на 500 тысяч...

Борьба с преступностью эффективна, когда риск совершения преступления выше, чем ожидаемая выгода от него. Если риск меньше выгоды — это не борьба с преступностью, а приглашение совершать преступления.

Выводы:

1. Хаотическое, массовое и противоречивое изменение уголовно-правовых норм привели, по существу, к уничтожению уголовного кодекса как стабильного, универсального, систематизированного и структурированного уголовно-правового акта. Внесение в него за время действия более полутора тысяч изменений и дополнений — это процесс обратный тому, что называется кодификацией, наоборот — это скорее, фрагментация единого нормативного комплекса. Между тем, такое вредное явление не привлекает надлежащего внимания надзорных органов, руководства страны и самих законодателей, напротив: появилось устойчивое мнение, что это нормальный процесс законотворчества, и если принятый закон не работает, то ничего страшного: его можно изменить, либо принять новый. Такое мнение противоречит общеизвестным положениям юридической науки, но это никого не смущает. Более того, вопреки известному постулату о том, что главное — не жестокость наказания, а неотвратимость ответственности, сейчас открыто провозглашается курс на ужесточение санкций за ряд уголовно-правовых и административных составов. При этом, когда речь заходит о возвращении практики применения смертной казни, упомянутый тезис пускается в ход, как и в былые времена.

2. Юридическая наука должна избавляться от догматической и морально устаревших норм, разрабатывая новые ориентиры для законотворчества и юридической практики.

3. Юридическая практика нуждается в совершенствовании, но это совершенствование должно основываться на общепризнанных установлениях юридической науки, а не противоречить ей.

4. Явные «ножницы» между правоприменительной практикой и юридической наукой являются недопустимыми, и их устранение является первоочередной задачей науки и практики.

КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ЛИЦ, ОБРАЩАЮЩИХСЯ ЗА ПОМИЛОВАНИЕМ (на материалах Комиссии по помилованию Ростовской области)

КУРИНОВА Яна Игоревна,

к.ю.н., преподаватель кафедры уголовного права и криминологии
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Личность преступника, наряду с преступностью, ее детерминантами, системой мер предупреждения преступлений является крайне важным элементом криминологии. Именно поэтому данному предмету посвящено немало исследований известных ученых (Н.Ф. Кузнецова, К.Е. Игошев, Ю.Д. Блувштейн, В.Н. Кудрявцев, А.И. Долгова, Ю.М. Антонян, А.Б. Сахаров и др.). Отмечая значительную ценность их трудов, следует учесть, что в основном, они приходится на 1960–1990 годы. Между тем, масштабные социально-политические изменения, происшедшие на рубеже веков и в начале XXI века, оказали существенное влияние, как на состояние преступности, так и на личность преступника. Не случайно в последние годы появился ряд диссертаций, посвященных феномену современной преступности (Т.А. Пособиной, В.И. Коваленко, А.С. Ширяева, Е.Р. Чернышевой, К.В. Аржаной и др.).

Наше исследование проведено с целью изучения личности современного преступника. В его основу положены материалы изучения 283 ходатайств о помиловании, поданных в период с 2002 года по 2011 год, в комиссию по вопросам помилования по Ростовской области, осужденными, отбывающими наказание в виде лишения свободы в исправительных колониях различных видов, т.е. изучению подвергались наиболее опасные категории преступников. Причем по своему социально-демографическому составу и качественным характеристикам этот контингент ничем не отличается от общего массива лиц, совершивших преступления, так что данная выборка является репрезентативной.

Подавляющее большинство осужденных — мужчины (86%). Это объяснимо с точки зрения общеизвестной половой дифференциации, объясняющей большую социальную (в том числе и криминальную) активность мужчин.

Вместе с тем, в последние годы наметился рост удельного веса женщин — преступниц. Доля женщин по результатам нашего исследования соответствует их удельному весу в структуре осужденных 14%. Удельный вес несовершеннолетних несколько выше их доли структуре преступников (4,9%)¹ и составляет 9%.

Что касается возраста осужденных, то среди лиц, подающих ходатайства о помиловании, все возрастные группы — от несовершеннолетнего до пенсионного. Осужденных 18–25 летнего возраста 25%, 26–30 летнего возраста — 17,3%, 31–35 летнего возраста — 12,7%, 36–40 летнего возраста — 7%, 41–45 летнего возраста — 9,2%, в возрасте от 46 до 50 лет — 7%, от 51 до 55 лет — 4,9%, от 56 до 60 лет — 4,9%, более 61 года — 2,4%. Таким образом, более половины ходатайств подають лица в возрасте от 18 до 35 лет, то есть той возрастной группы, которая наиболее активна в криминальном плане. Среди несовершеннолетних лиц от 14 до 16 лет — 1%, от 16 до 18 лет — 7,8%, что также соответствует известным тенденциям и судебно-следственной практике.

Из изученного контингента состоят в браке только 32,9% осужденных, хотя 47% имеют несовершеннолетних детей. Это, с одной стороны подтверждает устойчивое мнение об антикриминогенной сущности института брака, а с другой показывает склонность изучаемого контингента к десоциализации, что является как следствием негативных личностных качеств, так и отрицательного образа жизни.

Среди изученных осужденных лиц, не имеющих образования 1,4%, имеющих среднее образование — 38,5%, неполное среднее — 30,7%, среднее специальное — 23,7%, высшее — 5,7%. Т.е. личность преступника характеризуется в основном невысоким образовательным уровнем.

До ареста работали — 26,5%, учились — 5,7%, находились на военной службе — 2,1%. Таким образом, основная масса осужденных (65,7%) не занимались общественно-полезным трудом, что дает представление о необходимых направлениях профилактической деятельности.

Отмеченные показатели: отсутствие определенного рода занятий — 67,5% и семьи — 67,1% у подавляющего большинства осужденных, их низкий образовательный уровень, определяют перспективные направления предупредительно-профилактической работы.

Анализ предыдущих судимостей изученного контингента дает следующую картину: ранее привлекались к уголовной ответственности 62,8%. Из них 75,5% имеют непогашенные судимости на момент совершения преступления. Ранее судимы: 1 раз — 21,6%, 2 раза — 13,4%, 3 раза — 10%, 4 раза — 6%, 5 раз — 3,5%, 6 раз и более — 5,3%. Такая неблагоприятная картина свидетельствует о том, что значительная масса осужденных рассматривает свою криминальную деятельность как профессиональный способ добывания средств на жизнь.

По мере увеличения количества судимостей, увеличивается и тяжесть совершенных преступлений. Это, и ранее отмечаемое обстоятельство, ставит под сомнение эффективность уголовно-исполнительной системы.

По степени общественной опасности предыдущие судимости распределяются следующим образом: ранее судимы за преступления небольшой тяжести — 9,2% человек, средней тяжести — 54%, за тяжкие преступления — 30,5%, за особо тяжкие — 6,3%. Чаще всего в числе предыдущих судимостей встречается квалифицированный состав кражи (ч. 2 ст. 158 УК РФ). При этом в последующем такие лица, как правило, уже совершают грабеж (ст. 161 УК РФ) либо разбой (ст. 162 УК РФ). А в последующем зачастую решаются на убийство (ст. 105 УК РФ).

У 18,3% осужденных деяние совершено с наличием рецидива преступлений, опасный рецидив встречается у 3,8% обследованных, а особо опасный рецидив — у 1,1%.

Таким образом, качественные характеристики осужденных выдают их повышенную общественную опасность, тем не менее, **10,6% ранее освобождались от наказания по амнистии, из них 23,6% совершили новое преступление в период неотбытой части наказания**, что наглядно показывает фактическую неоправданность их амнистирования.

17,7% ранее освобождалось от наказания условно-досрочно, из них 8% — два и более раз. **Почти 34% условно-досрочно освобожденных вновь совершили преступления в период неотбытой части наказания.**

62,4%, осуждались к условной мере наказания, 47,7% из них совершили преступления в период испытательного срока, а 16,2% из них — дважды!

Приведенные выше данные свидетельствуют о том, что более половины осужденных, ранее привлекались к уголовной ответственности (62,8%). При этом в основном ранее они были осуждены за преступления средней тяжести (54%). Подавляющее большинство из них имеют непогашенную судимость (75,5%), при этом значительная часть из них совершили преступление с наличием в их действиях рецидива преступлений (18,3%).

¹ URL: http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_112821.

Представляется интересной в научном и практическом плане характеристика преступлений. 92,6% осужденных совершили умышленные преступления, и только 7,4% — неосторожные.

По одной статье УК РФ осуждены 62,5%, по совокупности преступлений 37,4%. Из них за совершение двух преступлений осуждены 21,9%, по трем статьям — 7,4%, по четырем статьям 3,2%, по пяти и более статьям — 2,1%.

В числе совершенных преступлений наиболее распространены убийства — ст. 105 УК РФ (12,1%), на втором месте — умышленное причинение тяжкого вреда здоровью — ст. 111 УК (6,7%), на третьем — нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств — ст. 264 УК РФ (6,4%). Среди осужденных по одной статье УК РФ осуждены за совершение убийства без отягчающих обстоятельств 10,6%, за убийство с отягчающими обстоятельствами — 2,1%. За причинение тяжкого вреда здоровью — 2,5%, за причинение тяжкого вреда здоровью, повлекшего смерть потерпевшего — 4,2%. За нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств осуждены 6,4%.

Преступления совершались с применением оружия в 16,3% случаев, предметов, используемых в качестве оружия — в 13%. При этом, по данным ГИАЦ МВД РФ, с использованием оружия совершено 14,2% преступлений¹, что в целом подтверждается и нашими результатами.

За неоконченное преступление осуждены 16,6%.

27,2% человек, из осужденных, подавших ходатайства о помиловании, совершили преступления в соучастии. В группе без предварительного сговора 2,1%, в группе лиц по предварительному сговору 23,3%. В составе организованной группы преступление совершили 1,4%. 0,4% совершили преступление в составе банды.

В результате исследования установлено, что 24,4% осужденных совершили преступление в состоянии алкогольного опьянения. Это полностью совпадает с данными ГИАЦ МВД РФ, согласно которым, почти каждое четвертое (24%) преступление совершено лицами в состоянии алкогольного опьянения².

Положительно характеризуются администрацией учреждения 52,7% осужденных. 39,6% осужденных положительно относятся к труду.

Поощрения имеют 42,8% осужденных, 62,5% имеют взыскания за нарушение порядка отбывания наказаний. При этом имеют непогашенные или не снятые взыскания 31,8% осужденных.

47% осужденных отбыли менее половины назначенного наказания, в 16,6% случаях, отбытое наказание меньше от назначенного по приговору суда наказания. 36,4% обратились за помилованием после отбытия ими более от назначенного наказания.

Указанные данные свидетельствуют о том, что почти 16,9% осужденных в полной мере свою вину не признали. Только 12,7% из них переведены в облегченные условия отбывания наказания, то есть твердо встали на путь исправления. Заслужили положительные характеристики администрации учреждения 52,7% осужденных. 62,5% осужденных имеют взыскания за нарушения режима отбывания наказания и у 31,8% эти взыскания не погашены. При этом значительная часть (47%) отбыли менее половины срока наказания.

Последним анализируемым блоком является мотивация поданных ходатайств.

Из рассмотренных ходатайств 88,3% подано осужденными, поддержано родственниками — 11,7% ходатайств, при этом, ходатайство поддерживают различные организации в 2,1% случаев, потерпевшие — в 1,8%.

Очень интересен с точки зрения уяснения личностных качеств преступников, анализ данных о мотивации ходатайств о помиловании. Так, 44,9% осужденных обосновывают его желанием оказать помощь своим родственникам, 32,9% мотивируют признанием своей вины и раскаянием в содеянном, по 7% осужденных ссылаются на плохое состояние здоровья и пишут о своем полном исправлении. О своей невиновности заявили 2,8% осужденных, о суровости наказания, назначенного приговором суда, указано в 3,5% ходатайств. И только менее 1% обещают оказать поддержку потерпевшим от их действий лицам.

В целом, хочется отметить крайне неискренний характер поданных прошений. Так, например, преступник лишен родительских прав или ранее судим за неуплату алиментов, но пишет о желании помочь своим детям. Или, другой пример, у осужденного не было ни одного поощрения, он пишет, что неоднократно поощрялся администрацией исправительного учреждения. Бывает и так, что в приговоре написано, что он признал вину в зале суда или даже согласился на особое производство, а на самом деле в ходатайстве этот же осужденный пишет, что он невиновен.

¹ URL: http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_88233.

² URL: http://www.mvd.ru/presscenter/statistics/reports/show_112821.

Таким образом, в основном ходатайства о помиловании подаются самими осужденными и мотивируются желанием оказать помощь своим родственникам или раскаянием в содеянном, при этом администрацией исправительных учреждений было поддержано только 4,6% ходатайств.

В целом, на основании вышеизложенного, можно сделать следующие выводы:

1. Большинство обследованных преступников — это люди молодежного возраста, низкого уровня образования, не состоящие в браке и не работавшие до ареста.

2. Более двух третей ранее привлекались к уголовной ответственности (62,8%), причем многие неоднократно. При этом важным является вывод о том, что ранее эти лица в основном судимы за менее тяжкие преступления, чем те, за которые они отбывают наказание в настоящее время. То есть степень тяжести совершаемых преступлений последовательно возрастает с ростом количества судимостей. Перечисленные данные свидетельствуют, что институты амнистии, условного осуждения и условно-досрочного освобождения, а так же практика их применения нуждаются в существенном пересмотре.

3. Наиболее распространенными деяниями, совершенными осужденными, являются умышленные тяжкие и особо тяжкие преступления против личности и собственности.

4. Более трети из осужденных больны, преимущественно туберкулезом легких, причем эта болезнь тесно связана с ранее отбываемым наказанием в виде лишения свободы. Несмотря на то, что такая зависимость установлена давно, эффективного оздоровления условий отбывания лишения свободы не происходит.

5. Подавая ходатайства о помиловании, 99% осужденных мотивируют это своими трудностями, проблемами своих близких родственников, которые чаще всего преувеличивают. Вместе с тем, о проблемах лиц, пострадавших от их действий, они не вспоминают, что наглядно характеризует реальную степень их исправления.

МЕЖОТРАСЛЕВАЯ ПРИРОДА ИНСТИТУТА ОТСРОЧКИ

САЯДЯН Сусанна Григорьевна,

аспирантка кафедры уголовного права и криминологии
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Институт отсрочки широко распространен в современном российском и зарубежном законодательстве. Нормы об отсрочке исполнения судебных актов мы встречаем в Гражданско-процессуальном законодательстве, Арбитражно-процессуальном кодексе, Кодексе об административных правонарушениях, в ФЗ «Об исполнительном производстве» и других законодательных актах. Отраслевое многообразие отсрочки объясняется ее способностью гибко и прагматично учесть особенности конкретной жизненной ситуации, что позволяет оптимизировать процесс исполнения любого решения.

Особое значение институт отсрочки имеет в уголовном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном праве. Для отраслей криминального цикла этот институт является традиционным. Впервые он появился еще в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г., который закреплял норму об отсрочке отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, родившим детей¹. В качестве уголовно-правовой нормы отсрочка отбывания наказания была введена военно-уголовным законодательством в 1889 г. в отношении военнослужащих².

Для проведения сравнительного анализа института отсрочки в уголовном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном законодательстве необходимо проанализировать особенности отсрочки, предоставляемой нормами данных отраслей права.

В действующем уголовном законодательстве существуют такие разновидности отсрочки отбывания наказания как отсрочка отбывания наказания (ст. 82 УК РФ), отсрочка отбывания наказания большим наркоманией (ст. 82.1 УК РФ). Часть 4 ст. 81 УК РФ отсрочивает (переносит) срок отбывания наказания до момента выздоровления осужденного. Можно предположить, что данный вид освобождения от наказания также является разновидностью отсрочки отбывания наказания.

¹ Российское законодательство X–XX веков. Устав уголовного судопроизводства 1864 г. URL: <http://www.lib.uni-dubna.ru>.

² Российское законодательство X–XX веков. Военно-уголовное законодательство 1889 г. URL: <http://www.lib.uni-dubna.ru>.

В уголовном законе отсрочка является важным инструментом уголовной политики, индивидуализирующим ответственность, в то время как в уголовно — процессуальном и уголовно — исполнительном законодательстве посредством отсрочки, с одной стороны, обеспечивается реализация соответствующих норм уголовного закона, с другой стороны, оптимизируется процесс исполнения наказания.

УПК РФ исчерпывающе перечисляет обстоятельства, объективно препятствующие или существенно затрудняющие приведение приговора в исполнение в конкретный период времени (болезнь осужденного; беременность осужденной или наличие у нее малолетних детей, наличие у осужденного, являющегося единственным родителем, малолетних детей; тяжкие последствия или угроза их возникновения для осужденного или его близких родственников, вызванные пожаром или иным стихийным бедствием, тяжелой болезнью или смертью единственного трудоспособного члена семьи, другими исключительными обстоятельствами; добровольное волеизъявление осужденного к лишению свободы за совершение впервые преступлений, предусмотренных частью первой статьи 228, частью первой статьи 231 и статьей 233 Уголовного кодекса Российской Федерации, признанного больным наркоманией, пройти курс лечения от наркомании, а также медико-социальную реабилитацию). Таким образом, процессуальная отсрочка бывает двух видов:

- отсрочка, которая обеспечивает реализацию соответствующих норм уголовного права;
- отсрочка, которая решает задачу оптимизации процесса обращения приговора к исполнению.

УИК РФ регулирует порядок предоставления отсрочки осужденным, отбывающим наказание в исправительных учреждениях, и порядок установления контроля за соблюдением условий отсрочки отбывания наказания. В принципе, уголовно-исполнительное законодательство предусматривает такие же разновидности отсрочки, что и УК РФ: отсрочка отбывания наказания (ст. 177 УИК РФ), отсрочка отбывания наказания больным наркоманией (ст. 178.1 УИК РФ). УИК РФ вслед за УК РФ определяет порядок освобождения от дальнейшего отбывания наказания по болезни. При решении вопроса об освобождении лица, заболевшего иной тяжелой болезнью, суд учитывает тяжесть совершенного преступления, личность осужденного и других обстоятельств. При освобождении от отбывания наказания по болезни следует руководствоваться списком болезней, дающих право на освобождение от отбывания наказания. Следует подчеркнуть, что Уголовно-исполнительные правоотношения возникают после вступления приговора в законную силу и его обращения к исполнению.

Интересно проанализировать, как отражаются в рассматриваемых отраслях права цели отсрочки. Представляется, что, прежде всего, речь идет о проявлении гуманности по отношению к осужденным. Это видно, в первую очередь, из законодательного определения круга лиц, которым может быть предоставлена отсрочка. Она дает возможность осужденным решить личные проблемы (излечение болезни, возникновение исключительных обстоятельств, избавление от наркозависимости), преследует цели избавления от причинения излишних страданий новорожденным или малолетним детям, дает возможность нормальной первичной социализации малолетних детей. Немаловажным с рассматриваемой точки зрения является экономический аспект. Содержание в уголовно — исполнительных учреждениях матерей с детьми требует значительных финансовых затрат¹. В данном случае закон преследует не только цели индивидуализации наказания и экономии репрессии, но и экономии денежных средств, выделяемых на содержание осужденных в местах лишения свободы.

Отсрочка в соответствии с уголовно-процессуальным кодексом возможна при осуждении лица к таким основным видам наказания как обязательные работы, исправительные работы, ограничение свободы, арест или лишение свободы. В то же время Уголовный закон запрещает применение обязательных, исправительных, принудительных работ, а также ареста к беременным и женщинам, имеющим детей в возрасте до трех лет (ст. 49, ст. 50, ст. 53.1, ст. 54 УК РФ). Из этого следует, что отбывание наказания к обязательным, исправительным работам, аресту может быть отсрочено женщинам на основе ст. 82 УК РФ только после достижения ребенком трехлетнего возраста. Нормы УПК РФ в данном случае противоречат нормам Уголовного кодекса. Помимо этого, на наш взгляд, данные нормы содержат дискриминационные моменты по половому признаку, нарушая закрепленный в Конституции РФ и международно-правовых актах принцип равенства всех перед законом и судом. В соответствии с ч. 2 ст. 38 Конституции РФ забота о детях, их воспитание — равное право и обязанность родителей. В

¹ В настоящее время в уголовно-исполнительной системе РФ при женских колониях существует 13 домов ребенка, в которых проживает 786 детей / В ст. Егоров И. Дети государства // Российская газета. 23 марта 2012 г. №64 (5737). URL: <http://www.rg.ru>.

то время как в статьях 49, 50, 53.1 и 54 УК РФ содержится запрет применения указанных видов наказания к беременным женщинам и женщинам, имеющим детей в возрасте до трех лет, такой запрет не установлен для отцов — одиночек, имеющих детей в возрасте до трех лет. Тем самым, не учитывается право таких отцов на воспитание малолетнего ребенка. В связи с изложенным предлагаем внести дополнение в соответствующие статьи УК РФ, согласно которому будет запрещено назначать обязательные, исправительные, принудительные работы и арест не только беременным и женщинам, имеющим детей в возрасте до трех лет, но и осужденному мужчине, являющегося единственным родителем ребенка в возрасте до трех лет.

В юридической доктрине существуют различные позиции относительно правовой природы института отсрочки. Так, одни авторы полагают, что в настоящее время существуют три отраслевые нормы, рекомендующие отсрочку исполнения наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей: соответствующие статьи УК, УПК, УИК., которые конкурируют между собой¹. Н.В. Артеменко говорит о том, что институт отсрочки отбывания наказания имеет двойственную природу: как материальную, так и процессуальную². По нашему мнению, правильным является мнение В.П. Малкова и О.Н. Павлычевой, которые определяют отсрочку отбывания наказания как комплексный межотраслевой институт, регулируемый совокупностью норм уголовного, уголовно — исполнительного и уголовно — процессуального права³. При этом, с учетом результатов проведенного сравнительного анализа приоритетом обладают нормы уголовного права, которые устанавливали виды, основания, условия освобождения от наказания. УПК РФ определяет процессуально — процедурный порядок обращения приговора к исполнению и порядок освобождения от наказания. Вопросы, связанные с контролем за поведением осужденных в период отсрочки, их правовым статусом, порядком и средствами, применяемым к осужденным при реализации отсрочки, регулируются нормами уголовно-исполнительного законодательства.

ОХРАНА ЗДОРОВЬЯ: ЭКСПАНСИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

ТИЩЕНКО Екатерина Владимировна,

к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии
юридического факультета ФГАОВ ВПО «Южный федеральный университет»

Элементы правового регулирования медицинской деятельности появились с развитием самой медицины в силу естественной потребности общества обеспечить охрану здоровья человека и населения в целом. В России правовое обеспечение медицинской сферы вплоть до конца XX века отличалось ограниченностью и эклектичностью, дистанцированием права и медицины, а так же гипероблизацией репрессивной роли уголовного права в определенные исторические этапы. Юридическая экспансия права в здравоохранительную сферу началась с 1993 года и была обусловлена необходимостью обеспечения правовой регламентацией медицинской деятельности в условиях перехода к демократическому обществу, рыночным отношениям. Правовая трансформация в системе здравоохранения в конце прошлого века создала обширную нормативно-правовую базу регламентации медицинской деятельности, но без реальных институциональных преобразований отрасли, направленных на развитие основных социальных, политических и экономических институтов российского общества, она была обречена на фиаско. Достаточно отметить, что к 2010 году большинство нормативно-правовых актов устарели и не соответствовали радикальным направлениям государственной политики РФ по модернизации системы здравоохранения в Российской Федерации. Так, за 18 лет рамочный закон ФЗ РФ №5487–1 от 22 июля 1993 года «Основы законодательства РФ об охране здоровья

¹ См., например: Курс уголовного права. Общая часть. Т. 2: Учение о наказании / Под ред. д.ю.н., проф. Кузнецовой Н. Ф., к.ю.н., доц. Тяжковой И. М. М.: Изд-во «Зерцало», 1999 г. С. 117.

² Артеменко Н. В. Отсрочка отбывания наказания и отсрочка исполнения приговора: соотношение понятий. Актуальные проблемы общей части уголовного права. Коллектив авторов / Под ред. В. Т. Гайкова, Н. Г. Шимбаревой. Ростов н/Д, 2006. С. 538.

³ Малков В. П., Павлычева О. Н. Отсрочка отбывания наказания беременным женщинам и женщинам, имеющим малолетних детей: порядок и последствия ее применения // Российский юридический журнал. 2005. №2. С. 115–116.

граждан» неоднократно изменялся, дополнялся, редактировался, что к концу 2011 года всего 6 статей действовали в первоначальной его редакции.

На фоне общей правовой нестабильности здравоохранительных отношений, любой уголовный процесс по «медицинским делам», как правило, вызывал и вызывает пристальное внимание СМИ, широкий общественный резонанс, формируя представление о сверх криминализации медицинской сферы, и, как следствие, актуализирует значение уголовно-правового репрессивного воздействия.

На наш взгляд, объяснить это можно, во-первых, тем фактом, что, хоть право и медицина являются древнейшими явлениями мировой культуры и цивилизации, их социальная природа и предназначение отличаются. Право представляет собой совокупность установленных или санкционированных государством общеобязательных правил поведения (норм), соблюдение которых обеспечивается мерами государственного воздействия. Медицина же представляет собой систему научных знаний и практических мер, объединяемых целью распознавания, лечения и предупреждения болезней. Она возникла как научные изыскания, как мастерство и искусство в ответ на социальный запрос в обществе объяснять и систематизировать природу здоровья и болезней человека или населения¹. Именно творческая константа медицинской деятельности слабо поддается регулированию. Так, В.А. Рожановский считал, что: «Врачебная деятельность отличается от всякой другой деятельности; она включает в себя много специфических элементов, только ей присущих. Вложить врачебную деятельность со всеми ее специфическими особенностями в юридические формы, общие для всех граждан, почти невозможно»².

Таким образом, медицинская сфера требует специального подхода уголовного правотворчества, которое должно корректироваться с позиций достижений медицинской науки, гражданско-правового и административного подходов. И только в крайней степени требует уголовно-правовой реакции. То есть в уголовном законодательстве казуально должны быть определены объем уголовной ответственности медицинских работников. Иначе, несмотря на обширные научные дискуссии, неразрешенными останутся вопросы врачебной ошибки, дефектов и ятрогении в профессиональной деятельности медицинских работников, врачебной тайны и биоисследований, предпринимательства и др.

Другим фактором некоторого преувеличения деструктивности медицинской сфере явился негативный исторический опыт взаимодействия Советской власти и медицинского сообщества. Государственный характер управления медициной, ставший в России преобладающим со времени правления Петра I, достиг своего апогея в 20–30х годах прошлого столетия. Прежде всего, это привело к запрету независимых медицинских ассоциаций, Всероссийских съездов врачей³, частной практики. Юристы, обеспечивающие проправительственную позицию, декларировали равную со всеми гражданами правовую ответственность врачей. Поэтому создание каких-то дополнительных статей в УК, а также специальных правил возбуждения уголовных дел против врачей, считалось не нужным. Но, именно в период тотального патернализма в медицине, были инициированы громкие «врачебные дела»: дело о «вражеском заговоре» украинских академиков (1929 г.), «дело военных врачей» (1937 г.), дело — против «правотроцкистского блока» (1939 г.), дело «врачей-вредителей» (1953 г.), процесс над известным психиатром С.Ф. Глузманом (1972) и др⁴.

¹ Один из древнейших трактатов по медицине римского ученого Авл Корнелии Цельса (лат. Aulus Cornelius Celsus, ок. 25 до н. э. ок. 50 н. э.) так и называется — «Искусство» («Artes»).

² Рожановский В. А. Судебно-медицинская экспертиза в дореволюционной России и в СССР. М., 1927. С. 129.

³ Так в 1921 году Народный Комиссариат здравоохранения в специальном циркуляре указал, что: «...частная медицинская практика, как пережиток капиталистического строя противоречит основным началам правильной организации медико-санитарной помощи и общим основам социалистического строительства».

⁴ В диссертационной работе Ю. С. Зальмунина приведены количественные показатели обвинений врачей разных специальностей по г. Ленинграду за 1924–1948 гг. За этот период общее количество возбужденных дел составило 1854, в том числе: против акушеров-гинекологов 474, педиатров 378, хирургов 363, терапевтов 328, отоларингологов 56, психиатров 39. В Ростовском округе за 1924–1927 гг. к уголовной ответственности за профессиональные правонарушения было привлечено 20 врачей. Примечательно, что количество уголовных дел возбужденных за «профессиональные» преступления врачей прогрессировало до 1937 года, когда оно достигли максимума (262). Позже их число постепенно уменьшалось, и, в 1948 году против врачей было возбуждено только 53 дела.

Причинами роста привлечения медицинских работников к уголовной ответственности в советский период профессор И.В. Марковин называл: малую осведомленность обывателей в вопросах медицины и преувеличение ее возможностей, чрезмерное завышенные требования к врачам; пристрастное освещение врачебных дел в прессе; желание идти по пути наименьшего сопротивления, то есть апелляция к общественному мнению до предъявления обвинения врачам; излишне доверчивое отношение следственных органов к обвинению врачей, а также неопределенность статей УК к установлению границ врачебной ответственности.

Следует отметить, что данные детерминанты правонарушений среди медицинских работников актуальны и сегодня. Признание которых ставит под сомнение эффективность реализации принципа справедливости в уголовно-медицинских правоотношениях. Необходимо так же учитывать еще один фактор — низкий уровень консолидации общества с действенной и централизованной государственной властью. Так, Т.А. Балебанова, анализируя причины и условия существования преступности в сфере здравоохранения современной России, среди прочих называет дефекты системы здравоохранения в части утраты контроля над функционированием и развитием сферы здравоохранения, а так же слабую профессиональную подготовку медицинских работников¹.

Заметим, что официальной статистики относительно количества преступлений, совершаемых медицинскими работниками, которая позволила бы определить действительные масштабы этого явления, на сегодняшний день в России не существует. Однако по данным Бюро судебно-медицинской экспертизы, которые приводит в своей диссертации Татаркин, В. В., количество уголовных дел, возбуждаемых против врачей явно растет². Так, в Ростовской области было зарегистрировано только преступлений против жизни и здоровья, совершенных медицинскими работниками в 2002 г. 4 уголовных дела, в 2003 г. — 6, в 2004 г. — 7, в 2005 г. — 8, а в 2006 г. — 10, в 2007 — 12, в 2008 — 13. По данным Генпрокуратуры РФ за 9 месяцев минувшего года выявлено более 24,5 тысяч нарушений законодательства, при этом привлечено к ответственности 3 тысячи 504 должностных лица, в административном порядке наказаны 1116 человек³. При этом виновными в «служебных преступлениях, как правило, становятся медицинские работники общей практики (терапевты, невропатологи). Резонансных дел, например, таких как раскрытие, в 2009 году сложной коррупционной схемы, созданной работниками ФФОМС, практически нет.

Следует отметить, что «медицинский работник» как специальный субъект преступления в УК РФ не называется. Его как субъект преступления можно рассматривать исключительно через криминообразующий признак «ненадлежащее исполнение лицом своих профессиональных обязанностей» или же криминальным является само деяние, совершаемое преимущественно медицинским работником. По этим признакам к «медицинским преступлениям» можно отнести 38 статей УК РФ, это приблизительно 14,1% от всех преступлений, предусмотренных особенной частью УК РФ. Среди них правоприменительной практикой востребованы только восемь составов. Однако никакой иной ответственности врача, кроме уголовной, до сих пор практически не предусмотрено. Поскольку в России нет института «персональной ответственности врача», без возбуждения уголовного дела практически невозможно взыскивать компенсации за причинения вреда здоровью пациента.

Таким образом, остро необходимо на основе инструментального анализа проанализировать социальную полезность и негативные последствия действия уголовного права в медицинской сфере, изучить уголовно-правовую специфику вины, предпринимательских рисков, оценить круг обстоятельств, устраняющих преступность деяний в профессиональной деятельности медицинских работников, разработать демонстрационные признаки общественной опасности, так называемых, медицинских преступлений.

¹ Балебанова Т. А. Причины и условия преступности в сфере здравоохранения современной России (по материалам криминологического исследования) // ЕврАз Юж. Уголовное право и криминология. №7 (38) 2011.

² Татаркин В. В. Преступления медицинских работников против жизни и здоровья.: дис. канд. юр. наук. Ростов н/Д, 2008.

³ URL: <http://www.orthomed.ru/news.php?id= 24458> / Медицинский сервер (дата обращения: 27.09.2012).

УГОЛОВНОЕ ПРАВО НА ПУТИ К ПОТЕРПЕВШЕМУ

ЧУРЛЯЕВА Ирина Викторовна,

к.ю.н., доцент кафедры уголовного права и криминологии
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Впервые термин «потерпевший» появился в Уставе уголовного судопроизводства от 24.11.1864 г. В действующем уголовном законодательстве отсутствует понятие «потерпевший». Оно подменяется уголовно-процессуальными дефинициями, поскольку именно в уголовно-процессуальном кодексе содержится легальное определение потерпевшего. Так, в ч. 1 ст. 42 УПК потерпевшим признается физическое лицо, которому преступлением причиняется физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо, если причиняется вред его имуществу или деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя или суда.

В любом случае лицу (физическому или юридическому) может быть причинен вред, который должен наступить в результате совершенного преступного деяния. Конечно, говоря о круге лиц, которые признаются потерпевшими нельзя не остановиться на вопросе об отнесения к таковым общества и государства. В принципе, в доктрине уголовного права признание общества и государства в таком качестве при наличии совершенного преступления не исключается.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ не относит общество и государство к потерпевшим. Так, ст. 6 УПК РФ «Назначение уголовного судопроизводства» провозглашает защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; ст. 42 УПК РФ прямо указывает на потерпевших — физическое и юридическое лицо, а не общность лиц, не общество, а как организацию, не зависимо от организационно-правовой формы, но не государство. Таким образом, в уголовном процессе общество и государство не признается потерпевшими. Однако в уголовном процессе не определяется и угроза причинения вреда, как один из признаков, определяющих потерпевшего, вытекающая из конструкции состава (формальный, усеченный). Для уголовного процесса одним из доказательств, подлежащих доказыванию является наличие причиненного вреда (согласно п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ).

Если рассматривать потерпевшего с точки зрения уголовного права, то следует обратить внимание на структуру Особенной части УК РФ, в основу которой был положен принцип Личность — Общество — Государство. Как следствие этого Н.А. Лопашенко подчеркивает, что преступный вред может причиняться не только физическому лицу, но и юридическому лицу, обществу и государству¹. В качестве участников правового оборота А.Э. Жалинский называет государство, коллективное образование, правоспособное или нет, физическое лицо². И.А. Фаргиев также пишет о том, что одной из задач уголовного закона обозначена «... охрана общественных отношений от преступных посягательств, субъектом которых выступает потерпевший в виде личности, общества и государства»³. П.А. Кабанов в центре научного познания в качестве жертвы преступления видит наравне с физическим лицом также юридическое лицо, государство, его институты и органы⁴.

Потерпевшая сторона как субъект уголовно-правовых отношений — явление объективное, независимо от указания признаков в конкретном составе преступления. Однако даже без указаний на признаки, понятно — на какой объект совершено посягательство.

Так, Таганцев Н. С. в качестве потерпевшего от преступления называл «самое государство»⁵. Государство рассматривается как субъект уголовных правоотношений, который, в связи с причинением ему вреда, имеет по отношению к преступнику определенные права и обязанности.

¹ Лопашенко Н. А. Несовершеннолетний как потерпевший и субъект в преступных посягательствах. // Правовая политика и правовая жизнь. 2001. №1. С. 134.

² Жалинский А. Э. О материальной стороне преступления // Уголовное право. 2003. №2. С. 29.

³ Фаргиев И. А. Задачи уголовного права и проблематика потерпевшего от преступления // Lex Russika. 2005. №2. С. 317.

⁴ См.: Кабанов П. А. Криминальная корпоративная виктимология: понятие и предмет // Сибирский криминологический журнал. 2006. №1. С. 2.

⁵ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая. Т. 2. М., 1994. С. 13.

Преступления причиняют вред субъектам-правообладателям, каковыми могут быть физические и юридические лица, организации без образования юридического лица, общество в целом, государство, его субъекты, муниципальные образования, а также человечество (в случае совершения преступлений, предусмотренных гл. 34 УК РФ)¹.

Также о потерпевших говорится и в Декларации основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотреблений властью (от 29.11.1985 г.), где лица, которым в результате преступного деяния причинен ущерб, включая телесные повреждения или моральный вред, эмоциональные страдания, материальный ущерб, имеют право на доступ к механизмам правосудия и компенсацию за нанесенный ущерб.

Конституция РФ в ст. 52 провозглашает права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью. Государство обеспечивает потерпевшим доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба. Соответственно ст. 6 УПК РФ определяет защиту прав потерпевших как первоочередную задачу уголовного судопроизводства. Хотя на деле по многим процессуальным позициям потерпевший поставлен в неравное положение с подозреваемым, обвиняемым и подсудимым и, тем самым рассматривается как второстепенный участник уголовного процесса.

На сегодняшний день в законодательной практике сложилась парадоксальная ситуация, когда права обвиняемых и подозреваемых защищаются не только законодательно, но и на практике, в то время как уровень практической защиты прав и обеспечения безопасности потерпевших и свидетелей является низким, несмотря на принятие соответствующего законодательства. Тем более, что абсурдная ситуация сложилась не только с правовой защитой потерпевшего, но и в отсутствие единого мнения в определении потерпевшего как в теории, так и в уголовном законодательстве, в понимании самого статуса потерпевшего. Изучаемая дефиниция не имеет определения в уголовном кодексе, а уголовно-процессуальное законодательство указывает лишь на некоторые материальные признаки данного понятия, а именно: «потерпевшим признается физическое лицо, которому преступлением причиняется физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо, если причиняется вред его имуществу или деловой репутации», хотя по логике вещей процессуальная фигура потерпевшего производна от материально-правового статуса. Таким образом, с одной стороны уголовное законодательство провозглашает охрану прав и свобод человека и гражданина, общественную безопасность, конституционный строй от преступного посягательства, обеспечение мира и безопасности человечества, тем самым обеспечивает защиту потерпевшего, а с другой стороны не определяет, кого следует относить к потерпевшему и в чем выражается данная категория.

В связи с этим необходимо закрепить в уголовном законодательстве Российской Федерации понятие потерпевшего, в частности данная категория должна выглядеть следующим образом: «Потерпевшим признается физическое лицо, которому причинен физический, имущественный, моральный вред, юридическое лицо в случае причинения ущерба его имуществу или деловой репутации, а также государство, которому непосредственно преступлением причиняется вред». Несмотря на то, что в определении Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. №996-О-О статья 42 УПК РФ рассматривается как норма, определяющая материально-правовой статус потерпевшего: «Уголовный кодекс Российской Федерации, регламентируя правила определения категорий преступлений, исходя из их характера и степени общественной опасности (статья 15), а также основания освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности (статья 78), не закрепляет положений, касающихся правового статуса потерпевшего от преступления. Соответствующие нормы, определяющие правовое положение потерпевшего... предусмотрены в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации».

Хотя нормы УПК РФ призваны регулировать уголовно-процессуальные отношения и не должны определять первичные по отношению к ним категории.

Потерпевший в уголовном праве — это, прежде всего участник охраняемых уголовным законом общественных отношений, которому непосредственно преступлением причинен вред либо создана угроза причинения юридически значимого вреда.

Признание потерпевшим в материальном смысле является определенным этапом доказывания и имеет место, когда факт причинения вреда данному лицу доказан достоверно, а признание потерпевшим в процессуальном смысле является одной из предпосылок участия лица в доказывании и имеет место при наличии оснований предполагать причинение вреда этому лицу. Анализ проблемы позволяет признать очевидным тот факт, что материальный статус потерпевшего объективно существует. Эту

¹ Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. М., 2006. С. 105.

позицию поддерживают большинство современных исследователей, указывая на связь потерпевшего с вредопричиняющим преступным деянием, оценивая его влияние на определение оснований и пределов уголовной ответственности¹.

Различия между его материальным и процессуальным определениями выражаются в том, что: в уголовном праве признаки потерпевшего необходимы для регулирования ответственности виновного, а в уголовном процессе — для всестороннего, полного и объективного правосудия; в уголовном праве им является лицо, непосредственно пострадавшее от совершения преступления, а процессуальное право допускает правопреемство; в УК РФ возникновение фигуры потерпевшего связано с моментом совершения преступления, а в УПК РФ — с производством процессуальных действий.

Помимо закрепления легального определения потерпевшего в уголовном кодексе, необходимо в нем указать основания для применения мер государственной защиты, предусмотренных рядом международных конвенций, участником которых является Российская Федерация.

Правовая защита потерпевших от преступной деятельности должна быть одной из приоритетных задач органов, ведущих уголовный процесс, с обеспечением им широкого доступа к механизмам правосудия на всех стадиях уголовного процесса, возмещения физического, имущественного и морального вреда в форме реституции и компенсации.



¹ См., например: Сулин А. В. Уголовно-правовые средства обеспечения возмещения вреда потерпевшим: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 12-13; Фаргиев И. А. Учение о потерпевшем в уголовном праве России: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 7; Анощенкова С. В. Уголовно-правовое учение о потерпевшем. М., 2006. С. 122; Телятников А. А. Обеспечение безопасности личности в уголовном праве: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2009.

СЕКЦИЯ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И КРИМИНАЛИСТИКИ

ПРЕНИЯ СТОРОН, РЕЧЬ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНИТЕЛЯ

АНТИПОВА Наталья Тихоновна,

к. ю. н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Судебные прения — это самостоятельная часть судебного разбирательства. Основным содержанием прений сторон являются речи обвинителя и защитника. Государственный обвинитель — первый, кто публично подводит итог судебного следствия. Он первый от имени государства дает оценку действиям подсудимого. Его выступление в прениях адресуется не только суду, оно влияет на формирование правосознания слушателей процесса. Прения сторон являются той стадией судебного разбирательства, в которой активность прокурора достигает кульминации. Она является итогом всей его деятельности по поддержанию государственного обвинения.

Основная цель выступления прокурора с судебной речью — убедить суд в законности и обоснованности позиции государственного обвинителя по вопросам, разрешаемым судом при постановлении приговора¹.

В соответствии с ч. 2 ст. 292 УПК РФ, в прениях сторон могут также участвовать потерпевший и его представитель. Гражданский истец, гражданский ответчик, их представители, подсудимый вправе ходатайствовать об участии в прениях сторон. Поэтому прокурору целесообразно в некоторых случаях координировать свои действия в данной части судебного разбирательства с потерпевшим, гражданским истцом, их представителями. Государственному обвинителю иногда бывает полезно согласовать свою речь с выступлениями других участников процесса со своей стороны.

Последовательность выступлений участников прений сторон устанавливается судом. При этом первым во всех случаях выступает обвинитель, а последними — подсудимый и его защитник. Гражданский ответчик и его представитель выступают в прениях сторон после гражданского истца и его представителя.

Речь в прениях является заключительной, открытой фазой судебного спора. Стороны лично подводят итог формирования доказательственной базы, формулируют заключения и убеждают суд в справедливости своих утверждений. Поэтому подготовка и само произнесение заключительной судебной речи является настоящим искусством.

Речь прокурора в прениях сторон традиционно называют обвинительной речью. Однако это не совсем так, поскольку речь может содержать как требование об осуждении подсудимого, так и отказ от поддержания государственного обвинения. И прежде всего это обусловлено тем, что позиция государственного обвинителя не связана выводами органов предварительного расследования и должна быть основана на результатах исследования обстоятельств дела в судебном следствии².

В соответствии с полномочиями, закрепленными в ст. 246 УПК РФ, государственный обвинитель высказывает суду предложения о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания.

¹ Уголовное преследование в суде: Методическое пособие для государственных обвинителей. Ростов н/Д, 2008. С. 41.

² Буддыгина Н. И., Иванов А. Н., Курохтина Е. С. Поддержание государственного обвинения: правовые, организационные и тактические аспекты. М., 2012. С. 85.

Окончательную позицию по делу прокурор вырабатывает после завершения судебного следствия с учетом непосредственно исследованных в суде доказательств и обстоятельств дела.

Структура речи государственного обвинителя, ее содержание законодательно не определены и зависят от сложности уголовного дела, характера исследованных доказательств и их источников, личности подсудимого (подсудимых) и его (их) позиции относительно предъявленного обвинения, позиции стороны обвинения и стороны защиты и других обстоятельств. В каждом судебном процессе государственный обвинитель должен подходить к подготовке и произнесению своей речи исключительно индивидуально. Однако он должен высказаться по всем вопросам, разрешаемым судом при постановлении приговора (ст. 299 УПК РФ), с учетом требований, изложенных в приказах Генерального прокурора РФ, а также рекомендаций, содержащихся в юридической литературе для государственных обвинителей.

Заключительная речь должна сочетать логическое доказывание и диалектическую аргументацию с эмоционально-психическим воздействием на судей. По словам М. Т. Цицерона, хорошо говорить в суде — это значит сказать то, что необходимо, чтобы убедить данный состав суда, в данное время в своей правоте. Общее требование к судебной речи, сформулированное еще древними и ставшее вновь актуальным, состоит в том, чтобы она доказывала, очаровывала, увлекала. Эти задачи Цицерон сформулировал так: «Все построение убедительной речи основано на трех вещах: доказать правоту того, что мы защищаем, расположить к себе слушателей, направить их мысли в нужную для дела сторону»¹.

В отечественной литературе указывалось также, что речь государственного обвинителя имеет большое общественно-политическое значение, оказывает воспитательное воздействие на присутствующих в зале суда граждан².

С учетом современных условий ученые рекомендуют выделять в обвинительной речи, как минимум три части: вступление; главная часть; заключение. Каждая из этих частей может включать самостоятельные разделы.

1. Вступление. Античные ораторы называли эту часть еще «именование темы» — здесь оратор объясняет, о чем будет говорить, т.е. настраивает слушателей на предмет. Оратор должен заставить их вспомнить, что им известно по этому предмету и приготовить их к слушанию речи, сознательно углубляться в предмет³.

«Вступительная часть, — не может быть оторвана от обстоятельств преступного деяния ни в одной своей части... содержание вступления должно соответствовать содержанию дела»⁴.

В содержательном плане в этой части речи государственного обвинителя дает оценку общественной опасности преступления, характеристику общественного значения дела и судебного процесса, характеристику подсудимого. Для начала речи иногда подходит также краткая характеристика обвиняемого и потерпевшего. Безусловно, тезис обвинения должен быть четко сформулирован в начале речи.

Прокурор должен стремиться к максимальной лаконичности вступления, его простоте и доходчивости. Особенно это важно, когда государственный обвинитель выступает в суде с участием коллегии присяжных. «Если вступление необходимо, — постарайтесь, чтобы оно было как можно короче и проще». Речь «...начните с нескольких незначительных слов, чтобы взять естественный тон...»⁵.

2. Изложение фактулы уголовного дела. Изложение фактических обстоятельств дела — это один из обязательных элементов речи, который тесно связан с анализом и оценкой доказательств.

В этой связи государственный обвинитель объективно оценивает результаты судебного следствия, сопоставив их с материалами предварительного следствия. Результатом этих действий будет ответ на вопрос, какие же преступные действия и события были доказаны в судебном разбирательстве, какие доказательства не нашли подтверждения в процессе.

Насколько обстоятельно следует говорить о событии преступления, прокурор определяет самостоятельно.

Вместе с тем фактические обстоятельства дела должны быть изложены таким образом, чтобы участники процесса и всем присутствующим стало очевидно, в совершении какого преступного деяния органы предварительного расследования обвиняют подсудимого или подсудимых.

¹ Цицерон М. Т. Три трактата об ораторском искусстве. М., 1972. С. 152.

² Поддержание государственного обвинения в суде. Маляров М. П. М.: 1970. С. 11.

³ Матвиенко Е. А. Судебная речь. Минск, 1972. С. 92.

⁴ Гаврилов В. В. Слово государственному обвинителю: поддержание государственного обвинения в суде. Саратов, 1998. С. 61.

⁵ Сергеич П. Искусство речи на суде. Тула, 1999. С. 302.

3. Анализ и оценка доказательств, собранных по делу. Эта часть речи является наиболее сложной. В соответствии с ч. 1 ст. 88 УПК РФ каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все доказательства в совокупности — достаточности для разрешения уголовного дела. В качестве доказательств допускаются: показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, заключение и показания эксперта, протоколы следственных и судебных действий и др. (ст. 74 УПК РФ). Доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Заключительная речь имеет решающее значение в плане завершения представления и исследования доказательств и развертывания на их основе аргументации. Именно в заключительной речи доказательства облекаются в форму доводов. С другой стороны, «аргумент без доказательства в его поддержку — совсем не аргумент»¹. Поэтому судьям следует напомнить все доказательства обвинения, которые были представлены и исследованы в суде и нашли подтверждение в ходе судебного следствия.

Поскольку формирование убеждения судьи составляет цель судебной речи оратора, постольку именно данная часть речи имеет решающее значение. Речь обвинителя в судебных прениях является публичным выступлением, в котором оратор представляет свои выводы из установленных судебных фактов по делу, а также опровержение доводов защиты. Если же государственный обвинитель отказывается от обвинения, то об этом он говорит в той части своей речи и предлагает суду прекратить уголовное дело или уголовное преследование. Прокурор должен привести и проанализировать не только доказательства со стороны обвинения, но и со стороны защиты. Он обязан опровергнуть доводы защиты, если он с ними не согласен.

Участник прений сторон не вправе ссылаться на доказательства, которые не рассматривались в судебном заседании или были признаны судом недопустимыми (ч. 4 ст. 292 УПК РФ). Контролировать выполнение этого правила надлежит как суду, так и сторонам. При нарушении этого правила защитой обвинитель должен использовать свое право на реплику, чтобы разоблачить данный прием. Об этом будет сказано далее.

После анализа и оценки доказательств государственный обвинитель переходит к **выводам**. Эту часть речи условно можно назвать **заключением**.

Заключение состоит в кратком изложении всего предшествующего, т.е. укреплении в памяти слушателей всего того, что было сказано выше, и выводах по обсуждаемому делу. Прокурор решает здесь следующие задачи:

- 1) установление объема обвинения в отношении каждого из подсудимых;
- 2) юридическая квалификация преступления. Мотив и цель преступления;
- 3) характеристика личности подсудимого;
- 4) предложение о применении меры наказания.

Государственный обвинитель в заключении своей речи должен кратко, четко подвести итог всему сказанному. При необходимости высказаться по поводу разъяснения смысла закона, подлежащего применению. Предложить свою юридическую квалификацию содеянного подсудимым. При этом бывает необходимо коснуться юридической стороны позиции защиты и в случае несогласия с ней — подвергнуть ее критике.

Государственный обвинитель обязан сформулировать свое предложение о наказании. При этом прокурору необходимо мотивировать и обосновать его.

В соответствии со ст. 43 УК РФ наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, прокурор должен предложить суду признать подсудимого виновным в совершении преступления, предусмотренного статьей или статьями УК РФ.

Генеральный прокурор РФ обязывает государственных обвинителей при определении своей позиции относительно наказания строго руководствоваться требованиями закона о его соразмерности и справедливости с учетом характера и степени общественной опасности преступления, личности виновного, а также обстоятельств, смягчающих иотягчающих наказание (п. 3.1). Прокурор предлагает меру наказания по каждой статье УК РФ в отношении каждого подсудимого отдельно. При этом учитываются требования статей Общей части УК РФ, устанавливающих ограничения или возможности назначения наказания (ст.ст. 64, 66—68УК РФ)².

¹ Гаврилов В. В. Слово государственному обвинителю: поддержание государственного обвинения в суде. Саратов, 1998. С. 69.

² Приказ Генерального прокурора РФ №185 от 20 ноября 2007г. (в ред. от 26 мая 2008г.) «Об участии прокуроров в судебных стадиях уголовного судопроизводства».

Генеральный прокурор РФ в п. п. 3.2, 8 приказа от 20 ноября 2007 г. №185 требует в необходимых случаях ставить перед судом вопрос о назначении дополнительного наказания (определяется по соответствующей статье УК РФ).

Затем предлагается определить наказание по совокупности преступлений по правилам ст. 69 УК РФ путем поглощения менее строгого наказания более строгим либо путем частичного или полного сложения наказаний.

Если имеется не отбытое наказание по предыдущему приговору, прокурор предлагает назначить наказание по совокупности приговоров по правилам ст. 70 УК РФ. К наказанию, назначенному по последнему приговору суда, частично или полностью присоединяется не отбытая часть наказания по предыдущему приговору суда.

Предлагая наказание в виде лишения свободы, государственный обвинитель предлагает и вид исправительного учреждения (ст. 58 УК РФ), а несовершеннолетним — воспитательного учреждения (ст. 88 УК РФ).

Предлагая суду назначить подсудимому условное осуждение, прокурор высказывает предложение относительно возложения на условно осужденного исполнения определенных обязанностей.

Предложение о рассмотрении гражданского иска является обязательным во всех случаях, когда гражданский иск заявлен в уголовном деле. Генеральный прокурор РФ в своем приказе требует в необходимых случаях ставить перед судом вопрос о возмещении причиненного преступлением материального ущерба, компенсации морального вреда (подп. 3.2, 8 приказа от 20 ноября 2007 г. №185).

Отказ государственного обвинителя от обвинения — это очень ответственное процессуальное решение. Если в ходе судебного разбирательства государственный обвинитель приходит к выводу о том, что представленные доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение, он обязан отказаться от обвинения и изложить мотивы отказа суду. Отказываясь от обвинения, прокурор обязан дать глубокий, всесторонний и объективный анализ исследованных в суде доказательств. Структура и содержание речи при отказе от обвинения во многом зависят от оснований этого отказа.

Не менее важную роль в поддержании государственного обвинения в суде имеет участие государственного обвинителя в обмене репликами с защитой. Согласно ч. 6 ст. 292 УПК РФ после произнесения речей всеми участниками прений сторон каждый из них может выступить еще один раз с репликой. Государственный обвинитель имеет право выступить с репликой после речи защитника. Право последней реплики принадлежит подсудимому или его защитнику.

Реплика — не самостоятельная часть судебных прений. Прокурор сам решает, следует ли прибегать к ней. Это решение он принимает только после выступления всех участников судебных прений, и если для этого имеются. Поэтому репликой следует пользоваться только в тех случаях, когда в выступлениях представителей защиты прокурор усмотрит явное искажение фактов, заведомо неверное толкование законов и т.д. Не рекомендуется выступать с репликой безотносительно к тому, что говорится в репликах другие участники процесса.

Воспользоваться репликой — право, а не обязанность участника судебных прений¹.

РАССМОТРЕНИЕ ПРОКУРОРОМ ДЕЛА, ПОСТУПИВШЕГО С ОБВИНИТЕЛЬНЫМ ЗАКЛЮЧЕНИЕМ

БАЛАШОВА Мария Алексеевна,

аспирантка кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной УПК РФ, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия.

Деятельность прокурора по уголовному делу, поступившему после окончания предварительного следствия с обвинительным заключением, регламентируется главой 31 УПК РФ «Действия и решения прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением».

¹ Уголовное преследование в суде. Методическое пособие для государственных обвинителей. Ростов н/Д, 2008. С. 48.

По мнению О.Я. Баева, роль прокурора в соответствии с ч. 1 ст. 37 УПК РФ представляется двойственной: прокурор сам осуществляет и уголовное преследование, и надзор за другими уполномоченными на его осуществление органами и лицами¹.

По образному выражению И.Л. Петрухина, прокурор, — «хозяин» процесса на предварительном следствии².

Однако на данном этапе развития функций прокурора следует сказать, что высказанные мнения не являются актуальными, поскольку с 2007 года роль прокурора существенно уменьшилась, особенно в части надзора за деятельностью следствия. В данной статье мы попытаемся обосновать наше мнение.

Тот факт, что прокурор более не является «хозяином» над следствием, хорошо отражается через призму вопросов, которые стоят перед ним при поступлении к нему дела с обвинительным заключением.

Следует отметить, что в ст. 213 УПК РСФСР был закреплён перечень вопросов, которые в обязательном порядке подлежали разрешению прокурором по поступившему уголовному делу. Своим решением не перенести положения ст. 213 УПК РСФСР в УПК РФ законодатель оставил определение объема рассматриваемых на данном этапе вопросов на усмотрение правоприменителя.

Согласимся с авторами, которые говорят, что хотя УПК РСФСР утратил силу, однако, предписания указанной статьи, как не противоречащие УПК РФ, могут иметь методическое, ориентирующее значение³.

Предварительное следствие заканчивается составлением обвинительного заключения в соответствии со ст. 220 УПК РФ. Поступление к прокурору уголовного дела с обвинительным заключением является важным этапом процессуальной деятельности, свидетельствующим об окончании предварительного следствия⁴ и имеющим самостоятельное значение.

Профессор Н.А. Якубович указывает: «Если в процессе расследования добыты доказательства, на основании которых следователь приходит к выводу, что преступление раскрыто, виновные изобличены, характер и размер ущерба, причиненного преступлением, определены, меры по его возмещению приняты, а причины и условия, способствовавшие его совершению, установлены, то появляется и основание для признания расследования окончанным»⁵. В этом случае итоговым процессуальным документом будет являться обвинительное заключение, с которым дело поступает прокурору.

На наш взгляд, важнейшей обязанностью прокурора по окончании следствия является проверка всех материалов дела. Чтобы понимать, что именно и когда должен делать прокурор на данном этапе, необходимо иметь четкое представление: какие же функции на него возложены законом сиюминутно.

Вопросы, касающиеся деятельности прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением, на современном этапе регламентированы приказом Генерального прокурора РФ от 02.06.2011 г. №162 «Об организации прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия»⁶, п. 1.15 которого предписывает прокурорам при утверждении обвинительного заключения с особой тщательностью проверять соответствие выводов следователя установленным в ходе расследования обстоятельствам дела, правильность квалификации содеянного, соблюдение уголовно-процессуальных норм при производстве следственных и иных процессуальных действий и подготовке процессуальных документов.

Из данного указания Генеральной прокуратуры РФ следует, что прокурор, прежде чем принять одно из предусмотренных в законе решений, обязан ознакомиться с материалами дела переданного ему вместе с обвинительным заключением и еще раз проверить их, а не просто посмотреть обвинительное заключение и поставить свою санкцию на нем.

Рассмотрение прокурором дела, поступившего к нему с обвинительным заключением, логично начинать с ознакомления с обвинительным заключением. Данный вывод подтверждается не только на

¹ Баев О. Я. Роль прокурора на досудебных стадиях уголовного процесса // Воронежские криминалистические чтения/Под ред. Баева О. Я. Воронеж, 2003. С. 43.

² Петрухин И. Л. Теоретические основы реформ уголовного процесса в России. Ч. 1. М., 2004. С. 72.

³ Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Буланова Н. В. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 149.

⁴ Колосов И. Принятие прокурором решения по уголовному делу с обвинительным заключением // Законность. 2007. №6. С. 29–30.

⁵ Якубович Н. А. Окончание предварительного следствия по делам, направленным в суд. М., 1970. С. 5.

⁶ Законность. 2011. №11.

законодательном уровне, но и нашел свое отражение в юридической литературе, так А.Б. Соловьевым, Ф.Н. Багаутдиновым и М.Н. Филипповым делается акцент на то, что необходимым условием принятия законного и обоснованного решения по поступившему уголовному делу является ознакомление прокурора со всеми его материалами и выяснение, установлены ли в ходе расследования все обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу в соответствии с предписаниями ст. 73 УПК РФ; отвечают ли собранные доказательства требованиям относимости, допустимости и достоверности, а их совокупность — достаточности для принятого следователем итогового процессуального решения по делу; соблюдены ли нормы УПК РФ, регламентирующие производство следственных и иных процессуальных действий, права участников уголовного судопроизводства, а также порядок составления обвинительного заключения, и соответствует ли его форма и содержание требованиям закона и материалам уголовного дела¹.

Оценивая доказательство, следует применять положения Постановления Пленума Верховного суда РФ №8 от 31.10.1995г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия»², в котором согласно обоснованной позиции Верховного Суда РФ, если при собирании и закреплении доказательств были нарушены гарантированные Конституцией РФ права человека и гражданина или установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим лицом или органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальными нормами, то такие доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, т.е. недопустимыми.

Изучая дело, прокурор делает ряд выводов: о полноте, всесторонности и объективности расследования, что находит свое выражение в доказанности обвинения и его правильной юридической квалификации; о соблюдении следователем всех норм процессуального закона и отсутствии процессуальных нарушений, препятствующих направлению дела в суд; о соответствии текста обвинительного заключения материалам дела³.

По мнению А.Б. Соловьева, М.Е. Токаревой, Н.В. Булановой, при изучении дела в соответствии с принципом свободной, оценки доказательств, закрепленным в ст. 17 УПК РФ, прокурору необходимо удостовериться в доказанности наличия события преступления (времени, места, способа и других обстоятельств его совершения), и обоснованности обвинения конкретного лица (лиц) имеющимися в деле доказательствами, отвечающими требованиям относимости, допустимости, достоверности, а в их совокупности — достаточности для составления обвинительного заключения и направлению уголовного дела в суд для рассмотрения по существу⁴.

При оценке имеющихся в уголовном деле доказательств нельзя упускать из внимания правильность процессуального оформления протоколов следственных действий, в том числе наличие данных об участии в их проведении лиц, обязательное присутствие которых предусмотрено законом (понятых, педагога, переводчика, законного представителя и др.), а также их подписей в соответствующих протоколах⁵.

Важный блок вопросов, связан с соблюдением требований уголовно-процессуального закона при вынесении постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого и предъявлении обвинения. Как показывает изучение правоприменительной практики, наиболее часто при вынесении постановления о привлечении лица в качестве обвиняемого допускаются множество ошибок, их в своей работе широко раскрывает С. Бурмагин⁶.

¹ Соловьев А. Б., Багаутдинов Ф. Н., Филиппов М. Н. Прокурорский надзор за всесторонностью, полнотой и объективностью расследования преступлений. Методическое пособие для горрайпрокуроров. М., 1996. С. 60.

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. №1.

³ Соловьев А. Б. Организация и методика прокурорского надзора за законностью расследования преступлений органами дознания и следователями МВД. М., 1997. С. 85.

⁴ Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Буланова Н. В. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 150.

⁵ Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Халиулин А. Г. Прокурорский надзор за исполнением законов при расследовании преступлений. М., 2000. С. 166.

⁶ Бурмагин С. Возвращение уголовных дел прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ // Российская юстиция. 2005. №1–2. С. 61–67.

Правильным представляется вывод А.Б. Соловьева, М.Е. Токаревой, Н.В. Булановой, что правильность уголовно-правовой квалификации содеянного и наличие оснований для ее изменения также подлежат обязательной проверке со стороны прокурора¹.

При изучении дела, поступившего с обвинительным заключением, прокурору также следует проверить: имеются ли основания отмены избранной меры пресечения. При этом он, руководствуясь ст. 10, ч. 2 ст. 221 УПК РФ, вправе отменить меру пресечения, если установит, что следователь нарушил требования ч. 5 ст. 109 УПК РФ, а предельный срок содержания обвиняемого под стражей истек или отпал основания для его сохранения. При этом следует отметить, что данное положение является императивным.

Федеральным законом от 05.06.2012г. №53-ФЗ была введена ч. 2.1 ст. 220 УПК РФ. Согласно данной статье: «Установив, что к моменту направления уголовного дела в суд срок домашнего ареста или срок содержания под стражей оказывается недостаточным для выполнения судом требований, предусмотренных частью третьей статьи 227 настоящего Кодекса, прокурор при наличии оснований возбуждает перед судом ходатайство о продлении срока домашнего ареста или срока содержания под стражей».

Таким образом, из данной статьи вытекает еще одна обязанность прокурора на этапе рассмотрения им дела, поступившего с обвинительным заключением, а именно проверка: не истекает ли срок содержания обвиняемого под стражей.

Ответ на этот вопрос дает нам Постановление Конституционного Суда РФ от 22.03.2005г. №4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан»²: «Прокурор должен следить за соблюдением установленных сроков содержания под стражей, обеспечивая своевременное направление в суд ходатайства о продлении срока содержания под стражей в случаях, если сохраняются основания для применения этой меры пресечения, или освобождая обвиняемого из-под стражи — при их отпадении».

По смыслу закона, возбуждение ходатайства об избрании в качестве меры пресечения заключения под стражу или о продлении срока содержания под стражей, если к тому имеются установленные законом основания, является обязанностью прокурора на любых стадиях уголовного судопроизводства, что не исключает право суда в случае, если такой вопрос возникает на судебных стадиях, рассмотреть его по собственной инициативе (ч. 10 ст. 108, ч. 1 ст. 255 УПК РФ).

Однако существует особое мнение судьи конституционного суда Российской Федерации А.Л. Кононова, высказанное сразу после вынесения вышеназванного Постановления Конституционного Суда РФ от 22.03.2005 г. №4-П: «Обязанностью прокурора является надзор за соблюдением установленных сроков содержания под стражей на всех стадиях уголовного судопроизводства и своевременное направление ходатайства о продлении этих сроков, если основания для этого продолжают сохраняться.

Конституционный Суд Российской Федерации констатирует принципиальный момент — если по истечении санкционированного судом срока содержания под стражей новое решение о продлении срока не принято, то обвиняемый (подсудимый) должен быть немедленно освобожден, однако делает парадоксальный вывод, что это не исключает право суда рассмотреть вопрос о продлении срока по собственной инициативе. Как не исключает? По нормальной логике, именно исключает»³.

На наш взгляд, нет однозначного вывода, как следует поступать прокурору в данной ситуации. На наш взгляд, необходимо четко следовать предписаниям закона, а закон признан соответствующим Конституции РФ и не нарушающим прав обвиняемого.

Еще одной обязанностью прокурора является проверка соблюдения положений УПК РФ, регламентирующих реализацию прав обвиняемого: права пользоваться помощью защитника, в том числе в случаях, предусмотренных законом, бесплатно, права пользоваться переводчиком бесплатно, а также проверка соблюдения требований УПК РФ, предусматривающих ознакомление обвиняемого и его защитника с материалами дела, в том числе с вещественными доказательствами.

Прокурору следует удостовериться в выполнении следователем возложенной на него ч. 5 ст. 217 УК РФ обязанности, по разъяснению обвиняемому при наличии к тому основания права последнего

¹ Соловьев А. Б., Токарева М. Е., Буланова Н. В. Прокурор в досудебных стадиях уголовного процесса России. М., 2006. С. 153.

² Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. №3.

³ Там же.

ходатайствовать о рассмотрении его дела судом присяжных, судебной коллегией из трех судей федерального суда, о применении особого порядка судебного разбирательства и о проведении предварительного слушания. Это имеет важное значение, поскольку нарушения данного предписания закона препятствуют рассмотрению уголовного дела судом и влекут его возвращение прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ.

В заключении прокурору следует проверить, соблюдены ли права других участников судопроизводства, в частности потерпевшего и его представителя. Речь идет о праве на ознакомление с материалами уголовного дела, праве предъявить гражданский иск для компенсации причиненного преступлением имущественного ущерба и морального вреда и др.

В ходе рассмотрения прокурором дела, поступившего с обвинительным заключением, на него возлагается множество функций, которые не прописаны в законе или подзаконных актах, однако являются обязательными для их выполнения, тем не менее, прокурор практически лишен функции надзора за следователем в ходе производства следствия, однако на заключительном этапе, несмотря на лишение прокурора функции прекращения дела, роль его возрастает.

ПРИВЛЕЧЕНИЕ СПЕЦИАЛИСТА ЗАЩИТНИКОМ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

ВОДЯНИК Екатерина Александровна,

аспирантка кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Действующее уголовно-процессуальное законодательство предоставило защитнику право привлекать специалиста к участию в деле (п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ). В соответствии со ст. 58 УПК РФ специалист — лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных действиях в порядке, установленном настоящим Кодексом, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Наделяя защитника правом привлекать специалиста к участию в деле, законодатель непосредственно отсылает к ст. 58 УПК РФ. В связи с чем представляется, что защитник может воспользоваться помощью специалиста в любом из случаев, указанных в ст. 58 УПК РФ.

Однако при этом уголовно-процессуальное законодательство не определяет порядок реализации защитником права на привлечение специалиста. Представляется, что оно может быть реализовано двумя способами: путем самостоятельного обращения защитника к специалисту и получения от него устной или письменной консультации, либо путем обращения к лицу, ведущему производство по уголовному делу, с ходатайством и привлечении специалиста.

Думается, что первый способ является для стороны защиты наиболее приемлемым, так как предоставляет стороне защиты возможность самостоятельно получить те или иные сведения, и уже в последующем проанализировать необходимость приобщения их к материалам уголовного дела. Более того, индивидуальное общение защитника со специалистом без участия следователя исключит возможность оказания какого-либо влияния на него последнего.

Привлечение специалиста защитником целесообразно для оказания помощи в постановке и формулировке грамотных, квалифицированных вопросов эксперту. Речь идет о случаях, когда имеющихся у защитника знаний и опыта не хватает для того, чтобы правильно оценить полноту предлагаемых следователем вопросов эксперту. Подобная консультация специалиста может быть использована при обосновании, например, ходатайства о постановке перед экспертом дополнительных вопросов. При ознакомлении защитника с постановлением о назначении экспертизы специалист может помочь защитнику выявить факт неверного определения вида или рода экспертизы. Кроме того, специалист может также разъяснить защитнику какие конкретно материалы должны быть предоставлены следователем в распоряжение эксперта для производства той или иной экспертизы, например, протокол осмотра места происшествия, вещественные доказательства, планы, схемы, документы¹.

¹ Сиразутдинова А. А. Аспекты применения защитником специальными знаний на предварительном следствии // Закон и право. 2007. №2. С. 67.

Помощь специалиста может понадобиться защитнику при изучении заключения судебного эксперта. Представляется, что правовая оценка заключения эксперта может быть проведена защитником самостоятельно, так как он является профессиональным юристом и знает закон. Однако оценка исследовательской деятельности эксперта может вызвать у защитника определенные сложности, хотя подобная оценка необходима для анализа правильности выводов, сделанных экспертом. В данном случае специалист может разъяснить, какая методика была использована экспертом, обоснованность ее применения в конкретном случае, пригодность материалов, на основе которых эксперт проводил свое исследование, дать свою оценку полученным экспертом выводам. Специалист оценивает заключение эксперта с точки зрения проведенного научного исследования. Уголовно-процессуальную оценку заключению эксперта и заключению специалиста даст лицо, в производстве которого находится уголовное дело, и примет соответствующее процессуальное решение (о назначении дополнительной или повторной экспертизы, о допросе эксперта и (или) специалиста или иное). Однако необходимо отметить, что заключение специалиста, как и эксперта, относится к специальным знаниям, носит научно обоснованный характер и опровергнуто может быть в том же порядке.

Консультация специалиста может быть дана как в устной, так и в письменной форме. Специалист привлекается адвокатом на договорной основе на основании п. 4 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ». Защитником может быть направлен специалисту адвокатский запрос, в котором разъясняется право защитника привлекать специалиста для участия в уголовном процессе и в резолютивной части приводится перечень вопросов, на которые защитник хочет получить ответы. К подобному запросу могут прилагаться материалы, передаваемые специалисту, либо указываться, что в случае согласия специалиста на дачу соответствующего заключения материалы будут незамедлительно предоставлены¹.

Адвокатом может быть заключен со специалистом договор об оказании услуг либо иной вид договора, если того требуют конкретные обстоятельства. Предмет договора, а также права и обязанности сторон в данном случае могут быть как общими, так и уникальными для каждого конкретного случая. Содержание договора может ставиться в зависимость от целей, которые намеревается достичь адвокат.

По результатам привлечения специалиста последним может составляться заключение, которое, как правило, называется консультативным заключением. Его структура включает в себя вводную, описательную и резолютивную части. Вводная часть включает в себя информацию о самом специалисте, его образовании, квалификации, учреждении в котором он работает, также основания проведения им исследования, материалы, на основании которых им сделаны выводы. В описательной части излагается суть проводимого исследования, использованные методы. В резолютивной части — ответы на поставленные вопросы, выводы и их обоснование.

Результаты привлечения специалиста могут быть облечены и в форму справки. Это наиболее простой и наименее уязвимый с правовой точки зрения документ, который сторона защиты может представить как письменное доказательство. Получение и предоставление подобного документа не требует каких-либо дополнительных процедур и условий. Безусловно, справка может оказаться недостаточно для предоставления полноценного противовеса экспертному заключению. Однако справка вполне может быть уместна при составлении ходатайства об определении перечня вопросов эксперту, а также как мотивированное основание выбора конкретного экспертного учреждения, где будут проводиться исследования. Такая справка может послужить и мотивированной основой для ходатайства о назначении экспертизы².

В соответствии с п. 3 ч. 2 ст. 74 УПК РФ заключение специалиста является доказательством по уголовному делу. Законодатель не устанавливает какие-либо специальные правила в отношении заключения, полученного защитником. Речь идет о равном доказательственном значении заключений специалистов, полученных обеими сторонами. Однако, очевидно, что заключение специалиста, полученное защитником, становится доказательством только после приобщения его к материалам уголовного дела, в связи с чем адвокату ничего не остается, кроме как обратиться к следователю с ходатайством о приобщении его к материалам дела.

Как и любое доказательство, заключение специалиста подлежит оценке с точки зрения его относимости, допустимости и достоверности. Следователь в случае не соответствия заключения какому-либо из указанных свойств может отказать в приобщении его к материалам уголовного дела. При этом в соответствии с ч. 2 ст. 159 УПК РФ следователь не вправе принять решение об отказе в случае если обстоятельства, установленные заключением специалиста, имеют значение для уголовного дела.

¹ Кронов Е. В. Заключение специалиста в деятельности защитника // Адвокат. 2009. №11.

² Баранов А. А. Организационные вопросы привлечения специалиста стороной защиты. С. 19.

Однако в том случае, если следователь в ходе расследования уголовного дела придет к выводу о несоответствии заключения специалиста требованию относимости, он вправе исключить его из числа доказательств. Полагаю, что подобная ситуация нарушает права стороны защиты, так как очевидно, что, по мнению последней, представленное заключение имеет отношение к устанавливаемым в ходе расследования дела обстоятельствам. Соответствующим принципу равноправия сторон будет решение следователя не ссылаться на данное заключение в качестве доказательства сторон обвинения, оставив стороне защиты возможность ссылаться на него как на доказательство стороны защиты.

Оценка заключения специалиста с точки зрения его допустимости является достаточно сложной, так как действующее законодательство не устанавливает уголовно-процессуальную форму получения защитником заключения специалиста. В то же время по данному основанию следователями также принимается решение об отказе в приобщении его к материалам уголовного дела. В данном случае оценке подлежит наличие юридического основания для дачи специалистом заключения (адвокатский запрос, договор между адвокатом и специалистом и пр.), а также форма самого заключения (указание данных специалиста, его подпись и пр.).

Однако считаю, что заключение специалиста, полученное защитником, в любом случае должно быть приобщено к материалам уголовного дела, так как в противном случае нарушается равноправие сторон обвинения и защиты. В связи с чем необходимо закрепление в ст. 58 УПК РФ обязанности следователя приобщить подобное заключение специалиста к материалам уголовного дела в качестве доказательства. Представляется, что данная норма будет соотноситься с обязанностью суда допросить специалиста, явившегося в судебное заседание по инициативе стороны (ч. 4 ст. 271 УПК РФ).

Следует отметить, что действующее уголовное законодательство, закрепляя в ст. 307 УК РФ уголовную ответственность за дачу заведомо ложных показаний специалиста, не устанавливает ответственность за дачу заведомо ложного заключения специалиста. Данный факт является камнем преткновения в оценке заключения специалиста с точки зрения его достоверности, в то время как введение подобной ответственности послужит гарантией достоверности полученного защитником заключения специалиста. Однако в любом случае, даже при внесении изменений в ст. 307 УК РФ и закрепления уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, защитник, не будучи представителем государственно-властного органа, не был бы вправе предупреждать специалиста о таковой.

При существующей редакции уголовного законодательства, в целях проверки заключения специалиста с точки зрения его достоверности, представляется целесообразным закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве порядок действия следователя после приобщения заключения специалиста к материалам уголовного дела. В частности, таким действиями могут быть: допрос специалиста по поставленным защитником перед ним вопросам с предупреждением его об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложных показаний. В данном случае специалист одновременно подтверждает свою позицию, изложенную им в заключении, в рамках своих показаний. Представляется возможным предоставление и стороне защиты права участвовать в подобном допросе специалиста с целью уточнения информации, указанной специалистом в своем заключении. Другим действием следователя после приобщения заключения специалиста к материалам уголовного дела может быть назначение по данному уголовному делу в случае необходимости судебной экспертизы с предупреждением эксперта об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения.

Изученная практика получения заключений специалистов адвокатами г.Ростова-на-Дону показывает, что 77,7% заявленных защитником ходатайств о приобщении к материалам уголовного дела заключения специалиста были удовлетворены. Из приобщенных к материалам уголовного дела заключений специалиста 57% были полностью проигнорированы следователем либо им без какой-либо проверки был сделан вывод о противоречии данного заключения иным материалам уголовного дела. В остальных 43% заключение специалиста послужило поводом для назначения по делу судебной экспертизы.

В ряде случаев привлечение адвокатом специалиста для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи доверителю является необходимым, а зачастую ключевым адвокатским действием. Отсутствие четкого законодательного регулирования в вопросе о процедуре получения защитником заключения специалиста породило принятие на практике указанных выше противоположных решений (о приобщении к материалам уголовного дела, об отказе в приобщении, о назначении по поставленному на разрешение специалиста вопросу экспертизы, о допросе специалиста). Представляется необходимым внесение ряда изменений в действующее законодательство применительно к институту привлечения защитником специалиста к участию в деле, внесение изменений как в уголовно-процессуальное, так и в уголовное законодательство.

Полагаю необходимым дополнить УПК РФ ст. 53.1, которую изложить в следующей редакции:

«1. Защитник вправе обратиться к специалисту для получения от него устной или письменной консультации по вопросам, входящим в его профессиональную компетенцию, для оказания содействия в получении предметов, документов или иных сведений, в применении технических средств, а также при реализации защитником иных полномочий, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

2. Защитник вправе обратиться к специалисту путем направления адвокатского запроса, а также путем заключения со специалистом гражданско-правового договора.

3. Заключение специалиста, составленное по результатам обращения защитника, подлежит общению к материалам уголовного дела следователем, дознавателем, судом на основании соответствующего ходатайства защитника. После приобщения заключения специалиста, полученного защитником, специалист подлежит допросу по обстоятельствам, изложенным в его заключении».

Статью 307 УК РФ изложить в следующей редакции:

«Заведомо ложные показания свидетеля, потерпевшего либо заключение или показание эксперта, заключение или показание специалиста, а равно заведомо неправильный перевод в суде либо при производстве предварительного расследования наказываются...».

Введение подобных законодательных норм будет способствовать усилению принципа состязательности сторон в уголовном процессе, приданию доказательству, полученному стороной защиты, юридической силы.

О НЕОБХОДИМОСТИ МОДЕРНИЗАЦИИ СИСТЕМЫ ПОДГОТОВКИ СТУДЕНТОВ ЮРИДИЧЕСКИХ ФАКУЛЬТЕТОВ ВУЗОВ

БОРОНЦОВ Сергей Алексеевич,

д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОВ УПО «Южный федеральный университет»

В последние два десятилетия в России отмечается повышенный интерес молодежи к получению юридического образования. Подобный феномен обусловлен разными причинами: появлением частной собственности, требующей соответствующего оформления и защиты; переходом экономики страны на рыночный путь развития и соответствующим ростом интереса со стороны предпринимателей к правовому обеспечению своей деятельности; повышением требований к наличию правовых знаний у государственных и муниципальных служащих; возрастанием интереса к правоохранительной службе в силу пусть небольшого, но стабильного дохода; и, наконец, просто модой на юридическое образование.

Конечно же, проблема повышения качества подготовки юридических кадров и роста их рядов существовала и существует в нашем Отечестве объективно. Однако возникает резонный вопрос: привел ли резкий рост числа россиян, получивших дипломы юристов в соответствии с законом Гегеля о переходе количества в качество, к позитивным изменениям в нашем обществе? В поисках ответа на этот вопрос, пожалуй, следует согласиться с мнением Председателя Правительства РФ Д.А. Медведева, который констатировал «закритично высокое» количество юристов в стране, которые, будучи «не до конца грамотными», создают «очень серьезный негативный эффект для всей нашей страны»¹.

Период бурного роста числа людей с дипломами юристов совпал с ростом преступности в ее особо опасных формах, прежде всего с ростом коррупции, происходящим на фоне судебной реформы и хаотичного процесса реформирования спецслужб.

Для адекватного ответа вызовам криминальной ситуации потребовались компетентные, порядочные, преданные долгу сотрудники правоохранительных органов. Но рост числа выпускников юридических вузов происходил на фоне феномена, отмеченного судьей Конституционного суда РФ, доктором юридических наук Н. С. Бондарем, выражающегося в «декриминализации» юридического образования, его переориентации на некую рыночно-цивилистическую, предпринимательскую модель. По меньшей мере, каждый второй студент юридического вуза, желал стать банкиром или в крайнем случае юристом-предпринимателем. При наличии некоторых, бесспорно, позитивных моментов, связанных с преодолением господства правоохранительных ориентиров в профессиональ-

¹ См.: URL: http://www.kremlin.ru/appears/2009/04/16/1446_type_63376_215143.shtml.

ной подготовке юристов, в этом оказались и очевидные издержки. Цивилистическая модель неизбежно базируется в своей основе на приоритете частно-правовых ценностей, что ведет к дисбалансу в квалификационных характеристиках будущего юриста между частными и публичными ценностно-правовыми началами¹.

Таким образом, в настоящее время объективно возрастает необходимость модернизации уголовно-правового направления подготовки юридических кадров. Причем, помимо профессиональной подготовки юристов важнейшей составляющей юридического образования становится воспитание высокой правовой культуры, преданности долгу, неподкупности будущих сотрудников правоохранительных органов. Ибо только при наличии указанных качеств подготовленный юрист может полноценно исполнять свои служебные обязанности по противодействию преступности, защите прав и законных интересов граждан.

Однако последние два десятилетия вопросам развития у будущих юристов уважения к закону, к правам человека и гражданина, устойчивости перед искушением деньгами и иными благами внимание уделялось только на бумаге. В реальной жизни выпускники юридических вузов приходя в правоохранительные органы, на государственную и муниципальную службу видели, как закон попирается на всех уровнях власти. Бессилие закона породило даже у честных офицеров, апатию, затем разочарование и перерождение. И уже не только милиционеры-полицейские, «кошмарящие бизнес», заполнили скамью подсудимых, но и десятки подмосковных прокуроров были уличены в «крышевании» игорного бизнеса и взяточничестве, десятки судей изобличены в коррупции.

Разоблачения в рядах правоохранительных органов показывают, что отдельные выпускники юридических вузов пришли в правоохранительные органы не работать, а «зарабатывать». Эту же цель подспудно имеют в виду и те юристы, кто идет на государственную и муниципальную службу на грошовые оклады, заплатив при этом мзду за «прием на работу».

Периодические реформы правоохранительных органов не спасают положения, потому, что действуют на следствие явления, а не на его причину. Более того, реформы того же МВД, как бы это не отрицали его руководители были напрямую связаны с коррупционно емкой процедурой «согласования и утверждения». На разных уровнях отдельные персонажи (между прочим, с дипломами юридических вузов), от которых зависела процедура согласования, становились в ходе реформы, мягко говоря, очень богатыми людьми. «Крышевание», социальная диффузия преступного мира и правоохранителей стала нормой.

Следует согласиться с замечанием Николая Ковалева, депутата Государственной Думы РФ, генерала армии о том, что российская коррупция особая, т.к. она в значительной мере поразила те органы, которые должны вести борьбу с коррупцией: прокуратуру, суды, полицию, спецслужбы. Причина отнюдь не в изначальной непорядочности людей, которые носят погоны, выполняют иные государственные функции. А в том, что для разрушения основ права надо подправить известную формулу Гегеля «мораль-закон-нравственность». Чуть-чуть поправить мораль и она детонирует по всей цепочке, превращая порок в благодетель².

Разумеется, перерождение сотрудников правоохранительных органов произошло не на службе, а гораздо раньше. Очень часто это происходит на этапе обучения будущего юриста в высшем учебном заведении.

Сфера образования, несомненно, относится к числу сфер наиболее подверженных коррупции. Этому есть целый ряд подтверждений и на Донской земле. Не обошли рассматриваемые проблемы стороной и Южный федеральный университет. Нет смысла перечислять вскрытые факты коррупции в вузах области. У людей сведущих они на слуху. Но задержание с полицим ряда руководителей и преподавателей кафедр уголовного права, уголовного процесса, оперативно-розыскной деятельности и специальной техники и криминалистики РЮИ МВД России — случай особый³. Это задержание развеяло ряд мифов, популярных сегодня в сфере идеологов противодействия коррупции, в частности, таких, как миф о том, что с коррупцией в рядах МВД после переаттестации личного состава покончено, или, что с повышением заработной платы чиновники автоматически станут честными.

¹ Бондарь Н. С. Правовая грамота // Российская газета. 17.12.2009. №5067(243).

² Н. Ковалев. От «копейки» до «мерседеса». Российская газета. 27 июля 2012 г. №171.

³ См.: URL: <http://rostov.dkvartal.ru/news/prepodavatelej-ryui-podozrevayut-v-poluchenii-vzyatok-236548734..>

Сложившаяся в высших учебных заведениях, готовящих будущих сотрудников правоохранительных и судебных органов, система вымогательства денег, которая начинается с момента, когда молодой человек переступает порог учебного заведения, становясь абитуриентом, и не прекращается до получения им диплома, оказывает существенное влияние на формирование в последующем системной коррупции в правоохранительных органах. Иными словами уже на этапе обучения, в сознании будущих сотрудников органов правопорядка, закрепляются элементы коррупционного мышления и поведения.

Выпускник юридического факультета, сдававший в период обучения экзамены за деньги или по звонку высокопоставленных родственников, в сознании которого закрепились элементы коррупционного мышления, в последующем неминуемо будет использовать служебные возможности для компенсации понесенных затрат. Подобный выпускник по определению не сможет противостоять коррупционному давлению криминальной и социально-аномальной среды, не сможет работать с агентурой, тонко чувствующей продажную натуру, более того, подобный «правоохранитель» предаст интересы службы и своих коллег при первой возможности.

Что необходимо сделать для исправления сложившегося положения?

Представляется, необходимо сосредоточить усилия высшей школы на реализации требований Национального плана противодействия коррупции и Федерального закона от 25 декабря 2008 года №273-ФЗ «О противодействии коррупции», в которых содержатся положения о реализации непрерывного антикоррупционного образования и антикоррупционного воспитания. Антикоррупционное воспитание будущих юристов в рамках высших образовательных учреждений приобретает особое значение, так как оно воздействует на ориентационный уровень политической системы, то есть на самое главное — подсознательные, рациональные и ценностные компоненты массового сознания. Антикоррупционное воспитание является важным условием противодействия формированию коррупционных моделей поведения в молодежной среде, ибо коррупцию нельзя минимизировать исключительно силовыми или законодательными методами.

К направлениям модернизации системы подготовки студентов юридических факультетов вузов, направленных на воспитание нетерпимости к коррупции и повышение правовой культуры будущих юристов следует отнести:

Во-первых, ознакомление студентов с феноменом коррупции (сущностью, характеристиками, признаками, типами, классификациями, причинами, последствиями, механизмами распространения и т.д.). В этой необходимо позитивно оценить фильм «Коррупция-нет», подготовленный по заказу Администрации Ростовской области, участие в котором в качестве экспертов и участников приняли преподаватели и студенты юридического факультета Южного федерального университета.

Во-вторых, формирование нетерпимости к проявлениям коррупции. Учитывая значимость проблемы необходимо инициировать введение в число спецкурсов, изучаемых в высших учебных заведениях, программы «Правовые и морально-этические основы противодействия коррупции», привлекая к ее реализации помимо профессиональных педагогов — прокуроров, следователей, оперативных работников и адвокатов, имеющих высокий авторитет и общественное признание.

В-третьих, ознакомление выпускников юридических факультетов с возможностями и механизмами борьбы с коррупцией. Соответствующий спецкурс — «Расследование коррупционных преступлений» разработан и преподается на юридическом факультете Южного федерального университета. К участию в проблемных семинарах привлекаются практические работники прокуратуры, ФСБ, антикоррупционной комиссии.

В-четвертых, в целях активного вовлечения студенчества в противодействие коррупции следует рассмотреть целесообразность введения в вузах общественного института омбудсменов — уполномоченных по правам студентов, задачей которых стала бы реализация гражданских антикоррупционных практик, широко используемых за рубежом.

В-пятых, необходимо, опираясь на антикоррупционное законодательство, силами студентов юридического факультета, с привлечением студентов других факультетов Южного федерального университета (психологов, социологов, политологов, журналистов) выработать систему мер, направленных на разрушение утвердившейся в информационном пространстве идеологии, располагающей к коррупции, аморальности и культуре обогатления, в целях воздействия на нравственную ситуацию, питающую идеологию коррупции, а также в целях создания в высших учебных заведениях соответствующей корпоративной среды, где коррупция должна восприниматься как недопустимое явление.

ЗАКОННЫЕ ИНТЕРЕСЫ ПОТЕРПЕВШЕГО И ИХ ОБЕСПЕЧЕНИЕ В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ

ГЛАДЫШЕВА Ольга Владимировна,
к.ю.н., доцент, заведующая кафедрой уголовного процесса
Кубанского государственного университета

В действующем уголовно-процессуальном законе предусмотрена функция обеспечения (защита, охрана и восстановление) прав участников, выполняемая широким кругом лиц, занимающих различное процессуальное положение. К ним относятся властные участники досудебного производства: следователь, дознаватель, прокурор, руководитель следственного органа, начальник подразделения дознания и начальник органа дознания. Отдельную группу образуют лица, не имеющие властных полномочий и осуществляющих указанную функцию в специфических условиях, куда входят адвокаты и иные лица, приглашенные участниками уголовного судопроизводства.

В соответствии с ч. 1 ст. 45 УПК РФ адвокат привлекается для представления интересов потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя. Как предусмотрено ч. 1 ст. 49 УПК РФ, адвокат-защитник осуществляет защиту прав и интересов подозреваемых, обвиняемых и оказывает им юридическую помощь при производстве по уголовному делу. В ч. 11 ст. 182 УПК РФ закреплено участие в обыске адвоката того лица, в помещении которого производится это следственное действие. В соответствии с ч. 5 ст. 189 УПК РФ адвокат, приглашенный свидетелем, оказывает ему юридическую помощь.

Учитывая, что в каждом конкретном случае адвокат, участвуя в производстве по уголовному делу, выполняет различную роль и соответственно этому наделяется некоторой совокупностью процессуальных полномочий, можно предположить, что такое различие имеет или, по крайней мере, должно иметь, объективную основу. В качестве таковой, думается, выступает *форма реализации процессуального статуса адвоката*, который защищает либо представляет законные интересы их носителя.

Реализация процессуального статуса адвоката различается по такому существенному признаку, как степень самостоятельности выполнения процессуальных полномочий: в одних случаях адвокат наделяется процессуальной самостоятельностью, в других — он связан позицией защищаемого (представляемого) лица, в третьих — осуществляет полномочия с разрешения доверителя.

Также следует иметь в виду, что осуществление адвокатом в той или иной форме своего процессуального статуса связано с указанием в ст. 45, 55 УПК РФ на равнозначный характер процессуального статуса представителя и представляемого им лица, в том числе потерпевшего. Дело в том, что в соответствии с п. 13 ч. 2 ст. 42 УПК РФ потерпевший вправе получить копии постановлений о возбуждении уголовного дела, признании его потерпевшим или об отказе в этом, а ч. 4 ст. 146 УПК РФ предписывает следователю уведомлять о возбуждении уголовного дела заявителя, а также лицо, в отношении которого принято это решение.

Сотнесение приведенных нормативных положений оставляет без ответа вопрос о том, каким образом адвокат-представитель потерпевшего может получить копию постановления о возбуждении уголовного дела, если на первоначальном этапе производства по делу отсутствует процессуальная фигура самого потерпевшего, а значит, и его представителя. Получается, что указанное право может быть реализовано лишь на последующем этапе предварительного расследования, после принятия решения о допуске в уголовное дело представителя. Если же лицу отказано в признании потерпевшим, то очевидно, что оно не может воспользоваться его процессуальными правами, в том числе и правом иметь представителя.

Вызывает вопросы реализация представителем потерпевшего права обжаловать действия (бездействие) и решения дознавателя, следователя, прокурора и суда в ходе досудебного производства (п. 18 ч. 2 ст. 42 УПК РФ), поскольку это может повлечь существенные последствия для защиты законных интересов потерпевшего. Здесь нет оснований для утверждения, что такие права представитель может осуществлять самостоятельно, исходя исключительно из собственного понимания направлений, форм и способов защиты законных интересов представляемого им лица. Если исходить из того, что законные интересы должны быть обеспечены надлежащим образом, то это следует понимать как установление необходимых правил в отношениях не только с властными субъектами уголовного судопроизводства, но и с лицами, представляющими и защищающими эти интересы по назначению, либо приглашению носителей этих интересов и иных лиц.

На сегодня данные правила прописаны в законе весьма фрагментарно. Например, в соответствии с ч. 7 ст. 49 УПК РФ адвокат, выполняющий функцию защиты, не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого. При этом остается без нормативного регулирования вопрос о возможности адвоката отказаться от принятой на себя функции представителя потерпевшего. Не распространяется приведенное предписание закона и на ту категорию защитников, которые не являются адвокатами (один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого в качестве защитника ходатайствует обвиняемый).

Не имеет четкого уголовно-процессуального регулирования и обязанность сохранения в тайне сведений личного характера применительно к адвокату-защитнику и лицу, не являющемуся адвокатом, но приглашенному для выполнения роли защитника или представителя. Эти обстоятельства имеют существенное значение для обеспечения законных интересов личности и требуют того, чтобы закон определял четкие правила организации указанных отношений.

Защитники и представители не всегда являются специалистами в уголовном судопроизводстве, что становится причиной существенных ошибок, наносящих урон законным интересам защищаемых или представляемых лиц. В качестве примера можно привести следующее уголовное дело. Потерпевший — индивидуальный предприниматель пригласил адвоката для участия в уголовном деле в качестве представителя. Адвокат, действуя самостоятельно и без уведомления об этом потерпевшего, заявил следователю ходатайство об истребовании из налоговых органов декларации о доходах. После удовлетворения данного ходатайства и изучения документации в отношении потерпевшего было возбуждено уголовное дело об уклонении от уплаты налогов¹.

Для обеспечения законных интересов личности в досудебном производстве необходимо предусмотреть и законодательно закрепить правило, согласно которому следователь, дознаватель при признании лица подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, должны разъяснять им не только их право пригласить защитника или представителя, но и право лично отстаивать свои интересы, согласовывая свою позицию с защитником или представителем.

Защитник и представитель не несут перед доверителем ответственности за качество процессуальной деятельности по защите его законных интересов. По мнению Ю.П. Гармаева, во всех случаях, когда адвокат не исполнил либо ненадлежащим образом исполнил свои профессиональные обязанности в силу небрежности, легкомыслия, низкой профессиональной квалификации и т. п., должен рассматриваться вопрос о лишении его данного статуса².

В то же время, являясь независимым профессиональным советником по правовым вопросам, «адвокат не может быть привлечен к какой-либо ответственности... за выраженное им при осуществлении адвокатской деятельности мнение, если только вступившим в законную силу приговором суда не будет установлена виновность адвоката в преступном действии (бездействии)» (п. 1 ст. 2, п. 2 ст. 18 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации») ³.

Думается, что для ситуации, когда адвокат принимает на себя обязательство защищать, представлять интересы участника уголовного судопроизводства, в законе должна быть предусмотрена его ответственность за невыполнение принятых на себя обязательств. Частично этот пробел восполнен в пп. 1, 2 ч. 1 ст. 7 Федерального закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», где установлена обязанность адвоката честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами и исполнять требования закона об обязательном участии адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органа дознания, органов предварительного следствия, прокурора или суда, а также оказывать юридическую помощь гражданам бесплатно в иных случаях, предусмотренных законодательством. В ст. 17 Закона предусматривается возможность прекращения статуса адвоката за неисполнение либо ненадлежащее исполнение адвокатом своих обязанностей перед доверителем.

В литературе неоднократно отмечалось отсутствие в УПК РФ аналога ч. 1 ст. 51 УПК РСФСР⁴, где было предусмотрено такое правило: «Защитник обязан использовать все указанные средства и спо-

¹ Архив суда Прикубанского района г. Краснодара. 2011. Уголовное дело №1–119.

² Гармаев Ю. П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: Учебник. М.: Экзамен, 2005. С. 363.

³ Обзор дисциплинарной практики Совета Адвокатской палаты г. Москвы // Адвокат. 2006. №8. С. 10.

⁴ См., например: Семенцов В. А., Скребец Г. Г. Участие адвоката-защитника в формировании доказательств на стадии предварительного расследования. М.: Юрлитинформ, 2009. С. 131–132.

собы защиты в целях выявления обстоятельств, оправдывающих подозреваемого или обвиняемого, смягчающих его ответственность, оказывать ему необходимую юридическую помощь». В п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ говорится: «С момента допуска защитника к участию в уголовном деле защитник вправе использовать иные, не запрещенные законом средства и способы защиты». Подчеркнем, что УПК Республики Беларусь и УПК Республики Казахстан содержат норму, полностью воспроизводящую текст ч. 1 ст. 51 УПК РСФСР.

На объективность оценки эффективности деятельности представителя оказывает влияние изменчивый и динамичный характер защищаемых (представляемых) интересов. Полагаем, что применительно к законным интересам личности, понимаемым как социальные блага, закрепленные в Конституции РФ, вполне возможно определение объективного критерия оценки эффективности деятельности адвоката. Если, например, ущемляются законные интересы потерпевшего, касающиеся права собственности, то действия адвоката-представителя должны быть направлены на защиту этого права путем подачи жалоб, заявления ходатайств и др.

Особого внимания заслуживает вопрос о согласованности позиции адвоката с позицией его доверителя, когда возможные результаты адвокатской деятельности могут расходиться с законными интересами последнего, неизвестными или неправильно оцениваемыми представителем. Данное обстоятельство имеет важное значение и должно быть нормативно закреплено.

Анализируя содержание процессуальных статусов защитника подозреваемого, обвиняемого и представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, ученые приходят к заключению о том, что существует диспропорция в наделении этих участников процессуальными правами. Так, в частности, отмечается, что «права представителя потерпевшего или гражданского истца в сфере собирания доказательственной информации являются более усеченными» (чем права защитника. — *О. Г.*)¹. Продолжая эту тему, С.И. Коновалов и А.М. Баев отмечают, что в отличие от защитника, наделенного правом хотя бы гипотетически собирать доказательства установленными законом способами, представитель потерпевшего или гражданского истца, осуществляя свои полномочия солидарно с представляемым лицом, вправе лишь представлять доказательства².

Указанное обстоятельство подтверждает отсутствие системного подхода законодателя к регулированию вопроса о процессуальных средствах обеспечения законных интересов личности при уголовно-процессуальном доказывании. Как известно, собирание доказательств предполагает проведение следственных и иных процессуальных действий с целью получения доказательств. Для защитника в п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ предусмотрено право собирать и представлять доказательства в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 УПК РФ. Это может быть получение предметов, документов, иных сведений; опрос лиц с их согласия; истребование справок, характеристик, иных документов. Представитель гражданского ответчика в соответствии с п. 7 ч. 2 ст. 54 УПК РФ (с учетом положений ч. 2 ст. 55 УПК РФ) вправе не только собирать, но и представлять доказательства, причем закон не ограничивает его каким-либо порядком получения соответствующих сведений.

В соответствии со ст. 45 УПК РФ представитель потерпевшего приобретает такой же объем прав, что предусмотрен для доверителя. Однако их реальные процессуальные статусы (статус как совокупность процессуальных прав и обязанностей субъекта уголовно-процессуальных отношений, подкрепленных средствами их реализации) существенно отличаются. В частности, представитель не вправе:

— полностью замещать потерпевшего в процессуальных действиях;

— принимать решения без согласия представляемого лица, когда закон требует личное волеизъявление доверителя.

В ч. 1 ст. 45 УПК РФ законодатель использует следующую формулировку: «Представителями потерпевшего, гражданского истца и частного обвинителя могут быть адвокаты, а представителями гражданского истца, являющегося юридическим лицом, также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации представлять его интересы». Аналогичная формулировка содержится в ч. 1 ст. 55 УПК РФ. В то же время в ч. 2 ст. 45 УПК РФ указывается, что законный представитель или представитель привлекаются для защиты прав и законных интересов потерпевших, являющихся несовершеннолетними или по своему физическому или психическому состоянию лишенных возможности самостоятельно защищать свои права и законные интересы.

¹ Баев О. Я., Баев М. О. УПК РФ 2001 г.: достижения, лакуны, коллизии: возможные пути заполнения и разрешения последних // СПС «Консультант Плюс».

² Коновалов С. И., Баев А. М. Защитник и представитель как субъекты уголовно-процессуальной деятельности. Ростов н/Д, 2008. С. 19.

Терминологическая разница между представлением и защитой законных интересов обусловлена объективным критерием, способным принципиально изменить содержание и порядок реализации процессуального статуса представителей в каждом из предусмотренных уголовно-процессуальным законом случаев. Представление законных интересов, на наш взгляд, выражается в делегированной форме реализации процессуального статуса, а защита в непосредственном участии носителя этого интереса, а также лица, оказывающего ему помощь, в этой деятельности.

Особенности имеет форма процессуальной деятельности законного представителя. Его процессуальное положение в целом характеризуется как самостоятельное. Однако нужно учитывать, что представитель — не носитель законного интереса, а лицо, призванное их защищать (ч. 2 ст. 45 УПК РФ). Поэтому в ч. 4 ст. 426 УПК РФ предусмотрено следующее правило: законный представитель может быть отстранен от участия в уголовном деле, если имеются основания полагать, что его действия наносят ущерб интересам несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого. Решение об этом оформляется постановлением следователя, дознавателя. Отстранение законного представителя должно влечь допуск к участию в уголовном деле другого лица в качестве законного представителя.

В деятельности органов досудебного производства встречаются случаи, когда возникает необходимость в реализации предписаний ч. 4 ст. 426 УПК РФ. Так, по одному из дел при производстве предварительного расследования принято решение об отстранении от участия в уголовном деле отчима несовершеннолетнего обвиняемого, который склонял обвиняемого к самооговору¹. В другой ситуации следователь принял иное решение. При расследовании уголовного дела в отношении отчима девочки 6 лет по обвинению его в насильственных действиях сексуального характера мать потерпевшей как ее законный представитель заявила о примирении с обвиняемым. Данное заявление стало основанием для прекращения уголовного дела в связи с примирением сторон².

Очевидно, что во втором примере действия законного представителя выходили за рамки интересов представляемого лица. Однако это не повлияло на принятие итогового решения о прекращении уголовного дела. Анализ процессуального правила об отстранении от участия в уголовном деле законного представителя, предусмотренного ч. 4 ст. 426 УПК РФ, позволяет сделать ряд выводов:

- 1) оценка деятельности законного представителя подозреваемого и обвиняемого осуществляется с позиции ее соответствия законным интересам представляемого лица;
- 2) эту оценку дает следователь, дознаватель, в производстве которого находится уголовное дело;
- 3) указанное правило действует в отношении законного представителя несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого.

Иначе говоря, предписания ч. 4 ст. 426 УПК РФ не распространяются на участие в уголовном деле законных представителей несовершеннолетних потерпевших, свидетелей, гражданских истцов и ответчиков. Не подпадают под них и законные представители совершеннолетних участников уголовного судопроизводства, имеющих физические или психические недостатки, в силу которых они лишены возможности самостоятельно защищать свои законные интересы. Очевидно, что такое ограничение является необоснованным и неоправданно затрудняющим защиту законных интересов большого круга участников уголовного судопроизводства.

Подводя итог, сформулируем основные предложения:

1. Повышение эффективности деятельности представителя потерпевшего мы видим в совершенствовании уголовно-процессуального закона путем внесения в него изменений, которые позволили бы решить эту проблему.

2. Следует дополнить ст. 45 УПК РФ новой частью 4 следующего содержания: «4. Законный представитель может быть отстранен от участия в уголовном деле по постановлению следователя, дознавателя в случае ненадлежащего исполнения своих обязанностей, злоупотребления правами, нанесения вреда законным интересам представляемого лица. В этом случае законный представитель вправе подать жалобу в порядке, установленном гл. 16 настоящего Кодекса», а часть 4 в действующей редакции ст. 45 УПК РФ считать частью 5;

3. Часть 4 ст. 53 УПК РФ предлагаем изложить в следующей редакции:

«4. При принятии решений и совершении процессуальных действий, способных оказать существенное влияние на законные интересы подозреваемого и обвиняемого, защитник обязан согласовывать их с подзащитным».

¹ Архив суда г. Новороссийска. 2009. Уголовное дело №1–239.

² Архив прокуратуры Краснодарского края. 2008. Уголовное дело №219869.

4. Первое предложение ч. 1 ст. 426 УПК РФ следует начать словами: «Законный представитель привлекается для оказания помощи и защиты прав и законных интересов несовершеннолетнего подозреваемого и обвиняемого» ... и далее по тексту.

Кроме того, необходимо предусмотреть в законе, что лица, чьи физические или психические недостатки препятствуют им самостоятельно защищать свои законные интересы при производстве по уголовному делу, обеспечиваются бесплатной помощью адвоката.

КОНТРОЛЬ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

КАПРАНОВ Алексей Владимирович,

к.ю.н., доцент, старший преподаватель кафедры уголовного процесса
ФГКОУ ВПО РЮИ МВД России

Наличие контрольных полномочий в уголовном судопроизводстве, так же как и в иных видах процессуального права, является необходимым условием и гарантией законности принимаемых процессуальных решений.

В различных науках в понятие контроля вкладывается различное содержание. В философии контроль определяется достаточно широко, под ним понимается вся совокупность процессов в социальной системе, связанных с деятельностью человека¹. В теории государства и права, понимание контроля неоправданно сужено, под ним понимается система инструментов демократии, с помощью которых граждане, осуществляя контрольную деятельность, участвуют в управлении делами общества². В конституционном праве «государственный контроль, выступает, с одной стороны, формой реализации народовластия, обеспечивающей поддержание конституционного правопорядка, а, с другой стороны, формой гарантирования прав и свобод граждан от злоупотреблений властью»³.

Более удачным представляется следующее определение: «Контроль общества над государством представляет собой осуществляемую в особом процедурном порядке деятельность специальных субъектов (органов государственной власти, институтов гражданского общества, отдельных граждан) по проверке, оценке качества государственного управления, соблюдения прав и свобод человека на предмет соответствия предъявляемым требованиям»⁴.

При всем разнообразии подходов к содержанию, видам контроля, исследователи сходятся во мнении, что его сущность заключается в проверке соответствия результатов заданным параметрам, его целям, а содержание — в том, что уполномоченные органы и лица, используя организационно-правовые способы, методы и средства, в рамках собственной компетенции, выясняют, соответствует ли деятельность подконтрольных объектов нормативным предписаниям и нормативно-правовым актам и поставленным перед ними задачам, в том числе анализируют результаты воздействия субъектов управления на управляемые объекты, степень отклонения от поставленных целей, запланированных способов и результатов, а также непосредственно принимают меры по их устранению и привлечению к ответственности виновных⁵.

Большое внимание вопросам контрольно-правовых процедур уделялось и в советской науке, тема правового контроля достаточно часто привлекала внимание исследователей в рамках отраслевых юридических наук⁶. В основе контроля в советское время первоначально был классовый контроль

¹ См.: Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 639.

² См.: Туровцев В. И. Народный контроль в социалистическом обществе. М.: Политиздат-1974. С. 17.

³ Джагарян А. А. Конституционно-правовые основы государственного контроля в Российской Федерации. Автореф. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 20–12.

⁴ Коломытцева О. Н. Контроль общества над государством. Автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 10–11.

⁵ См.: Марков К. В. Конституционно-правовые основы развития государственного контроля в Российской Федерации. Дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. С. 13; Боровский А. Б. Указ. соч. С. 10; Коломытцева О. Н. Указ. соч. С. 17.

⁶ См. например: Студеникина М. С. Государственный контроль в сфере управления. М., 1974; Щорина Е. В. Контроль за деятельностью органов государственного управления. М., 1974 и др.

пролетариата, как наиболее доступная и почти единственная на первых революционных порах форма участия населения в управлении производством и политической деятельностью¹.

Изменение общественно-экономической ситуации в России привело к изменению роли, места и значения контроля в социальной системе. Контрольные отношения складываются и разрешаются преимущественно на основе правовых норм, не исключая при этом, норм нравственности, обычаев, деловых обыкновений. При этом деятельность и отношения социального контроля приобретают правовую форму. В настоящее время решение большинства практических проблем в России связывается с контролем как специфической формой деятельности государства и общества. Социально-правовой контроль является важным инструментом общества, регулятором общественных отношений, ориентированным на общечеловеческие ценности. Это показатель состояния процесса реализации права, совершенствования правопорядка, демократии, гарантированности прав человека.

Социальный контроль тесно связан с функционированием всех общественно-политических институтов. Государственный контроль, как средство правовой политики, является разновидностью социального², и опирается на принципы разделения властей, верховенства закона, легитимности власти, взаимной ответственности государства и личности, плюрализма, соблюдение прав человека, принципа человеческого достоинства и др.

Гарантированность прав и свобод личности, связанных с государственным контролем, выражается в наличии «специальных юридико-технических механизмов»³, включающих четко обозначенные и регламентированные обязанности государственных органов, корреспондирующие соответствующим правам граждан.

В контроле, как управленческом процессе, выделяют этапы или стадии. Так, В.М. Горшенев и И.Б. Шахов, находя в контроле, с одной стороны, информационный и коррекционный этапы, с другой стороны, выделили «контрольно-процессуальные стадии»: установление фактических обстоятельств дела, анализ фактических данных, доказательства, выбор и анализ норм, если контроль связан с применением права, решение дела, выраженное в акте применения права⁴.

Представляется, что в контрольно-правоприменительном процессе, можно выделить стадии, присущие правоприменительному процессу в целом, это следующие: 1) организационно-подготовительная (подготовка к проверке); 2) стадия установления фактических обстоятельств дела (проведение проверки); 3) стадия выработки и принятия решения, рекомендации, информации компетентных органов (рассмотрение материалов проверки); 4) проверка исполнения решения, принятого по результатам контроля (принятие необходимых мер).

У контрольных отношений имеются задачи, цели, предмет контроля, пределы и формы его проведения. Задачи контроля задаются общими параметрами контролируемой деятельности, а также Конституцией РФ, российским законодательством, в целом контроль предстает в качестве формы гарантирования правовой свободы прав и свобод граждан в различных сферах человеческой жизнедеятельности и ее охраны от злоупотреблений властью. Цели контроля заключаются не в непосредственной организации процесса жизнедеятельности системы, а в выявлении погрешностей в ней, несоответствия различным нормам, не достижения целей управления, выявление причин, повлекших отклонения от заданных масштабов и норм, а также формулирование соответствующего вывода и специфических мер по устранению, исправлению или нейтрализации выявленных отклонений.

Система контроля в уголовном судопроизводстве включает в себя проверку законности, обоснованности, осуществляемых процессуальных действий и мотивированности принимаемых решений, а также проверку обеспечения прав и законных интересов личности, выступает гарант реализации задач уголовного судопроизводства.

¹ См.: Морозов Л. Ф., Портнов В. П. Социалистический контроль в СССР. Исторический очерк. М.: Политиздат, 1984. С. 29.

² См.: Боровский А. Б. Контроль как средство осуществления российской правовой политики: общетеоретический аспект. Автореф. ... дисс. на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Тамбов, 2007. С. 9–10.

³ См.: Власенко Н. А. Личность и социалистическое правовое государство: принципы взаимоотношений // Советское государство и право. 1990. №12. С. 16–17.

⁴ См.: Горшенев В. М., Шахов И. Б. Контроль как правовая форма деятельности. М.: Юридическая литература. 1987. С. 24–25.

В зависимости от органов, осуществляющих контрольные полномочия, в теории уголовного процесса принято различать: 1) ведомственный контроль, 2) прокурорский надзор, 3) судебный контроль¹.

В настоящее время не менее актуальны вопросы общественного контроля², и связанные с ним задачи по определению его форм, реализующих органов, создание на его основе специально ориентированных информационных технологий, развитие СМИ, создание различных форм общественного мониторинга, механизмов общественной экспертизы.

В законе «О полиции»³ вопросам контроля посвящена глава 10 «Контроль и надзор над деятельностью полиции», в которой предусмотрен не только государственный (ст. 49), судебный (ст. 51), прокурорский (ст. 52), но и общественный контроль (ст. 50).

Таким образом, и руководитель следственного органа, и прокурор, и начальник органа дознания, и суд, а также граждане, общественные объединения, Общественная палата России, общественные советы, выполняют контролируемую деятельность по отношению к органам, осуществляющим предварительное расследование. Контроль и надзор соответствующих уполномоченных органов выступают формами целостной системы контроля.

Контроль за деятельностью органов досудебного производства, то есть за деятельностью специально уполномоченных органов осуществлять предварительное расследование, начинается с момента поступления сообщения о преступлении, возбуждения уголовного дела и до принятия по нему решения по существу — направления уголовного дела с обвинительным заключением к прокурору, вынесения постановления о передаче уголовного дела в суд для рассмотрения вопроса о применении принудительных мер медицинского характера, либо до дня вынесения постановления о прекращении производства по уголовному делу.

Различные формы контроля, осуществляемые за органами дознания, следствия в досудебном производстве, выступают гарантиями законности и обоснованности принимаемых решений на стадии возбуждения уголовного дела, а также всесторонности, полноты и объективности на стадии предварительного расследования, в условиях действия принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве.

ПРОБЛЕМЫ ПРОИЗВОДСТВА НЕОТЛОЖНЫХ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ

КОРНИШИНА Ольга Александровна,

преподаватель кафедры уголовного процесса
ФГБОУ ВПО «Саратовская государственная юридическая академия»

Производство неотложных следственных действий осуществляется по общим правилам проведения следственных действий и входит в главу 21 УПК РФ, регламентирующую общие условия предварительного расследования, однако на практике нередко возникают вопросы и проблемы, требующие законодательного урегулирования.

Уголовно процессуальным законодательством неотложные следственные действия определены как действия, осуществляемые органом дознания после возбуждения уголовного дела, по которому производство предварительного следствия обязательно, в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования (п. 19 ст. 5 УПК РФ)⁴.

¹ См.: Марфицин П. Г. Обеспечение прав и законных интересов личности в стадии возбуждения уголовного дела. Дисс. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. М., 1993. С. 129.

² О роли социального контроля в уголовном судопроизводстве указывал в свое время профессор В. Т. Томин. См.: Томин В. Т. Острые углы уголовного судопроизводства. М., 1991. С. 163.

³ Федеральный закон от 07 февраля 2011 №3-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «О полиции» // Российская газета, №25, 08.02.2011 г.

⁴ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М.: Изд-во Эксмо, 2012. (текст с изм. и доп. на 15 июля 2012 г.).

Неотложные следственные действия проводятся, как правило, для более эффективной реализации результатов ОРД или в силу неотложности начала расследования, чтобы не допустить утраты важных доказательств по уголовному делу, и предпринять все попытки к установлению лиц, совершивших преступление, а также задержанию таких лиц.

В соответствии с ч. 5 ст. 157 УПК РФ при наличии признаков преступления, по которым предварительное расследование обязательно, орган дознания возбуждает уголовное дело и производит неотложные следственные действия.

К участникам уголовного судопроизводства, уполномоченным производить неотложные следственные действия, относятся, прежде всего, органы полиции, в лице оперативных подразделений, им подведомственны практически все уголовные дела, кроме дел, которыми должны заниматься:

- 1) органы по контролю за оборотом наркотических средств (ст. 228, 228.1, и др. УК РФ);
- 2) органы федеральной службы безопасности — дела о преступлениях, подследственных следователям ФСБ;
- 3) таможенные органы — дела о т.н. таможенных преступлениях по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 189, 190, 193, 194, 226.1, 229.1 УК РФ;
- 4) командиры воинских частей и соединений, начальники военных учреждений и гарнизонов — дела о преступлениях, совершенных военнослужащими, гражданами, проходящими военные сборы, а также лицами гражданского персонала Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований и органов в связи с исполнением ими своих служебных обязанностей или в расположении части, соединения, учреждения, гарнизона;
- 5) начальники учреждений и органов Федеральной службы исполнения наказаний — дела о преступлениях против установленного порядка несения службы, совершенных сотрудниками соответствующих учреждений и органов, а равно о преступлениях, совершенных в расположении указанных учреждений и органов другими лицами;
- 5) иные должностные лица, которым предоставлены полномочия органов дознания в соответствии со ст. 40 УПК РФ.

Поскольку производство неотложных следственных действий отнесено к общим условиям предварительного следствия, право совершать неотложные следственные действия предоставлено помимо дознавателя и следователю в случае, если будет установлено, что уголовное дело неподследственно органу, возбуждавшему уголовное дело. В таком случае, дознаватель или следователь, выполнив соответствующие неотложные следственные действия, передает дело прокурору для направления по подследственности.

Законом перечень неотложных следственных действий не определен. Данное обстоятельство невозможно признать положительным, т.к. отсутствие перечня конкретных следственных действий, выполняемых в неотложном порядке, дает право производить любые следственные действия.

Мнение ученых-процессуалистов по вопросу о необходимости закрепления перечня неотложных действий разделилось. Так, по мнению одних ученых в законе должен быть дан перечень неотложных следственных действий, либо содержится запрет на производство следственных действий, которые вправе осуществлять только следователь¹.

Другие же авторы, например, М.А. Митюкова, считают, что закрепляя назначение неотложных следственных действий, закон исключил возможность производства органом дознания по указанным делам любых процессуальных мероприятий, в частности предъявление обвинения (именно этого опасаются сторонники ограничительного перечня следственных действий, которые должен иметь право проводить орган дознания)².

Трудно согласиться с точкой зрения М.А. Митюковой, т.к. следователь, дознаватель действует по внутреннему убеждению в оценке того какие неотложные действия нужно провести и нередко эти действия зависят исключительно от их «фантазии». При этом бремя совершения таких действий также

¹ См.: Якимович Ю. К. Дифференциация уголовного судопроизводства по новому Уголовно процессуальному кодексу Росси // Проблемы уголовного процесса в свете нового Уголовно процессуального кодекса Российской Федерации. Томск, 2002. с. 15; Манова Н. С. Досудебное и судебное производство: Сущность и проблемы дифференциации процессуальных форм. М.: Изд-во ГОУ ВПО СГАП, 2003. С. 118–119.

² См.: Митюкова М. А. Проблемы правового регулирования производства дознания по Уголовно-процессуальному кодексу РФ // Проблемы уголовного процесса в свете нового Уголовно-процессуального кодекса РФ. Томск, 2002. С. 102.

распределяется не «справедливо». На практике, практически всегда производство всех неотложных следственных действий ложится на орган дознания. А если бы перечень неотложных действий был определен законом, то данное обстоятельство не позволяло бы следователю взвалить весь объем работы на орган дознания.

Законодателем не закреплено, какие неотложные следственные действия, обязан провести дознаватель, что нередко приводит к проблемам на практике. Представляется необходимым определить перечень неотложных следственных действий, которые обязан выполнить дознаватель, после возбуждения уголовного дела. Так, например, в процессе расследования уголовного дела следователь может давать поручения органу дознания о производстве оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий. Например, когда возникает необходимость в проведении обыска в случаях, не терпящих отлагательства по нескольким адресам, под четким наблюдением следователя.

Полагаем, что будет достаточным закрепление за органом дознания совершения таких действий, как оперативно розыскные действия в целях обнаружения лиц, их совершивших, оказании помощи следователю в предоставлении нужной информации и обеспечении безопасности участников при производстве не только неотложных, но и следственных действий, не подменяя следователя. Необходимо учесть, и тот факт, что следователь является лицом, имеющим высшее юридическое образование, тогда как орган дознания (дознаватель) в большинстве случаев не имеет такого образования, что приводит к негативным последствиям при расследовании уголовного дела.

Подводя итог вышеизложенному, предлагается закрепить перечень неотложных следственных действий совершаемых дознавателем и внести изменения в п. 19 ст. 5 УПК РФ. Изложить указанный пункт в следующей редакции: неотложные следственные действия — это действия, осуществляемые органом дознания после возбуждения уголовного дела, по которому производство предварительно следствия обязательно, в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, незамедлительного закрепления, изъятия и исследования. К неотложным следственным действиям относятся: задержание подозреваемого, допрос подозреваемого, избрание меры пресечения в отношении подозреваемого, личный обыск подозреваемого, обыск, допрос свидетелей.

СЛЕДСТВЕННАЯ СИТУАЦИЯ КАК ОСНОВОПОЛАГАЮЩАЯ КОМПОНЕНТА СЛЕДСТВЕННОЙ ТАКТИКИ

ЛУЦЕНКО Олег Анатольевич,

к. ю. н., доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОВ ВПО «Южный федеральный университет»

К числу общих положений следственной тактики относится понятие следственной ситуации. В определенный момент следствия практически все основополагающие понятия и рекомендации в тактике расследования учитывают состояние следственной ситуации.

Само расследование носит ситуационный характер. Следственная ситуация — это совокупность условий, в которых в конкретный момент времени осуществляется расследование преступления: наличие и характер доказательственной и ориентирующей информации, наличие и устойчивость существования еще неиспользованных источников доказательственной информации, существующая в данный момент уголовно-правовая оценка расследуемого события, противодействие установлению истины со стороны преступника и т. д.¹ Речь здесь идет именно об обстановке, в которой осуществляется расследование, а не о состоянии самого расследования.

Наиболее ярким компонентом следственной ситуации является наличие конфликта либо его отсутствие между взаимодействующими сторонами. Наиболее характерно это для следователя по выяснению всех обстоятельств расследуемого дела с одной стороны и подозреваемого (обвиняемого) с другой.

Конфликтные ситуации бывают двух видов:

- 1) со строгим соперничеством (подразумевается умышленное противодействие сторон);
- 2) с нестрогим соперничеством (скрещиваются не столь противоположные интересы, а возможное противодействие носит неумышленный характер).

¹ См. подробнее: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. М.: БЕК, 1997. С. 204; Криминалистическая энциклопедия. М.: Мегатрон XXI, 2000. С. 202.

Примером сложившейся конфликтной ситуации без строгого соперничества, когда на неправильное восприятие действительности повлияли многие факторы (условия наблюдения, психофизиологические возможности лица по восприятию, сохранению в памяти и адекватной передаче информации), может служить следующий пример.

«Н. ехал в трамвае, сидел и слегка подремывал. И вдруг заметил: стоящий впереди с авоськой мужчина лезет в карман к соседу. Сонливость с Н. как ветром сдуло. Вцепился изо всех сил в мужчину с авоськой и закричал: «Держи вора!». У ног человека с авоськой нашли бумажник — потерпевший сразу признал его своим. Так оно и оказалось. Б. — человек с авоськой — отрицал свою вину в совершении кражи, как на следствии, так и в суде.

Показания Н. в суде звучали следующим образом: «Еду я, значит, домой. Слегка задремал. Вдруг вижу: стоит впереди этот гражданин (жест в сторону подсудимого). В одной руке у него авоська, другой держится за поручень, а свободной рукой лезет в чужой карман».

Суду пришлось скрупулезно выяснять у свидетеля, категорически настаивающего на своих показаниях, сколько же рук бывает у человека, и какой по счету рукой Б. залез в карман к потерпевшему, пока Н. не воскликнул радостно: «Ну конечно! Я все понял. В карман-то залез совсем другой человек!»¹

При бесконфликтной ситуации, как правило, наблюдается взаимодействие сторон. Это происходит в случаях, когда согласованность, взаимопонимание и желание сотрудничества сторон происходят без очевидных или подразумеваемых препятствий.

Следует отметить, что не совсем верными выглядят утверждения: «в конфликтной ситуации следователь и другие участники расследования противостоят друг другу, стремятся к достижению различных целей», и «Конфликт у следователя может возникнуть как с одним участником процесса, так и с несколькими. В первом случае имеет место двухсторонняя конфликтная ситуация, во втором — многосторонняя»². Деление ситуации на «двухсторонние» и «многосторонние» не соотносится с ранее предложенным упомянутым автором Д. П. Поташник определением «криминалистической ситуации», как «совокупности криминалистически значимой информации»³. Что касается представления о «конфликтной ситуации», то почему-то все исследования автора сводятся к умышленному противостоянию субъектов расследования. При этом игнорируется «конфликтная ситуация без строгого соперничества». В приведенном примере ситуацию бесконфликтной назвать нельзя. Конфликт наблюдается, но выражается он в неумышленном противодействии расследованию из-за ошибочного восприятия очевидцем увиденной картины. Подобное также возможно при рассмотрении дела судом. Однако такая судебная ситуация, как наличие либо отсутствие конфликта не рассматривается рядом исследователей. В частности, И. В. Посохина предложены просто конфликтные ситуации следственные, а впоследствии и судебные, когда «обвиняемый оказывает активное противодействие следствию либо отказывается от дачи любых объяснений, используя право, предоставленное ст. 51 Конституции РФ»⁴. В то же время подсудимый может и не умышленно активно противодействовать разбирательству, например, «добросовестно заблуждаясь».

Рассмотрим элементы следственных ситуаций, складывающиеся при расследовании преступлений. Эти показатели определяют динамику и специфику организационно-тактической деятельности по расследованию в конкретных условиях. Известно, что оНИИ имеют различное значение. Одним из первых отечественных криминалистов отметил и четко определил объективные и субъективные факторы, которые формируют условия, совокупность которых составляет следственную ситуацию, патриарх отечественной криминалистики Рафаил Самуилович Белкин⁵.

К числу объективных факторов, влияющих на формирование следственной ситуации, он отнес: наличие и характер имеющейся в распоряжении следователя доказательственной и ориентирующей информации, которая зависит от механизма расследуемого события и условий возникновения его следов в окружающей среде; наличие и устойчивость существования еще неиспользованных источни-

¹ Пуронен В. Свидетель обвинения // Милиция. 1992. Сентябрь. С. 39–40. Пример взят из кн. Баева О. Я. Тактика следственных действий. Воронеж, 1995. С. 118–119.

² Поташник Д. П. Криминалистическая тактика. М., 1998. С. 45.

³ Поташник Д. П. Криминалистическая тактика. М., 1998. С. 40.

⁴ Посохина И. В. Типичные судебно-следственные ситуации по делам о взяточничестве // Вестник криминалистики №3 (15), М., 2005, с. 83.

⁵ Белкин Р. С. Криминалистика: проблемы, тенденции, перспективы. От теории — к практике. М.: Юрид. лит., 1988. С. 92–93.

ков доказательственной информации и надежных каналов поступления ориентирующей информации; интенсивность процессов исчезновения доказательств и сила влияющих на эти процессы факторов; наличие в данный момент в распоряжении следователя, органа дознания необходимых сил, средств, времени и возможность их использования оптимальным образом; существующая в данный момент уголовно-правовая оценка расследуемого события.

Субъективными факторами, связанными с личностями участников следственной деятельности и влияющими на формирование следственной ситуации, являются: психологическое состояние лиц, проходящих по расследуемому делу; психологическое состояние следователя, уровень его знаний и умений, практический опыт; способность следователя принимать и реализовывать решения в экстремальных условиях; противодействие установлению истины со стороны преступника и его связей, а иногда и потерпевшего, и свидетелей; благоприятное (бесконфликтное) течение расследования; усиления следователя, направленные на изменение следственной ситуации в благоприятную для следователя сторону; последствия ошибочных действий следователя, оперативного работника, эксперта, понятых; последствия разглашения данных предварительного расследования; непредвиденные действия потерпевшего или лиц, не причастных к расследуемому событию.

К слагаемым следственной ситуации относятся следующие группы компонентов:

— психологического характера (к ним относятся, прежде всего, проявления психологических свойств многочисленных участников расследования);

— компоненты информационного характера (речь идет в основном о степени осведомленности противоположных сторон, главным образом, касающейся собранных и еще не выявленных доказательств);

— компоненты процессуального и тактического характера (многосторонняя деятельность органов расследования: компоненты процессуального и тактического характера: состояние производства по делу, доказательства и их источники; наличие надежных и еще не использованных источников ориентирующей информации; возможность избрать нужную меру пресечения, изолировать друг от друга проходящих по делу лиц, провести конкретное следственное действие; наличие тактического риска и возможности его минимизации; противодействие установлению истины со стороны преступника и его связей, а иногда и потерпевшего и свидетелей, последствия ошибочных действий следователя, понятых, специалистов и экспертов; непредвиденные действия потерпевшего или не причастных к расследуемому событию лиц и т. п.);

— компоненты материального и организационно-технического характера (все, что не относится к первым трем группам, вплоть до мобильности следственно-оперативной группы и каждого в отдельности)¹.

Вместе с тем, как нам представляется, в понятие мобильности следственно-оперативной группы следует отнести, например, снабжение ее транспортом и средствами связи. А это уже может зависеть от компонент психологического и может касаться компонент информационного характера, то есть может относиться и к другим группам компонентов.

Необходимо отметить, что позднее термин «мобильность следственно-оперативной группы» был четко сформулирован и заменен понятиями «мобильности поиска информации по запросам» и «возможности маневрирования наличными силами и средствами, обеспеченностью теми и другими и т.д.»².

В следственной работе нереально предусмотреть все возможные следственные ситуации. Сочетание всех компонентов обуславливает индивидуальный характер каждой следственной ситуации в каждый момент производства расследования. Это обусловлено многообразием и степенью выраженности всех элементов и факторов. Тем не менее, в науке делается попытка «типизации» (разработки определенных типов) в общих чертах складывающихся ситуаций в конкретный период расследования по определенному виду (категории) преступлений. Данные ситуации получили название «типичных».

В работах о «типичных следственных ситуациях» в основном речь идет о наличии исходных данных, выявлении способов совершения преступления, противодействии расследованию со стороны определенных лиц.

Мы же считаем, что классифицировать ситуации можно по определенному логическому основанию. Практическую значимость описание лишь нескольких элементов из «типичных следственных ситуаций»

¹ Белкин Р. С. Курс криминалистики: Учеб. пособие для вузов. 3-е изд., дополненное М., 2001. С. 631 и другие упомянутые труды.

² Аверьянова Т. В., Белкин Р. С., Корухов Ю. Г., Россинская Е. Р. Криминалистика: Учебник для вузов / Под ред. Заслуженного деятеля науки Российской Федерации, профессора Р. С. Белкина. М., 1999. С. 502.

какого-либо «этапа расследования» имеет лишь относительную. В то же время, описывая выявленные следы, механизмы совершения преступления или поведение подозреваемых, вправе ли мы говорить в этом случае об уяснении сложившихся следственных ситуаций? Осмысление сложившейся следственной ситуации только тогда приобретает практическую значимость, когда она осознается сотрудником, участвующим в расследовании, когда установлено ее содержание и появляется возможность изменить отдельные ее составляющие. Действительно, следователь, составляя для себя модель сложившейся следственной ситуации в определенный момент расследования, включает в ее структуру определенные элементы, представляющиеся ему значимыми в данный момент. Уяснение сущности этих элементов позволяет следователю верно определить направление и стратегию всего расследования.

Итак, следственная ситуация — это обстановка, динамичная система, в которой происходит процесс расследования на том или ином этапе, обусловленная объективным положением дел и поведением лиц, участвующих в ее формировании.

В зависимости от состояния следственной ситуации в конкретный момент следствия определяет стратегию самого расследования, разработка, планирование и тактика использования тактических приемов и следственных действий, определение и осуществление тактических комбинаций. С другой стороны, особенности тактики их воплощения, применения тактических приемов, как стержневого элемента любой тактической комбинации, обусловлены состоянием объективных и субъективных факторов, при которых на определенном этапе происходит расследование. Целью тактических комбинаций всегда является воздействие на складывающуюся в данный момент следственную ситуацию в целях ее изменения в интересах следствия.

Исходя из сложившейся следственной ситуации, на основании ее анализа и оценки, следователь принимает **тактическое решение**, которое оказывает важное влияние на ход расследования, является волевым и интеллектуальным актом и играет основную роль в планировании предстоящей деятельности. При принятии тактического решения должна учитываться степень **тактического риска**, а одним из составляющих тактического решения выступает **следственная интуиция**. Анализ и осмысление состояния на определенный момент следственной и **оперативной** ситуаций может потребовать от следователя **тактического воздействия**, как правомерного решения той или иной задачи, осуществляемого с помощью тактических приемов, криминалистических средств и методов и определяющее дальнейший ход расследования. Но это уже темы других исследований.

КАФЕДРА УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА И КРИМИНАЛИСТИКИ

ЛЯХОВ Юрий Алексеевич,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»,
Заслуженный работник высшей школы РФ

Юридический факультет Южного федерального университета является основным учебным заведением, обеспечивающим правоохранительные органы и суды Юга России квалифицированными специалистами. Поэтому, естественно, криминалистической подготовке студентов уделялось приоритетное внимание с первых дней существования факультета. Задачу эту выполняют, прежде всего, кафедры уголовного процесса и криминалистики и уголовного права и криминологии.

Сегодня на кафедре работают 17 преподавателей и 2 лаборанта. Среди них — четыре доктора наук, профессора, восемь кандидатов наук, доцентов три кандидата наук. В составе кафедры имеется криминалистическая лаборатория, обеспечивающая учебный процесс и научно-исследовательскую работу студентов и сотрудников.

Преподавателями кафедры ведутся занятия со студентами по таким общим фундаментальным курсам, как уголовный процесс, криминалистика, прокурорский надзор, правоохранительные органы, а также юридическая психология (профессор. С.С. Цыганенко, доцент Е.А. Мавренкова), Судебная медицина (доц. Березовский Д. П.), судебная психиатрия (кандидат медицинских наук О.А. Бухановская) и др.

Специализирующиеся по криминалистическому отделению выпускники факультета получают углубленные знания по специальным курсам, читаемым сотрудниками кафедры: «Актуальные проблемы уголовного процесса России», «Судебная власть», «Европейские стандарты уголовного судопроизводства» «Актуальные проблемы предварительного следствия», «Проблемы теории доказательств в уголовном процессе», «Криминалистические экспертизы», «Основы оперативно-розыскной деятельности» и другие.

Традиционно кафедра уделяет значительное внимание законопроектной работе, которая была особенно интенсивной в 1990-е годы при проведении судебно-правовой реформы в России. Заведующий кафедрой профессор Ю.А. Ляхов в это время вошел в состав Совета по судебной реформе при Президенте Российской Федерации и непосредственно участвовал в подготовке проектов федеральных законов, относящихся к юстиции. Кафедра постоянно дает содержательные заключения по проектам законов об уголовном судопроизводстве, по вопросам, рассматриваемым Конституционным Судом РФ, по проектам постановлений Пленума Верховного Суда РФ.

С 1995 года общей кафедральной темой научных исследований стала «Судебная власть и судопроизводство».

Кафедра постоянно направляет свои усилия на повышение качества специальной подготовки выпускников факультета. Универсальное фундаментальное в подготовке юридических кадров Южным федеральным университетом все в большей разумной мере дополняется обучением конкретным специальностям, по которым предстоит работать студентам выпускникам кафедры.

С этой целью усиливаются, все более многосторонними становятся связи кафедры с практикой, с правоохранительными органами. Для проведения занятий со студентами на постоянной основе привлекаются работники прокуратуры, судов, адвокатуры, экспертных учреждений города. Почти все сотрудники кафедры систематически занимаются изучением и обобщением следственной, судебной, прокурорской практики, по результатам которых выступают с сообщениями перед следователями, прокурорами, адвокатами, судьями. Многие члены кафедры являются членами научно-методических советов Ростовского областного суда, Ростовской областной прокуратуры и областного УВД.

В последнее время (2010–2012 годы) сотрудники кафедры работают вместе с Ростовским областным судом по гранту Организации Объединенных Наций о правосудии в отношении несовершеннолетних.

Постоянно повышается научный потенциал кафедры. В 2005 году в Санкт-Петербургском университете защитил докторскую диссертацию на тему «Общий и дифференцированные порядки уголовного судопроизводства» С.С. Цыганенко. В 2011 году в Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова защитила докторскую диссертацию на тему «Целесообразность (дискреционность) в российском уголовном судопроизводстве» Н.Н. Апостолова.

На кафедре открыта подготовка магистров по программе «Уголовная юстиция» (руков. — проф. Ю.А. Ляхов) и «Судебная власть» (руков. — проф. С.С. Цыганенко). Учитывая переход факультета на подготовку юристов бакалавров, кафедра разрабатывает программы интегрированной магистратуры, органично сочетающих обучение в бакалавриате и магистратуре. Ведется подготовка научных кадров и в аспирантуре кафедры по специальности 12.00.09 — уголовный процесс. Под руководством проф. Ю.А. Ляхова, подготовлено 18 кандидатов наук и один доктор юридических наук.

Кафедра накопила значительный опыт работы с иностранными студентами и стажерами, проявляющими, как правило, большой интерес к криминалистической специализации. Сегодня в магистратуре кафедры обучаются четыре сотрудника полиции из Ирака.

Сотрудниками кафедры осуществляется научное руководство четырьмя студенческими научно-образовательными кружками: «Уголовный процесс», «Криминалистика», «Судебная психология», и «Правоохранительные органы». Ежегодно студентами делается до 30 докладов на традиционных студенческих научных конференциях.

Каждый год на кафедре подготавливается свыше 70 дипломных работ студентами-выпускниками, большинство из которых выполняется на высоком уровне.

ОТСТОЯТЬ ДЕМОКРАТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ МОДЕРНИЗАЦИИ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

ЛЯХОВ Юрий Алексеевич,

д.ю.н., профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»,
Заслуженный работник высшей школы РФ

В начале 1990-х годов в России в связи с изменившейся социально-экономической обстановкой появилась реальная возможность глубокой модернизации уголовного судопроизводства. Необходимость такой модернизации давно назрела, поскольку уголовное судопроизводство на протяжении всего советского периода было всего лишь элементом административно-командной системы. А это означало полное отсутствие самостоятельной, независимой судебной власти; обслу-

живание судами интересов тоталитарного государства даже в ущерб защиты прав и законных интересов личности. Все это, к тому же еще и отягощенное изолированностью, оторванностью России от естественно-исторического пути развития, привело к тому, что многие демократические институты судопроизводства, достижения передовой юридической мысли полностью отсутствовали в российском законодательстве.

Однако, справедливости ради, следует отметить, что демократические принципы уголовного судопроизводства, такие как состязательность, презумпция невинности обвиняемого, право обвиняемого на защиту, активно исследовались некоторыми советскими учеными процессуалистами (М.С. Строгович¹, И.И. Малхазов² и др.). Но их рекомендации бесцеремонно отвергались законодателем и даже грубо осуждались. Так, на 2-й сессии Верховного Совета СССР (пятого созыва) в декабре 1958 года, когда принимались Основы уголовного судопроизводства СССР и союзных республик, председатель комиссии законодательных предположений депутат Б. С. Шарков заявил следующее: «Глубоко противоречат сущности советского социалистического права попытки внести в нашу теорию и практику обветшалые догмы буржуазного права, вроде презумпции невинности»³.

Сегодняшний анализ предшествующего судебной реформе периода показывает, что реформа была во многом подготовлена передовыми исследованиями ученых процессуалистов, осуществлялась она не с «чистого листа», не на пустом месте. Вместе с тем надо отдать должное энтузиазму и деловой активности ряда ученых процессуалистов, которых объединил созданный в это время в Государственно-правовом управлении Президента Российской Федерации отдел судебной реформы и судопроизводства. Этот отдел возглавил незаурядный ученый кандидат юридических наук, заслуженный юрист РФ Сергей Анатольевич Пашин, внесший значительный вклад в проведение судебной реформы. В это же время был создан Совет по судебной реформе при президенте РФ, обеспечивший учет мнений заинтересованных в реформе сил общества.

Благодаря всему этому судебная реформа начала проводиться на серьезной научной основе, комплексно, по разработанному четкому плану. Достаточно отметить, что реформирование судопроизводства в отличие от других отраслей государственной деятельности, осуществлялось по утвержденной Верховным Советом РСФСР 24 октября 1991 года «Концепции судебной реформы в Российской Федерации»⁴. Практически все основные демократические принципы нового российского судопроизводства нашли свое закрепление в «Декларации прав и свобод человека и гражданина»⁵, принятой Верховным советом РСФСР 22 ноября 1991 г. и в конституции Российской Федерации 1993 года. Так, из 40 статей российской Декларации прав и свобод человека и гражданина 14 статей имеют судопроизводственное содержание. В Конституции РФ помимо специальной главы 7 «Судебная власть» в главе второй «Права и свободы человека и гражданина» из 47 статей в 18 закреплены судопроизводственные положения. Все это не случайно и объясняется тем, какое серьезное значение имеет судебная власть, судопроизводство в демократическом государстве и, к сожалению, тем, в каком кризисном положении судопроизводство было в дореформенный период.

Разработанный затем и принятый в 2001 году уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации воплотил в себе принципы демократического судопроизводства, закрепленные в Конституции РФ и в Концепции судебной реформы в РФ. УПК РФ 2001 года является значительным достижением российского законодателя, создавшего правовые условия для современного, демократического уголовного судопроизводства. Ушло в прошлое советское законодательство, порождавшее обвинительный уклон в судебной деятельности, игнорировавшее судебную власть и ее значение в демократическом обществе, не обеспечивавшее реальную защиту личности в уголовном процессе.

Конечно, можно, да и нужно, дискутировать по поводу тех или иных недостатков отдельных положений или институтов действующего УПК РФ. Это нормальный процесс, без этого не может быть развития уголовного судопроизводства. Но, по нашему мнению, недопустимо ставить по сомнению, а тем более выступать против демократических основ российского уголовного судопроизводства, таких

¹ См.: М. С. Строгович. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968. С. 149–157.

² См.: И. И. Малхазов. Важная гарантия социалистического правосудия. Ростов н/Д, 1961.

³ Заседание Верховного Совета СССР пятого созыва (вторая сессия): Стенографический отчет. М. 1959. С. 526–527.

⁴ Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992.

⁵ Декларация прав и свобод человека и гражданина, принята ВС РСФСР 22 ноября 1991 г. №1920–1 // Российская газета. 25 декабря 1991.

как состязательность уголовного процесса, суд с участием присяжных заседателей, запрет использования в судопроизводстве недопустимых доказательств, реальное обеспечение прав и законных интересов личности в уголовном процессе и других. Ведь альтернативой всему этому является давно и всеми осужденный розыскной, инквизиционный процесс, вынесение судами сомнительных решений, оторванность судопроизводства от народа.

Вот почему мы должны категорически выступать против попыток выхолостить, а, по существу, отказать от конституционного принципа судопроизводства — состязательности и равноправия сторон (ч. 3 ст. 123 Конституции РФ, ст. 15 УПК РФ).

С самого начала судебной реформы некоторые процессуалисты главный недостаток нового уголовно-процессуального законодательства увидели в том, что законодатель исключил из принципов процесса установление истины как цели доказывания по уголовному делу. И самое главное, что законодатель исключил суд из числа участников процесса, обязанных устанавливать истину по делу.

Но возврат к положению ст. 20 УПК РСФСР 1960 года, когда суд вместе с прокурором следователем и дознавателем обязан был на равных принять все предусмотренные законом меры для установления обстоятельств дела, есть не что иное как отказ от принципа состязательности уголовного процесса. Ведь главное в этом принципе не то, что стороны имеют возможность отстаивать свои позиции, состязаются в этом. Такая возможность у сторон была и в советское время, хотя состязательным уголовный процесс не был. Главное в состязательности — это четкое разделение в судопроизводстве основных уголовно-процессуальных функций — обвинения, защиты и разрешения уголовного дела, а также недопустимость возложения на один и тот же орган или должностное лицо выполнения нескольких основных уголовно-процессуальных функций. Эта конструкция процесса направлена на то, чтобы суд не выполнял не свойственные ему функции обвинения или защиты, а занимался только разрешением уголовного дела. Иначе невозможно обеспечить объективность и беспристрастность действий и решений суда.

Еще в ходе работы над проектом УПК РФ некоторые законодатели пытались возложить на суд обязанность восполнять пробелы досудебного производства, по собственной инициативе истребовать и исследовать в судебном следствии недостающие доказательства. В статью проекта УПК РФ о состязательности была включена оговорка, что суд вправе по собственной инициативе истребовать любые доказательства и исследовать их в судебном следствии, а в статью об основаниях отмены приговора ввели «неполноту судебного следствия». Нетрудно заметить, что такое законодательное решение было бы полным отказом от принципа состязательности, возвращало бы российское судопроизводство к следственному суду, к неинквизиционному процессу. Этот поворот в законопроекте получил резкий отпор со стороны некоторых процессуалистов¹ и тогда не прошел.

Но нападки на принцип состязательности уголовного судопроизводства продолжают. И сегодня такая попытка предпринята руководством весьма серьезного государственного органа — Следственного комитета РФ. Именно так, а не иначе, следует расценивать разработанный Следственным комитетом РФ законопроект «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу»²

Так, ст. 16.1 указанного проекта устанавливает:

«1 Суд, прокурор, руководитель следственного органа, следователь, а также орган дознания, начальник подразделения дознания и дознаватель обязаны принять все предусмотренные настоящим Кодексом меры к всестороннему, полному и объективному выяснению обстоятельств, подлежащих доказыванию.

2. Суд не связан мнением сторон. При наличии сомнений в истинности мнения сторон суд принимает все необходимые меры к установлению действительных фактических обстоятельств уголовного дела...»

А чтобы не было сомнения в том, что суд обязан все недоработки расследования устранять, восполнять, предполагается дополнить ст. 252 УПК РФ частью третьей следующего содержания:

«3. Суд по ходатайству сторон или по собственной инициативе восполняет неполноту доказательств в той мере, в какой это возможно в ходе судебного разбирательства».

Естественно, проектом предлагается ввести и ответственность суда за невыполнение этих обязанностей в виде отмены приговора из-за «односторонности или неполноты судебного следствия» (дополнения к ст. ст. 369, 379, 380.1, 389.15 и 389.16 УПК РФ).

¹ См.: Ляхов Ю. А., Золотых В. В., Не допустить возврата к следственному суду // Российская юстиция. 1997. №10.

² См.: URL: <http://www.sledcom.ru/discussions/?SID=3551>.

Спрашивается, что в таком случае останется от конституционного принципа состязательности в уголовном судопроизводстве, если суд выполняет общие с органами расследование обязанности? Ведь все это уже было именно в таком виде в предыдущем советском уголовно-процессуальном законодательстве — ст. 14 Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 года, ст. 20 УПК РСФСР 1960 года. К чему это приводило известно. К необъективности судебных решений, к обвинительному уклону суда, к нарушению прав личности в уголовном судопроизводстве. Так стоит ли нам снова наступать на те же самые грабли?

В основе рассматриваемых предложений по изменению действующего уголовно-процессуального законодательства находится ряд причин, среди которых рассмотрим две. Это — неправильное представление о роли суда в состязательном процессе и ошибочное понимание самого принципа состязательности в уголовном судопроизводстве.

Так председатель Следственного комитета РФ А.И. Бастрыкин, являющийся инициатором рассматриваемых законодательных поправок, в пояснительных записках к проекту законодательных изменений и в интервью Российской газете по этому поводу утверждает следующее: «Суду в сегодняшнем процессе — говорит А.И. Бастрыкин, — отводится роль пассивного наблюдателя, он не должен проявлять какую-либо активность в собирании доказательств»¹ «Основное назначение суда сведено... к оценке представленных ими (сторонами) в судебном заседании позиций. Из них суд выбирает наиболее аргументированную и на основе ее правой оценки выносит по делу итоговое решение...»².

Но это далекая от истины характеристика роли суда в российском состязательном уголовном процессе. Вопреки мнению некоторых процессуалистов, суд согласно нашему законодательству должен и действительно стремится к установлению истины по рассматриваемому уголовному делу. В судебном разбирательстве суд непосредственно исследует все представленные сторонами доказательства (ст. 240 УПК РФ) и оценивает их по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью (ст. 17 УПК РФ).

И, конечно, исследование и оценка судом представленных сторонами доказательств проводится не для того чтобы установить, чьи доказательства предпочтительны — обвинения или защиты. А для того, чтобы определить, чьи доказательства устанавливают или опровергают то, что является предметом судебного разбирательства. Не лишне будет напомнить, что в рамках пределов судебного разбирательства (ст. 252 УПК РФ) общая программа судебного следствия определяется все теми же обстоятельствами, подлежащими доказыванию, перечисленными законодателем в ст. 73 УПК РФ. Это и есть предмет судебного разбирательства.

Обязанность доказывания предъявленного обвиняемому обвинения лежит в состязательном уголовном судопроизводстве на тех участниках процесса, которые выполняют функцию обвинения. В суде эта обязанность лежит на обвинителе, который представляет суду доказательства, изобличающие подсудимого. Но если представленные суду доказательства обвинения, как и доказательства защиты, в результате исследования их вызывают сомнения у суда, то суд не вправе ограничиваться рассмотрением только этих доказательств. Законодатель предоставил суду широкие возможности по проверке исследуемых в судебном разбирательстве доказательств путем проведения различных судебных следственных действий.

Так, суд по собственной инициативе вправе назначить судебную экспертизу (ст. 283 КПК РФ), вызвать для допроса эксперта (ст. 282 УПК РФ), огласить протоколы следственных действий и иные документы (ст. 285 УПК РФ), истребовать из различных организаций и учреждений и приобщить к материалам уголовного дела документы (ст. 286 УПК РФ), провести осмотр местности и помещения (ст. 227 УПК РФ), следственный эксперимент (ст. 288 УПК РФ) и другие судебные следственные действия.

Весь этот арсенал судебных следственных действий суд при необходимости использует для установления достоверности представленных сторонами доказательств и стало быть для получения истинных знаний по рассматриваемому уголовному делу.

Как видим, суд в российском уголовном процессе не является пассивным созерцателем противоборства сторон обвинения и защиты, а активно исследует, проверяет представленные ими в суд доказательства. Конечно, эта активность осуществляется в рамках состязательного уголовного процесса — суд не подменяет стороны, не восполняет недостающие в деле доказательства, не устанавливает

¹ Суть суда // Российская газета. 16 марта 2012 г.

² Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. URL: <http://www.sledcom.ru/discussions/?SI D= 3551>.

те обстоятельства, которые должен доказывать обвинитель. Такова активная роль суда в российском уголовном процессе.

Судя по пояснениям, данным в связи с рассматриваемым законопроектом, его авторы понимают принцип состязательности в уголовном судопроизводстве настолько узко и однобоко, что от этого принципа фактически ничего не остается. Мы уже говорили, что ошибочно сводить принцип состязательности к противоборству сторон обвинения и защиты и их равноправию. Ведь нельзя отрывать, исключать из принципа состязательности четкое разграничение основных уголовно-процессуальных функций и запрет возлагать выполнение их на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо (ст. 15 УПК РФ). А именно это следует из интервью А. И. Бастрыкина, данного Российской Газете. Характеризуя нынешний УПК РФ, он говорит: «К числу его (кодекса) неоспоримых достоинств можно отнести состязательность уголовного судопроизводства, а также строгое разграничение процессуальных функций и соответствующих полномочий»¹.

Нельзя пройти и мимо продолжающихся попыток окончательно ликвидировать очень важный уголовно-процессуальный институт — недопустимость возвращения судом уголовного дела на дополнительное расследование.

В советское время по УПК РСФСР 1960 года суды обязаны были возвращать уголовные дела на следование при неполноте предварительного расследования, если они сами не могли восполнить эту неполноту в ходе судебного разбирательства. Недемократичность такого процессуального порядка была очевидной. По сути суды при недоказанности вины подсудимого давали возможность обвинению попытаться еще раз обосновать его виновность, как говорится, «дожать», а если не получится, то прекратить производство по делу.

При таком порядке необоснованно привлеченный в качестве обвиняемого гражданин добиться оправдательного приговора в суде не мог, права личности в уголовном судопроизводстве серьезно ущемлялись.

Позтому в Концепции судебной реформы в РФ обязанность суда направлять уголовные дела на доследование при неполноте расследования справедливо названа «рудиментом обвинительной роли суда», от которого необходимо полностью отказаться².

В УПК РФ 2001 года принцип недопустимости возвращения уголовного дела судом на дополнительное расследование был последовательно и четко проведен. Возвратить прокурору дело суд может только в стадии назначения судебного заседания, то есть до рассмотрения уголовного дела по существу (ст. ст. 236, 237 УПК РФ). Причем возвращение уголовного дела прокурору допускается лишь для устранения препятствий его рассмотрения судом, когда на предварительном расследовании были допущены нарушения закона, которые суд сам не может устранить в ходе судебного разбирательства. Случаи эти законодатель перечислил в ч. 1 ст. 237 УПК РФ.

Но с самого начала действия УПК РФ 2001 года приверженцы обвинительной роли суда стали утверждать о допустимости дополнительного расследования, собиравшие дополнительные доказательства обвинения по делу, возвращенному прокурору в порядке ст. 237 УПК РФ. Пошла по этому пути и практика расследования уголовных дел.

Чтобы пресечь этот дрейф в сторону осужденного института возвращения судом уголовного дела на дополнительное расследование, законодатель Федеральным законом от 4 июля 2003 г. «О внесении изменений и дополнений в УПК РФ» существенно дополнил, а точнее ужесточил требования ст. 237 УПК РФ. Новые части 4 и 5 этой статьи категорически запрещали производство каких либо следственных или иных процессуальных действий не для устранения ранее допущенных нарушений уголовно-процессуального закона. Более того, доказательства, полученные при производстве процессуальных действий осуществляемых не для выполнения постановления суда о возвращении уголовного дела прокурору, признавались недопустимыми.

Эти дополнения ст. 237 УПК РФ были правильными и своевременными, хотя сформулированы они были не самым лучшим образом³.

Институт недопустимости возвращения уголовного дела судом на дополнительное расследование, конечно, не вызывает особого энтузиазма у следователей, прокуроров и судей. Если раньше ошибки или небрежность следователей и прокуроров по уголовным делам могли служить лишь основанием

¹ Суть суда // Российская газета. 16 марта 2012 г.

² Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М. 1992. С. 84–85.

³ См. об этом подробно: Ю, А. Ляхов Развитие российского уголовного процесса. Ростов н/Д, 2003. С. 11–13.

для возвращения им уголовного дела, для дополнительного производства по делу, то теперь все иначе. Возрастает ответственность следователей и прокуроров за недобросовестное выполнение своих профессиональных обязанностей.

Что касается судей, то и им было гораздо комфортнее работать при прежних условиях. В сложных ситуациях, когда надо было принимать ответственное решение (особенно при оправдании подсудимого), можно было просто уклониться от такого ответственного решения и вернуть дело прокурору для дополнительного расследования.

Именно этими причинами, по нашему мнению, главным образом и объясняются непрекращающиеся нападки на рассматриваемый уголовно-процессуальный институт.¹ Последнее по времени предложение полностью восстановить институт возвращения судом уголовного дела на дополнительное расследование содержится в разработанном Следственным комитетом РФ проекте закона о внесении изменений в УПК РФ в связи с введением института установления объективной истины по уголовному делу. Предлагаемые дополнения части 1.1. в ст. 237 УПК РФ и дополнение частью 3 ст. 252 УПК РФ полностью восстанавливают процессуальный режим советского УПК РСФСР 1960 года. Согласиться с этим, конечно, невозможно.

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ЗА СОБЛЮДЕНИЕМ ПРАВ И СВОБОД ГРАЖДАН ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ, ПРИМЕНЯЕМЫМИ МЕРАМИ ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРИНУЖДЕНИЯ

МАЛИНЕНКО Михаил Константинович,

заместитель прокурора г. Донецка Ростовской области

Права и свободы граждан, гарантированные Конституцией Российской Федерации, являются высшей ценностью, соответственно, обязанностью государства является признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. Данная конституционная норма имеет прямое действие и распространяется на уголовно-процессуальное законодательство. Вместе с тем, на стадии предварительного расследования гарантированные Конституцией Российской Федерации права участников уголовного процесса существенно ограничиваются.

К охраняемым Конституцией Российской Федерации правам и свободам, которые ограничиваются в уголовном процессе, следует отнести: право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 22), неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны (ст. 23), неприкосновенность жилища (ст. 25), свободу передвижения (ст. 27), частной собственности (ст. 35), на труд и отдых (ст. 37).

Прокурор должен не допустить излишнего вмешательства следователя в законные права и интересы участников процесса, максимально снизить объем процессуального принуждения, применяемого следователем к подозреваемому и обвиняемому, если такие действия прокурора не будут препятствием для установления истины по делу и отвечают требованиям назначения уголовного процесса. При этом прокурору не следует брать на себя несвойственные функции защитника подозреваемого, так как в этом случае будут необоснованно ограничены права потерпевшего.

В целях недопущения необоснованного ограничения следователем конституционных прав участников уголовного процесса, вмешательство в их личную жизнь существует институт прокурорского надзора на стадии предварительного расследования, который призван обеспечить процессуальные гарантии участников уголовного процесса.

Под обеспечением какого-либо явления или процесса принято понимать создание необходимых для его успешной реализации условий, совершение по отношению к нему в связи с этим определенных положительных действий.

Ограничение прав участников уголовного процесса, процессуальное принуждение допустимо лишь в той мере, которая необходима для установления истины по делу, полного, всестороннего и объективного расследования.

Определенный уголовно-процессуальным законом порядок осуществления предварительного следствия выступает гарантией обеспечения прав и свобод его участников, то есть гарантией их пра-

¹ См. об этом подробно: Ляхов Ю. А. Принятия решения и институт возвращения уголовного дела судом на дополнительное расследование: Материалы международной научно-практической конференции // Государство и право: вызовы XXI века / Кутафинские чтения. М., 2010. С. 559–565.

вомерной реализации в ходе уголовного судопроизводства. Деятельность прокурора по выявлению нарушений в порядке прокурорского надзора также обеспечивает соблюдение прав и свобод граждан при производстве предварительного следствия, она направлена на предотвращение нарушений прав и свобод граждан или восстановление уже нарушенных прав, и является гарантией их охраны. Охрана прав личности прокурором заключается в предупреждении им любого возможного нарушения, контроле за соблюдением прав и свобод при производстве предварительного следствия, готовности реагировать на возможное нарушение.

Представляется, что надзор прокурора за соблюдением прав и свобод человека и гражданина пронизывает все предварительное следствие, осуществляется с целью недопущения неправомерного ограничения прав и свобод граждан в рамках: установленного порядка разрешения заявлений и сообщений о совершенных и готовящихся преступлениях; порядка проведения расследования; решений, принимаемых указанными органами.

Прокуроры осуществляют надзор за соблюдением прав и свобод человека и гражданина на стадии предварительного расследования в целях обеспечения режима законности, который включает в себя следующие обязательные признаки.

1. Невинное лицо не должно быть привлечено к уголовной ответственности, подвергнуто наказанию либо процессуальному принуждению.

2. Преступление должно быть раскрытым. Лицо, совершившее преступление, должно быть подвергнуто уголовному наказанию.

3. Решения о возбуждении уголовного дела, привлечении лица в качестве обвиняемого должны быть приняты законно и обоснованно.

4. Задержание лица по подозрению в совершении преступления, его процессуальное принуждение должны производиться в соответствии с требованиями Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

5. Срок предварительного следствия по уголовным делам и срок содержания обвиняемых под стражей не должны необоснованно продлеваться по одним и тем же основаниям. Прокурор должен обеспечить расследование по делу в кратчайший срок.

6. Права обвиняемого на защиту, а также предусмотренные Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации права иных участников уголовного процесса должны быть соблюдены в полном объеме.

Наиболее распространенным способом нарушения прав потерпевших является принятие необоснованных решений об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии очевидных признаков совершенного преступления.

Совершенно не ясна позиция законодателя, который, с одной стороны, наделил прокурора правом отменять незаконные постановления следователя о возбуждении уголовного дела, однако, с другой стороны, лишил его возможности возбуждать уголовные дела при наличии к тому законных повода и оснований.

В настоящее время прокурор лишен законодателем возможности освобождать из-под стражи лиц, которые задержаны по подозрению в совершении преступления при отсутствии достаточности доказательств их вины в совершении инкриминируемого деяния либо если более применимой мерой процессуального принуждения в конкретном случае может быть иная, не связанная с лишением свободы.

Представляется необходимым дополнить ст. 37 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации положением о праве прокурора освобождать из-под стражи лиц, находящихся под стражей по подозрению в совершении преступления более 48 часов, если в суд не направлено ходатайство об избрании в отношении них меры пресечения в виде заключения под стражу, а также о праве прокурора освобождать незаконно задержанных лиц при отсутствии достаточности доказательств их вины в совершении инкриминируемого деяния либо если более применимой мерой процессуального принуждения может быть иная, не связанная с лишением свободы.

При рассмотрении вопроса об обеспечении прав участников уголовного процесса и их процессуальных гарантиях на стадии предварительного расследования следует провести анализ мер процессуального принуждения — законных ограничений таких прав, которые имеются в арсенале следователя и применяются в отношении подозреваемых и обвиняемых, за исключением привода, которому могут быть подвергнуты еще и свидетель, а также потерпевший.

Раздел четвертый Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации определяет 14 видов мер процессуального принуждения: задержание, личный обыск подозреваемого, подписка о невыезде и надлежащем поведении, личное поручительство, наблюдение командования воинской части, присмотр за несовершеннолетним подозреваемым и обвиняемым, залог, домашний арест, заключе-

ние под стражу, обязательство о явке, привод, временное отстранение от должности, наложение ареста на имущество и денежное взыскание.

Данные меры процессуального принуждения выработаны многолетней практикой уголовного судопроизводства, позволяют воспрепятствовать реализации имеющегося у подозреваемого и обвиняемого желания скрыться от органов предварительного следствия и суда, а также обеспечить проведение необходимых следственных действий по делу. В связи с этим надобности в расширении количества мер процессуального принуждения нет.

Сложность возложенных задач на прокурора по обеспечению соблюдения прав участников уголовного процесса на стадии предварительного расследования заключается в недопустимости обвинительного уклона, когда прокурор требует от следователя применить максимальное количество мер процессуального принуждения к подозреваемому или обвиняемому. Либо с молчаливого согласия прокурора в отношении подозреваемого избирается мера пресечения в виде заключения под стражу не с целью обеспечения проведения с ним следственных действий, а с целью понуждения к даче впоследствии показаний, изобличающих вину, взамен изменения меры пресечения на более мягкую.

Также прокурор не должен превращаться в защитника подозреваемого. Такой прокурор не обеспечит необходимые меры процессуального принуждения, вследствие чего подозреваемый окажет психологическое воздействие на потерпевшего и свидетелей по делу либо скроется от органов предварительного следствия и суда и не понесет заслуженного наказания.

В таком случае назначение уголовного судопроизводства достигнуто не будет, граждане не получат необходимой правовой защиты, их процессуальные гарантии не будут реализованы. Все это может привести к тому, что у граждан потеряется вера в справедливое правосудие. Эти негативные факторы имели место в начале 1990-ых годов, на пике происходивших политических и экономических преобразований, когда коррупция и сращивание правоохранительных органов с криминалом получили широкое распространение.

С принятием Концепции судебной реформы и Конституции Российской Федерации в 1993 году начался процесс демократизации и гуманизации уголовного процесса, суд получил реальную независимость от исполнительной власти, принцип состязательности уголовного процесса получил возможность реализации, в связи с чем права участников уголовного процесса получили дополнительные гарантии. Еще одной важной вехой преобразований в интересующей нас сфере является освобождение прокурора от обязанности руководства расследованием и от ответственности за его результаты, в связи с чем прокурор получил больше времени и мотивации к выявлению нарушений прав участников уголовного процесса при расследовании следователями уголовных дел.

Уголовный процесс не может существовать без принуждения. По сути, любое процессуальное действие следователя является понуждением участника уголовного процесса к совершению какого либо действия (допрос, обыск, выемка, вызов к следователю для проведения следственных действий), но только предусмотренные четвертой главой процессуальные действия позволяют обеспечить проведение необходимых следственных действий.

Таким образом, меры процессуального принуждения являются не самими процессуальными действиями следователя, а средствами, необходимыми для обеспечения их проведения. Задача прокурора должна сводиться к недопущению применения следователем излишних мер процессуального принуждения в отношении участников уголовного процесса, которые применяют следователи для «подстраховки».

В Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации отсутствует легальное закрепление понятия процессуального принуждения, хотя его наличие в законе позволит определить, в чем именно выражается ограничение прав участников уголовного процесса и предусмотренных законом их процессуальных гарантий.

Под мерами процессуального принуждения следует понимать предусмотренные Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации средства ограничения прав участников уголовного процесса и предусмотренных законом их процессуальных гарантий, в целях обеспечения участия подозреваемых и обвиняемых в производстве следственных действий, а также проведения следственных действий по делу.

Резюмируя изложенное, прокурорский надзор за соблюдением прав и свобод граждан при производстве предварительного следствия, применяемыми мерами процессуального принуждения, призван максимально ограничить вмешательство следователя в права участников уголовного процесса, в том числе подозреваемых и обвиняемых, при условии достижения назначения уголовного процесса. Процессуальное принуждение должно применяться в отношении подозреваемых и обвиняемых в строго ограниченном количестве, в целях установления истины по делу.

К ВОПРОСУ О РЕАБИЛИТАЦИИ ПО ДЕЛАМ ЧАСТНОГО ОБВИНЕНИЯ

ПОДОПРИГОРА Алексей Алексеевич,

к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики
Ростовского филиала Российской таможенной академии

Сущность института реабилитации, его назначение и необходимость проистекают непосредственно из функций современного государства в его гуманистическом смысле. Так, Р.В. Гаврилюк в сущности института реабилитации различает политическую, компенсационную и нравственную функции государства.

Политическая функция идеи и института реабилитации неразрывно связана с задачей формирования в Российской Федерации правового государства, ответственного перед членами гражданского общества, в том числе за неправомерные действия своих органов и должностных лиц.

Компенсационная функция выражается в обязанности государства возместить все виды ущерба, причиненного лицу незаконным или необоснованным уголовным преследованием или осуждением.

Нравственная функция заключается в обеспечении фундаментальной категории справедливости, соответственно которой личность должна чувствовать себя защищенной законом, в том числе от действий, казались бы, всемогущего государства¹.

Восстановление прав, нарушенных незаконным привлечением к уголовной ответственности, является публично-правовой целью государства. Государство же обязано создавать процедурные условия для скорейшего определения размера причиненного вреда и его возмещения реабилитированному лицу. Такая правовая позиция сформулирована Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 2 марта 2010 года №5-П.

Реализация нормы главы 18 УПК РФ вызывает у правоприменителей, прежде всего, у судей, ряд вопросов, без ответа на которые невозможно добиться единства судебной практики. Некоторые вопросы касаются применения института реабилитации по делам частного обвинения.

В главе 18 УПК Российской Федерации, регламентирующей институт реабилитации в уголовном процессе, не учитывается специфика реабилитации по делам частного обвинения, по которым уголовное преследование осуществляется потерпевшим — частным обвинителем, а обязанность возмещения вреда за его незаконные действия, по смыслу норм данной главы, возлагается на государство даже в тех случаях, когда суд выносит оправдательный приговор или постановление о прекращении дела. При этом прокурор, обычно не участвующий в деле частного обвинения, по прямому указанию части 1 статьи 136 УПК Российской Федерации, обязан принести официальные извинения (содержание законом не регламентируется) реабилитированному за причиненный вред. Представляется, что частный обвинитель не должен быть устранен из процесса реабилитации по делам частного обвинения, а государство — в силу предписаний статьи 53 Конституции Российской Федерации — должно отвечать лишь за действия (бездействия) своих органов и должностных лиц. На сегодняшний день уголовно-процессуальное законодательство не отражает особенности реабилитации по делам частного обвинения.

Основанием возникновения права на реабилитацию является прекращение уголовного дела частного обвинения при неявке в судебное заседание потерпевшего без уважительных причин. Мировой судья выносит постановление о прекращении уголовного дела в соответствии с частью 3 ст. 249 по основанию, предусмотренному п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ (отсутствие в деянии состава преступления). Вызывает дискуссии данное обстоятельство в рамках ответа на вопрос: должно ли лицо, привлекаемое к ответственности в этом случае обладать правом на реабилитацию?

Одной из отличительных особенностей производства у мирового судьи по делам частного обвинения является право потерпевшего поддерживать обвинение в судебном заседании лично или через своего представителя. Под поддержанием обвинения в судебном разбирательстве имеется в виду вся совокупность процессуальных действий, направленных на то, чтобы изобличить в совершении преступления привлеченное к уголовной ответственности лицо и обеспечить применение к нему заслуженного наказания. Поддержание обвинения не сводится только к участию в судебных прениях, а осуществляется на протяжении всего судебного разбирательства путем заявления ходатайств, представления

¹ Гаврилюк Р. В. Реабилитация в российском уголовном процессе: вопросы теории и практики: Дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук / Нижегород. акад. МВД России. Казань, 2007. С. 32.

доказательств, участия в их исследовании, изложения суду своего мнения по существу обвинения, а также по другим вопросам, возникающим в ходе судебного разбирательства, высказывания предложений о применении уголовного закона и назначении подсудимому наказания.

Реализация принципа состязательности по делам частного обвинения вызывала определенные сложности, порожденные тем обстоятельством, что стороной обвинения выступало частное лицо, обычно не обладающее необходимыми знаниями и не имеющее навыков практического применения норм уголовно-процессуального закона для защиты своих законных прав и интересов. Поэтому потерпевший в первую очередь нуждался в получении квалифицированной юридической помощи для наиболее полной реализации своих процессуальных прав. Некоторые ученые высказывали предложение о необходимости обеспечить потерпевшего бесплатным адвокатом-представителем по аналогии с правом обвиняемого на квалифицированную защиту его прав¹.

Авторы нового Уголовно-процессуального кодекса РФ (УПК РФ) восприняли данное предложение, в силу чего УПК впервые предусмотрел обеспечение возмещения потерпевшему всех расходов, понесенных в связи с его участием в уголовном судопроизводстве, включая расходы на представителя (ч. 3 ст. 42 УПК РФ). В случае участия в уголовном деле адвоката в качестве представителя потерпевшего деньги в сумме, выплаченной адвокату за оказание юридической помощи, подлежат возмещению потерпевшему по постановлению дознавателя, следователя, прокурора, судьи либо по определению суда (п. 9 ч. 2 ст. 131 УПК РФ).

Безусловно, данная норма имеет прогрессивный характер. Однако по справедливому замечанию В.П. Божьева, чтобы приведенные нормативные установления не превратились в очередные декларации, необходимы реальные меры не только со стороны суда, прокурора, следователя, дознавателя, на которых, кстати, эта обязанность возложена законом (ч. 1 ст. 11 УПК), но и адвокатов, а, может быть, — еще и учреждений Минюста РФ².

Анализируя особенности поддержания потерпевшим обвинения в судебном заседании, нельзя обойти вниманием вопрос о возможном отказе от обвинения. Следует заметить, что УПК РСФСР не предусматривал в качестве основания прекращения уголовных дел частного обвинения отказ потерпевшего от обвинения.

С указанным положением не соглашались многие процессуалисты, указывая на то, что «закон в принципе не исключает права потерпевшего на отказ от жалобы по делу частного обвинения»³, потерпевший обладает правом в любой момент процесса (до удаления суда в совещательную комнату для вынесения приговора) отказаться от обвинения. Если закон разрешает прекращать уголовное дело частного обвинения ввиду неявки потерпевшего в судебное заседание, то нет никаких оснований запрещать суду поступать таким же образом и в случаях отказа потерпевшего от обвинения.

В свою очередь А. Шамардин писал по этому поводу следующее: «Если неявка — пассивный отказ от обвинения, то закон, следовательно, должен предусматривать активный отказ, выраженный в явном волеизъявлении потерпевшего»⁴. Идею о необходимости закрепления в УПК еще одного основания для отказа в возбуждении дел частного обвинения и прекращения возбужденного — за отказом потерпевшего от жалобы — высказывал Ю.К. Якимович⁵.

Поддерживая указанное мнение, надо отметить, что в случае отказа потерпевшего от обвинения, зафиксированного в письменном заявлении, подаваемом в суд, или сделанного им в устной форме в судебном заседании, нежелание продолжать уголовное преследование против лица, на которое он подал жалобу, выявляется гораздо более определенно, чем при неявке потерпевшего в судебное заседание без уважительной причины нового Уголовно-процессуального кодекса РФ прямо не предусматривает отзыв жалобы в качестве формы прекращения уголовных дел частного обвинения.

¹ Юношев С. Укрепление правового статуса потерпевшего и его представителя // Российская юстиция. 2002. №11. С. 22; Яни П. С. Обеспечение прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 4.

² Божьев В. П. Пределы прав суда кассационной инстанции // Законность. 2008. №11. С. 4.

³ Божьев В. П. Применение норм уголовно-процессуального законодательства при рассмотрении дел частного обвинения // Советская юстиция. 1992. №16. С. 22.

⁴ Шамардин А. Примирение сторон и отказ от поддержания обвинения должны утверждаться судом // Российская юстиция. 2007. №2. С. 60.

⁵ Якимович Ю. К. Уголовно-процессуальные производства. М., 2004. С. 18.

В соответствии с ч. 3 ст. 249 УПК РФ неявка потерпевшего без уважительных причин по делам частного обвинения влечет за собой прекращение уголовного дела ввиду отсутствия в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ). В этом случае мировой судья выносит постановление о прекращении уголовного дела в связи с отказом частного обвинителя от обвинения.¹

Таким образом, в УПК РФ регламентирован лишь один частный случай реализации права на отказ от жалобы. Имеется в виду правило, сформулированное в ч. 3 ст. 249 УПК РФ, согласно которому при неявке без уважительных причин потерпевшего в судебное разбирательство по делам частного обвинения дело прекращается.

Учитывая вышеизложенное, представляется целесообразным законодательно закрепить отказ частного обвинителя от обвинения (в форме активного волеизъявления, как в случае с государственным обвинителем) в качестве основания прекращения уголовных дел.

В ноябре 2011 года Пленум Верховного Суда РФ принял Постановление от 29.11.2012 года №17 «О практике применения судами норм главы 18 УПК РФ, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве». Незадолго до этого Конституционный Суд РФ опубликовал Постановление от 17.10.2011 №22-П по вопросу о возможности применения норм о реабилитации по делам частного обвинения (далее — Постановление).

В судебной практике не сформировалось единства по вопросу о возможности применения реабилитации по уголовным делам частного обвинения.

Конституционный Суд РФ в п. 8 Постановления акцентировал внимание судов на то, что право на реабилитацию при постановлении оправдательного приговора либо прекращения уголовного дела по основаниям, перечисленным в ч. 2 ст. 133 УПК РФ, имеют лица не только по делам публичного и частно-публичного обвинения, но и по делам частного обвинения.

Однако лицо имеет право на реабилитацию и возмещение государством вреда, причиненного незаконным и необоснованным решением суда, в тех случаях, когда обвинительный приговор по делу частного обвинения отменен и уголовное дело прекращено по основаниям, указанным в ч. 2 ст. 133 УПК РФ, в апелляционном, кассационном, надзорном порядке в связи с новыми или вновь открывшимися обстоятельствами либо судом апелляционной инстанции постановлен оправдательный приговор после отмены обвинительного приговора.

В рассматриваемом поле открывается возможность и для злоупотреблений в том случае, если потерпевший по делу частного или частно-публичного обвинения в сговоре с потенциальным обвиняемым инициирует начало производства по делу, заведомо зная о том, что самого события преступления не было либо лицо, которое он обвиняет, к нему непричастно. В такой ситуации уголовное дело будет прекращено по реабилитирующим основаниям или судом будет вынесен оправдательный приговор, а государство должно будет возместить причиненный «вред». Шансы доказать наличие состава преступления, предусмотренного ст. 306 (заведомо ложный донос) Уголовного кодекса Российской Федерации, в действиях заявителя достаточно невелики. Данная проблема была разрешена Верховным Судом Российской Федерации, который в своем Постановлении «О практике применения судами норм главы 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве» (далее — Постановление ВС РФ) сформулировал следующее правило: «Ввиду того, что уголовное преследование по уголовным делам частного обвинения (за исключением случаев, предусмотренных пунктом 2 части 1 и частью 4 статьи 147 УПК РФ) возбуждается частным обвинителем и прекращение дела либо постановление по делу оправдательного приговора судом первой инстанции не является следствием незаконных действий со стороны государства, правила о реабилитации на лиц, в отношении которых вынесены такие решения, не распространяются»². Но действительно ли устранил Верховный Суд РФ основания для злоупотребления, описанного выше? Представляется, что нет. В данном случае Верховный Суд не просто истолковал норму, а создал, фактически, новую, коренным образом отличную от существующей. Полагаем, для того чтобы исправить правовые неточности и сделать это надлежащим, законным образом, необходимо внести соответствующие корректировки в законодательство, а не подталкивать судей к принятию решений на основе лишь постановления Пленума Верховного Суда РФ, что является неправомерным.

¹ Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. проф. А. Я. Сухарева М, 2002. С. 535; Приложение 42 к УПК РФ.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О практике применения судами норм гл. 18 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих реабилитацию в уголовном судопроизводстве» от 29.11.2011 №17; ред. от 09.02.2012. СПС «Консультант Плюс».

О СООТНОШЕНИИ НАДЗОРНЫХ ПОЛНОМОЧИЙ ПРОКУРОРА И ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ САМОСТОЯТЕЛЬНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ

СЕМЕНЦОВ Владимир Александрович,

д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса
Кубанского государственного университета

Процессуальные полномочия прокурора в ходе досудебного производства определяются в законе с учетом двух направлений деятельности этого участника уголовного судопроизводства: 1) осуществление от имени государства уголовного преследования; 2) надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия. Важность деятельности прокуратуры признается международным сообществом. Так, в Рекомендации Парламентской ассамблеи Совета Европы от 27 мая 2003 г. высоко оценивается «роль прокуратуры в обеспечении безопасности и свободы в европейских обществах: путем обеспечения верховенства права, защиты от преступных посягательств прав и свобод, обеспечения уважения к правам и свободам подозреваемых и обвиняемых в совершении уголовных преступлений, а также путем наблюдения за надлежащим функционированием органов, отвечающих за расследование и преследование преступлений»¹.

Вместе с тем, в Конституции РФ 1993 г. полномочия прокуратуры не были определены, что породило дискуссию по вопросу о ее роли и месте в системе правоохранительных органов государства, привело к формулированию различных предложений по ее реформированию, вплоть до упразднения надзорной функции и ограничения компетенции прокуратуры рамками поддержания государственно-го обвинения в суде. Однако в УПК РФ 2001 г. надзорные полномочия прокурора были сохранены.

К числу приоритетных задач прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства относятся задачи защиты прав и свобод человека и гражданина, обеспечение законности, всесторонности, полноты и объективности при расследовании преступлений, выявление обстоятельств, способствовавших совершению преступлений, принятие мер к их устранению. По мнению Генерального прокурора РФ Ю. Я. Чайки «для органов прокуратуры правозащитная функция обеспечение соблюдения конституционных прав и свобод человека и гражданина является одной из ключевых задач... Ни один человек не должен оставаться без защиты закона. В этом и заключается социальное назначение прокурорского надзора»².

Особенно актуальна проблема прокурорского надзора при производстве предварительного следствия и его соотношения с процессуальной самостоятельностью следователя. В этой сфере науки уголовного процесса за последние годы накопилось немало вопросов, требующих своего разрешения.

Несмотря на произошедшие 5 июня 2007 г. и в последующем изменения полномочий прокурора в досудебном производстве, продиктованных заботой законодателя о совершенствовании правовых механизмов, обеспечивающих процессуальную самостоятельность следователя, анализ ст. 37 и других положений УПК РФ убеждает в том, по-прежнему функция надзора за деятельностью органов предварительного следствия возлагается на прокурора.

Поднадзорный прокурору следователь по действующему уголовно-процессуальному закону наделен властными полномочиями, в числе которых право самостоятельно направлять ход расследования, принимать решение о производстве следственных и иных процессуальных действий, за исключением случаев, когда требуется получение судебного решения или согласия руководителя следственного органа (п. 3 ч. 2 ст. 38 УПК РФ), а также право свободой оценки доказательств по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью (ч. 1 ст. 17 УПК РФ).

Тем сам на уровне закона закреплено общее правило о процессуальной самостоятельности следователя как гарантии законности и обоснованности его процессуальных действий и решений. Именно

¹ О роли прокуратуры в демократическом правовом обществе: Рекомендации Парламентской ассамблеи Совета Европы от 27 мая 2003 г. №1604 // Международные акты по вопросам уголовного судопроизводства: хрестоматия. Т. 3: Документы Совета Европы / Сост.: З. Д. Еникеев, Е. Г. Васильева, Е. В. Ежова, Л. М. Аширова, Р. М. Шагеева. Уфа: РИЦ БашГУ, 2008. С. 37.

² Об итогах работы органов прокуратуры за 2008 год и мерах, направленных на повышение эффективности деятельности по укреплению законности и правопорядка: расширенная коллегия Генеральной прокуратуры РФ от 25 февраля 2009 г. // СПС «КонсультантПлюс».

процессуальная самостоятельность обеспечивает следователю возможность в пределах компетенции самостоятельно формулировать выводы в ходе досудебного производства, а не действовать вопреки своему убеждению и совести. Без свободы выбора при производстве процессуальных действий и принятии решений следователь не может осуществлять своих уголовно-процессуальных обязанностей.

Следует, однако, учитывать, что существенное ограничение процессуальных полномочий прокурора при осуществлении надзора за деятельностью органов предварительного следствия не обеспечило большей процессуальной самостоятельности следователя, поскольку полномочия, ранее принадлежавшие прокурору, перешли к руководителю следственного органа. Сегодня следователь получает согласие руководителя следственного органа для двух групп процессуальных действий: 1) когда требуется получение судебного решения на их производство; 2) когда решение суда не требуется, но в силу прямого указания закона обязательно получение согласия либо принятие решения руководителя. При этом не ясно, зачем законодатель обязал процессуально самостоятельного следователя согласовывать с руководителем следственного органа значительное число процессуальных действий?

Ответ на этот вопрос — отдельная тема исследования, но в тезисной форме отмечу два момента, позволяющие усилить процессуальную самостоятельность и личную ответственность следователя за результаты расследования:

1. Считаю, что было бы достаточно предусмотренной в законе судебной процедуры получения следователем разрешения на производство процессуальных действий, связанных с вторжением в сферу гарантированных Конституцией РФ прав и свобод личности, без согласования с руководителем следственного органа.

2. Необходимо предоставить следователю право самостоятельно, т. е. без получения согласия либо принятия решения руководителя следственного органа, принимать решение о соединении уголовных дел, о восстановлении утраченного уголовного дела либо его материалов, о сохранении в тайне данных о личности участника следственного действия. Именно следователь, будучи процессуально самостоятельным, должен принимать указанные решения, когда имеются достаточные к тому основания. У руководителя следственного органа достаточно других процессуальных и организационных полномочий, обеспечивающих законность и обоснованность действий и решений следователя.

А теперь проанализируем те процессуальные полномочия, которые сохранены законодателем для надзорной деятельности прокурора по отношению к следователю.

Прокурор лишен права возбуждать уголовное дело (в целях отделения надзорной деятельности от самого расследования) при сохранении обязанности проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях. В то же время прокурор в срок не позднее 24 часов с момента получения от следователя материалов, послуживших основанием для возбуждения уголовного дела, вправе отменить (как и руководитель следственного органа) постановление следователя о возбуждении уголовного дела, если признает его незаконным или необоснованным (ч. 4 ст. 146 УПК РФ). Представляется не логичным решение законодателя о лишении прокурора, с одной стороны, права возбуждения уголовного дела, а с другой — сохранение возможности отменить постановление следователя о возбуждении уголовного дела.

Необходимо также учитывать, что согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ моментом начала уголовного преследования следует считать акт возбуждения уголовного дела¹, но прокурор, лишившись права возбудить уголовное дело, тем самым фактически утратил возможность осуществлять уголовное преследование на этапе досудебного производства.

В п. 2 ч. 2 ст. 37 УПК РФ закреплено, что в ходе досудебного производства прокурор вправе выносить мотивированное постановление о направлении материалов в следственный орган для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных нарушений уголовного законодательства. Названная формулировка закона также свидетельствует о том, что прокурор утратил возможность осуществлять уголовное преследование, хотя согласно предписания ч. 1, 2 ст. 21 УПК РФ прокурор в приоритетном порядке указан там в числе лиц, обязанных осуществлять уголовное преследование.

Прокурор уполномочен передавать уголовное дело или материалы проверки сообщения о преступлении от одного органа предварительного следствия другому, в соответствии с правилами, установ-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 января 2000 г. №1-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений УПК РСФСР, регулирующих полномочия суда по возбуждению уголовного дела в связи с жалобой гражданки И. П. Смирновой и запросом Верховного Суда РФ» // СЗ РФ. 2000. №5. Ст. 611.

ленными ст. 151 УПК РФ (п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК РФ). За прокурором осталось право разрешения споров о подследственности уголовных дел между различными органами предварительного расследования (ч. 7, 8 ст. 151 УПК РФ).

Прокурор вправе требовать от следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия (п. 3 ч. 2 ст. 37 УПК РФ). В случае несогласия с этими требованиями прокурора следователь обязан представить свои письменные возражения руководителю следственного органа, который информирует об этом прокурора. Прокурор имеет право рассматривать указанную информацию и принимать по ней решение, в том числе о направлении требования об устранении федерального законодательства вышестоящему руководителю следственного органа вплоть до Председателя Следственного комитета при прокуратуре РФ. Окончательное разрешение спора о выполнении требований прокурора в случае выявления им нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, возлагается на Генерального прокурора РФ.

При этом «Генеральный прокурор как должностное лицо прокуратуры РФ, — утверждает А.Р. Белкин, — неявно спутан здесь с прокурором как участником уголовного судопроизводства. Следователь, руководствуясь УПК РФ, имеет право отказаться исполнять решение прокурора (в том числе и Генерального прокурора), а Генеральный прокурор РФ (окончательная инстанция), действия следователя обжаловать нигде не может. В итоге обнаруженная прокурором в порядке надзора ошибка имеет шансы остаться неразрешенной¹.

Не буду столь категоричным, как профессор А.Р. Белкин, но столь усложненная и конфликтная процедура устранения по инициативе прокурора нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе предварительного следствия, не способствует решению общей задачи обеспечения качества предварительного следствия, соблюдения прав и законных интересов личности. В литературе отмечается, что логичнее, если бы прокурор, в случае несогласия с его требованиями руководителя следственного органа или следователя, имел право обратиться к вышестоящему прокурору, решение которого было бы окончательным².

Сохранено право прокурора участвовать в судебных заседаниях при рассмотрении в ходе досудебного производства вопросов об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу, о продлении срока содержания под стражей либо об отмене или изменении данной меры пресечения, а также при рассмотрении ходатайств о производстве иных процессуальных действий, которые допускаются на основании судебного решения, и при рассмотрении жалоб в порядке, установленном ст. 125 УПК РФ.

По мнению А. Г. Халиулина, участие прокурора в рассмотрении судом ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу обязательно вне зависимости от того, возбуждено ходатайство дознавателем с согласия прокурора либо следователем с согласия руководителя следственного органа. Прокурор, участвующий в судебном заседании, обязан излагать суду свое мнение (возможно, отличающееся от мнения следователя и его руководителя), руководствуясь лишь требованиями закона. Представление прокурору копий направленных в суд ходатайств и приложенных к ним материалов руководителями следственных органов еще до судебного заседания способствовало бы выработке единой, соответствующей закону позиции участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения перед судом³.

Жалобы участников уголовного судопроизводства, а также иных лиц на действия (бездействие) и процессуальные решения следователя подаются для рассмотрения как прокурору, так и руководителю следственного органа. Однако право решать, кому направлять жалобу, принадлежит заявителю. По моему мнению, в ситуации, когда жалоба поступила прокурору, тот не вправе пересылать ее руководителю следственного органа. Признав жалобу подлежащей удовлетворению, прокурор выносит соответствующее постановление и направляет руководителю следственного органа требование об устранении федерального законодательства.

В случае признания жалобы обоснованной, должны быть приняты меры к устранению нарушений закона путем, например, признания доказательств, полученных в результате производства следственных действий, недопустимыми. При отказе в удовлетворении жалобы прокурор должен разъяснить

¹ Белкин А. Р. УПК РФ: конструктивная критика и возможные улучшения. Ч. II. Уголовное преследование. Участники уголовного судопроизводства. М., 2010. С. 25–26.

² Никифоров С. Исполнение требований прокурора // Законность. 2009. №4. С. 26.

³ Халиулин А. Г. Полномочия прокурора по надзору за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия // Законность. 2007. №9. С. 16.

заявителю мотивы такого решения, привести доказательства, обосновывающие его, порядок обжалования. Наличие в уголовном деле жалобы помогает суду принять правильное решение по вновь заявленным жалобам, способствует предупреждению необоснованных жалоб и тем самым исключает умышленное затягивание судебного разбирательства.

При выявлении незаконности задержания, лишения свободы или помещения в психиатрический и иной медицинский стационар, а равно при истечении установленным законом срока содержания под стражей, прокурор обязан немедленно вынести постановление об освобождении лица из-под стражи (ч. 2 ст. 10 УПК РФ). В то же время законодатель почему-то исключил прокурора из числа должностных лиц, уполномоченных принимать решение об освобождении задержанного (ст. 94 УПК РФ) и об отмене либо изменении меры пресечения (ст. 110 УПК РФ). Только в ст. 221 УПК РФ предусмотрено право прокурора в случае поступления уголовного дела с обвинительным заключением, по которому истек предельный срок содержания под стражей, отменить данную меру пресечения. Такое нечеткое законодательное регулирование данного вопроса, пишет Н.В. Буланова, не отвечает своему назначению — установлению границ ограничения прав и свобод лиц, вовлеченных в сферу уголовного судопроизводства, и закреплению гарантий их соблюдения и восстановления¹.

Признав постановление следователя о прекращении уголовного дела или уголовного преследования незаконным или необоснованным, прокурор выносит мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов руководителю следственного органа для отмены постановления о прекращении уголовного дела (ч. 1 ст. 214 УПК РФ). Основаниями к отмене постановления о прекращении уголовного дела могут быть: односторонность и неполнота предварительного следствия; несоответствие выводов, изложенных в постановлении о прекращении уголовного дела, обстоятельствам дела; существенные нарушения уголовно-процессуального закона; неправильное применение уголовного закона.

Федеральным законом от 2 декабря 2008 г. прокурору, по его мотивированному письменному запросу предоставлена возможность ознакомиться с материалами находящегося в производстве следователя уголовного дела (ч. 2.1 ст. 37 УПК РФ). При этом в тексте закона, пишет В. П. Божьев, не указано, кому должен быть адресован запрос, кто и в какой срок его должен рассмотреть, оценить его мотивированность и принять решение. Кроме того, не учтено, что прокурор может получить жалобу (или иной сигнал) в такой форме и по такому поводу, что преждевременное уведомление о нем в «мотивированном» запросе делает бессмысленным в дальнейшем не только ознакомление с делом, но и вообще проведение каких-либо процессуальных и иных действий. Более того, допуск прокурора к ознакомлению с материалами уголовного дела по запросу — это равносильно осуществлению надзора с согласия поднадзорного. Возникает вопрос: нужен ли вообще такой надзор? И надзор ли это или что-то другое?²

С.А. Шейфер по этому поводу отмечает: «разумность наделения прокурора, как органа уголовного преследования, этими полномочиями не вызывает сомнения, однако озадачивает чрезмерная забота о процессуальной самостоятельности следователя, который может признать запрос «немотивированным»»³.

Основываясь на высказанном в литературе мнении о необоснованности возложения на прокурора обязанности мотивировать свой запрос о предоставлении возможности ознакомиться с материалами находящегося в производстве следователя уголовного дела, присоединяюсь к предложению Г.Д. Харебава об исключении из ч. 2.1 ст. 37 УПК слова «мотивированному»⁴.

За прокурором сохранено полномочие по возвращению уголовного дела следователю со своими письменными указаниями о производстве дополнительного следствия, изменению объема обвинения

¹ Буланова Н. В. Эволюция института прокуратуры с 2003 г. по 2008 г. и его взаимодействие с органами судебной власти // СПС «КонсультантПлюс».

² Божьев В. П. О властных субъектах уголовного процесса в досудебном производстве // Российский следователь. 2009. №15. С. 30.

³ Шейфер С. А. Предварительное следствие: прокурорский надзор и ведомственный контроль // Актуальные вопросы применения уголовно-процессуального и уголовного законодательства в процессе расследования преступлений (к 90-летию со дня рождения проф. И. М. Гуткина). М.: Академия управления МВД РФ, 2009. Ч. 1. С. 136.

⁴ Харебава Г. Д. Эффективность прокурорского надзора за органами предварительного следствия: Автореф. дис. ... на соискание уч. степени канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2012. С. 9.

либо квалификации действий обвиняемых или пересоставления обвинительного заключения и устранения выявленных недостатков. Однако оберегая процессуальную самостоятельность следователя, закон предоставляет ему возможность обжаловать это решение прокурора в порядке, предусмотренном ч. 4 ст. 221 УПК РФ. Такое принесение жалобы приостанавливает исполнение решения прокурора. В то же время прокурор не вправе прекращать уголовное дело либо уголовное преследование, изменять при утверждении обвинительного заключения объем обвинения либо квалификацию действий обвиняемого по уголовному закону о менее тяжком преступлении, дополнять или сокращать список лиц, вызываемых в суд.

Таким образом, за прокурором сохранены основные полномочия по надзору за законностью и обоснованностью деятельности следователя, в целом позволяющие обеспечить качество, полноту и объективность предварительного следствия, соблюдение прав и защиту законных интересов участников. Вместе с тем, для эффективного надзора прокурору должны быть предоставлены достаточные полномочия, с помощью которых он мог бы своевременно и качественно реагировать на допускаяемые нарушения закона в ходе предварительного следствия, не посягая на процессуальную самостоятельность следователя.

Думается, что отсутствие системного, постоянного и действенного прокурорского надзора за следствием создает благоприятные условия для нарушений. Это связано не только с возможными злоупотреблениями слишком большими и по существу бесконтрольными полномочиями следователей и руководителей следственных органов, но и ошибками, которые в силу низкой профессиональной подготовки и неопытностью, загруженностью и другими факторами как объективного, так и субъективного характера допускаются при производстве по уголовным делам.

Процессуальный и организационный контроль со стороны руководителя следственного органа за деятельностью следователя не может быть эффективнее прокурорского надзора в силу своей ведомственной заинтересованности, а судебный контроль, отвечающий критериям объективности и беспристрастности, не носит постоянного и систематического характера, поскольку суд участвует в досудебном производстве по уголовным делам только по инициативе других участников судопроизводства (при рассмотрении жалоб на действия (бездействие) и решения дознавателей, следователей, прокуроров либо при рассмотрении ходатайств органов предварительного расследования о даче согласия на производство процессуальных действий, ограничивающих конституционные права и свободы граждан).

ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

ЦЫГАНЕНКО Сергей Станиславович,

д.ю.н., профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического факультета
ФГАОУ ВПО «Южный федеральный университет»

Одними из актуальных теоретических вопросов юридической науки являются достижение эффективности процессуальной формы деятельности органов уголовного судопроизводства¹. Важное значение данному научному направлению придается и в период преобразований правовой системы России.² Тем не менее до сих пор в литературе в не достаточной мере прояснены проблемы системно-структурной организации уголовного процесса. В новейших произведениях делаются попытки увидеть в ее формировании ведущие основы (парадигмы, концептуальные идеи, стратегии) отражающие развитие сущностного характера уголовного судопроизводства. Так, в одном из таких исследований была предпринята попытка «обосновать теоретическую модель системы уголовного

¹ Соответствующие вопросы рассматривались автором в следующих работах: Цыганенко С. С. Материальные производства по уголовным делам в Российском уголовном процессе. Ростов н/Д, 2005.; Общий и дифференцированные порядки уголовного судопроизводства: Дисс. ... на соискание уч. степени д-ра юрид.наук. СПб, 2004.

² Цыганенко С. С. Между номинализмом и реализмом психологических основ методологии права// Terra eponoticus (до 2009 г. — Экономический вестник Ростовского государственного университета). 2011. Т. 9, №3.

судопроизводства, согласно которой центральное место в этой системе принадлежит ее назначению, обусловленному потребностями общества.» С точки зрения автора, «целевое назначение системы уголовного судопроизводства определяет ее структурно-функциональную организацию и представляет собой иерархически (по принципу взаимной обусловленности и взаимосвязи) организованную систему целей»¹. К их числу относятся: « защита прав и свободных интересов лиц и организаций (главная цель); защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений и защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (цели второго уровня); уголовное преследование и назначение виновным справедливого наказания; защита невиновных от уголовного преследования, освобождение от наказания и реабилитация каждого, кто необоснованно подвергся уголовному преследованию (цели третьего уровня)»².

На общий взгляд, казалось бы, подобное суждение не может вызвать каких-либо дискуссионных возражений или сомнения. Но для проверки данного положения обратимся к известным фактам из истории развития модели современного российского уголовного процесса. Она, как известно, была разработана и воплощена в ходе государственных реформ второй половины XIX века в качестве континентальной модели уголовного судопроизводства (смешанная), в которой устанавливалась двухэлементная системно-структурная организация — досудебная процессуальная часть, обусловленная необходимостью формирования правовых и фактических основ для осуществления в нем правосудия, и судебная, т.е. собственно имеющая отношение к разрешению дела судом по существу. Характерным признаком было рассмотрение уголовных дел судом присяжных, т.е. через механизм разграничения установления вопросов виновности путем вынесения вердикта присяжных заседателей, и применение на его основе уголовного закона, и решение вопроса о назначении в соответствии с ним наказания в приговоре коронного состава суда.

В советский период развития государственности, и, таким образом, в советском уголовном процессе суд присяжных был принципиально упразднен. В УПК РСФСР 1922, 1923 и 1960 гг. осуществлено значительное упрощение механизма уголовно-процессуальной деятельности. Главные цели советского уголовного процесса были непосредственно связаны через его сугубо обвинительную сущность с осуждением и наказанием. Тем не менее, данная системно-структурная организация — двухэлементная по своему составу — сохранилась и претерпела известное развитие и совершенствование.

В постсоветский период в России был вновь введен суд присяжных (с 1993 года), а с 2001 года на базе УПК РФ в условиях состязательности и равноправия сторон законодательно предусмотрено назначение уголовного судопроизводства как, с одной стороны, защиту прав и свободных интересов лиц и организаций, так — с другой, защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений и защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод (ст. 6 УПК). Однако, системно-структурная организация уголовного процесса опять же сохранилась как двухэлементная по своему составу — в виде уже досудебного и судебного производства (ст. 5 УПК РФ).

Следовательно, крупные изменения, касающиеся природы уголовного судопроизводства, в части его целей — в дореволюционный период (установление уголовно-правовой истины), советский период (установление объективной истины) и новейший (установление истины и охрана прав личности при ее установлении) — не внесли принципиальных корректив в основу системно-структурной организации уголовного процесса.

Как известно, С.И. Зарудный и другие отцы судебной реформы второй половины XIX века, прежде всего, использовали доступный им опыт французского законотворчества; в советский период свое влияние на центральные формы оказывал другой образец — германский.

В новейший период в духе глобализма мировой экономической и социальной системы разработчики УПК РФ обращались уже к идеям англо-саксонского процесса.

Тем не менее, континентальный тип российской уголовного процесса является его сущностной характеристикой, и еще более получит свое институциональное выражение в свете создания единого следственного органа в РФ.

Выводом из вышеприведенного может быть то, что указанные цели могут достигаться в различных моделях системно-структурной организации, которая представляет собой с общих позиций сложную конфигурацию отношений органов государственной власти, исторических традиций формирования и функционирования государственно-правовой системы и государственно-политического режима.

¹ Фролов Ю. А. Система уголовного судопроизводства: история и современность. Дисс. ... на соискание уч. степени д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2006. 370 с.

² Там же.

Другим выводом из вышеприведенного является положение о необходимости различения в уголовном процессе положений о системе и структуре его организации. Ведь система в целом на протяжении длительных исторических этапов может оставаться стабильной и малоизменной, а структурная составляющая в виде тех или иных основных процессуальных форм деятельности органов уголовного судопроизводства (порядков) значительно обновляется.

Таким образом, системно-структурная организация — это, образно говоря, не концептуальный мост, соединяющий различные внешние и внутренние факторы, взаимодействующие в сфере уголовного процесса, а собственно институционально-правовой и материально-ресурсный механизм деятельности судебно-процессуальных органов и других ее участников.

На наш взгляд следует обратить внимание на его содержательное развитие. Так, современные тенденции развития системно-структурной организации уголовного процесса значительно шире используют категории процессуальных производств. Как процессуальные элементы они обладают признаками комплекса процессуальных действий и решений с предметной характеристикой и участниками, наделенными процессуальными правами и обязанностями (статусом); надлежащей оформленностью в виде процессуальных актов, а также организованностью (структурой), состоящей из стадий и этапов. В то же время, анализ уголовно-процессуального законодательства свидетельствует, что процессуальное производство в современный период — это не только категория, воплощающая деятельность государственных органов и должностных лиц по конкретному уголовному делу, но и определенный нормативный институт. Именно в данном качестве, прежде всего, выступают предусмотренные в УПК РФ досудебное и судебное производство, включающее производство в суде первой и второй инстанции, а также производство в надзорной инстанции. Поэтому наличие в законодательстве не одного, а целого ряда нормативных институтов, выраженных в соответствующих частях, разделах, главах и статьях УПК РФ, предполагает их обязательную типологию в зависимости от предназначения, общих и специальных задач, а также других особенностей.

В уголовном процессе существуют не просто различающиеся своими чертами процессуальные производства, а производства двух типов, имеющих специфическое предназначение:

1. Производства по уголовным делам, обусловленные материальным характером правового отношения в качестве своего предмета.

2. Специальные уголовно-процессуальные производства.

Производства по уголовным делам (уголовно-процессуальные производства материального характера) — предусмотрены для реализации содержащихся в законодательстве норм материального уголовного права — установления юридического факта, порождающего уголовно-правовое отношение, и его субъекта, других признаков, необходимых для уголовной ответственности и наказания, а также для выражения правовых гарантий в случае установления оснований применения иных мер уголовно-правового воздействия.

Специальные уголовно-процессуальные производства — обусловлены потребностью обеспечения различных процессуальных задач по охране прав и законных интересов участников уголовно-процессуальной деятельности, а также реализации предоставленных процессуальным органам в этой связи полномочий. Их формирование и применение обусловлено иными, чем у материальных производств, потребностями. Они не обладают и полностью тождественными предметно-функциональными формами, присущими производству по уголовному делу.

Несомненным фактом является то, что в российском уголовном судопроизводстве возросло многообразие и роль специальных производств. Так, осуществление предварительного судебного контроля по уголовным делам, избрание судом мер пресечения и процессуального принуждения, рассмотрение иных вопросов, согласно ст. 29 и др. УПК РФ, включая пересмотр промежуточных процессуальных решений, а также принятие решений в стадии исполнения приговора представляет собой существенную по объему и значению часть действий, осуществляемых в ходе досудебного и судебного производства по уголовному делу. Указанные факторы требуют в настоящее время уже самостоятельных исследований по этим вопросам.

Важным направлением в вопросах теории системно-структурной организации, сложившимся в современный период, является формирование сокращенных (редуцированных) производств в уголовном процессе. Ведь в современных условиях в целях достижения быстроты, экономии сил и средств широко применяются сокращенные способы установления фактических обстоятельств несложных уголовных дел при отсутствии у преступлений повышенной опасности.

Известно, что разработчики дореволюционных Судебных уставов изначально предусматривали обязательное использование сокращенных формы процесса для института мировой юстиции — упрощенный порядок рассмотрения дел.

Но с изменением типа уголовного процесса и укреплением направленности на унификацию сокращенные формы процесса не смогли стать постоянно востребованными. Это, прежде всего, касается применения порядка рассмотрения уголовных дел в дежурной камере народного суда и судебного приказа, предусматриваемые УПК РСФСР 1922 и 1923 годов.

Необходимые изменения в уголовно-процессуальном праве произошли в условиях перестройки судебной и правовой системы России, вследствие чего в УПК РСФСР наряду с ускоренным производством, применяющимся с 1966 года, были установлены правила единоличного рассмотрения судьей уголовных дел, сокращения судебного следствия при рассмотрении дел судом присяжных, а в дальнейшем — мировым судьей.

В УПК РФ также закреплены ряд форм сокращенного вида: дознание (глава 32, ст. 223–226) и особый порядок судебного разбирательства (раздел X).

Следует отметить, что во многих теоретических исследованиях обращается, главным образом, внимание на его понимание как результата упрощения процессуальной формы, обязательно связанного с отсутствием отдельных этапов, форм или других элементов производства по уголовному делу, а также изъятием общих процессуальных институтов и норм¹. С этой точки зрения суть упрощения выражается в тех изменениях, которые делают процессуальную форму усеченной (за счет ликвидации, как утверждается, «бессодержательных» или «ненужных» формальностей) по отношению к уже существующей². На наш взгляд, редукция процессуальной формы с целью получения упрощенной процедуры уголовно-процессуальной деятельности — один из наиболее очевидных, но и в то же время достаточно спорных приемов достижения быстроты уголовного судопроизводства. Если иметь в виду, что зачастую это сокращение осуществлялось путем урезания процессуальных гарантий, то подобное «освобождение» процессуальной формы от «излишеств» не могло не вступить в конфликт с ведущими основами уголовного судопроизводства — его задачами и принципами.

Подход, опирающийся на редукцию уголовно-процессуальной формы, также не соответствует содержанию международных рекомендаций в области упрощения уголовного процесса и сокращения судебной нагрузки, не способен обеспечить достаточный уровень гарантий прав участников уголовного судопроизводства и эффективность деятельности процессуальных органов. В частности, в рекомендации Совета Европы относительно упрощения уголовного правосудия от 17 сентября 1987 года акцентируется внимание на использовании таких средств и способов, которые бы предоставляли право выбора между общим порядком уголовного судопроизводства и сокращенным при обеспечении гарантированности доступа к общему порядку процессуальной деятельности, обладали условиями выгоды для интересов обвиняемого за счет обязательного смягчения наказания, ограничения оснований и круга мер процессуального принуждения, быстроты разрешения вопроса об ответственности, возможности возмещения причиненного ущерба и использования дискреционных форм уголовного преследования, заочного порядка вынесения судебного решения.

Для правильного понимания сокращенного производства следует обращать внимание не на формальные признаки, а, прежде всего, на содержательную сторону. В отличие от других видов уголовных производств, сокращенное судопроизводство в уголовном процессе — это дифференцированный порядок, применяющийся с целью быстрого разрешения дел о преступлениях, не сложных для разрешения, и имеющих нетяжкий характер, в котором используются обусловленные свойствами уголовных дел необходимые процессуальные (судебные и (или) несудебные) компоненты, обеспечивающие реализацию прав его участников и соответствующую выгоду для них.

В частности, особое значение имеет положение о том, что их применение зависит не только от принятой категоризации преступлений по характеру и степени тяжести (ст. 15 УК РФ), но и от введения специального основания — уголовного проступка.

Для создания сокращенного процесса на современном этапе следует, на наш взгляд, сформировать самостоятельный вид производства в отношении дел о преступлениях небольшой и средней тяжести. Наибольшая эффективность этого порядка связана со структурой, состоящей из: досудебной части — возбуждения уголовного дела и дознания; судебной части — рассмотрения дела, проводимого мировым судьей.

Соответственно, наиболее важными представляются следующие изменения и дополнения уголовно-процессуального закона:

¹ Рустамов Х. У. Уголовный процесс. Формы: Учебное пособие для вузов. М., 1998. С. 154.

² Якуб М. Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. М., 1971. С. 78; Трубникова Т. В. Теоретические основы упрощения судебных производств. Томск, 1999. С. 130.

1. Применительно к порядку возбуждения уголовного дела, с учетом важности его оперативности, следовало бы его структуру упростить.

2. Для обеспечения быстроты производства дознания в отношении несложных и нетяжких дел необходимо использовать процессуальные способы получения требуемых для рассмотрения дела судом материалов (проведение опросов, получение заключения специалиста, представление предметов и документов).

3. Судебное рассмотрение отнесенных к подсудности мирового судьи уголовных дел, включая и дела частного обвинения, должно осуществляться мировым судьей в сокращенные сроки после их упрощенной подготовки к судебному заседанию.

4. Для быстроты судопроизводства в необходимых случаях следует использовать сокращенное судебное следствие, судебный приказ, заочное судебное рассмотрение.

Наиболее приемлемым для применения сокращенных форм процесса является система производства по уголовным делам, подсудных мировому судье. Известно, что уже с момента своего формирования задачи мировой юстиции были неразрывно связаны с сокращенным рассмотрением несложных дел об уголовных правонарушениях (вплоть до 1881 года). Быстрота и упрощенность судебного порядка являются существенной чертой деятельности мировой юстиции и после ее восстановления в 1912 году.

В Российской Федерации институт мировой юстиции введен Федеральным законом «О мировых судьях в Российской Федерации» от 17 декабря 1998 года №188-ФЗ. Порядок рассмотрения уголовных дел был установлен в УПК РСФСР позднее — разделы XI и XII введены ФЗ от 7 августа 2000 года.

С точки зрения норм, регулирующих производство у мирового судьи, он представляет собой порядок рассмотрения уголовных дел о преступлениях, отнесенных к подсудности мирового судьи, включая дела частного обвинения, за исключение перечисленных в ч. 1 ст. 31 УПК РФ. Однако в статьях главы 41 УПК РФ, в отличие от Устава уголовного судопроизводства 1864 года и УПК РСФСР в ред. от 7 августа 2000 года, не установлены сокращенные формы процесса.

Причиной указанного может быть и в том, что ни в УПК РСФСР, ни тем более в УПК РФ так и не произошло закрепления предусмотренного Концепцией судебной реформы в Российской Федерации порядка суммарного производства, предназначенного для мировых судей. Вместо этого для них было предусмотрено рассмотрение уголовных дел, основанных на общих правилах. Кроме того, если в общем порядке законодатель ограничивает производство в суде второй инстанции лишь кассационной формой, то в отношении дел, рассмотренных мировыми судьями, кассационному производству предшествует апелляционный порядок (ч. 2 ст. 354 УПК РФ), допускающий по результатам рассмотрения дела не только изменение приговора, но и вынесение нового и уже окончательного (ч. 3 ст. 367 УПК РФ). В конечном итоге, судопроизводство, связанное с деятельностью мировых судей, с точки зрения сложности процессуальной формы получилось превосходящим по некоторым элементам даже общий вид уголовно-процессуальной деятельности.

Рассмотрение уголовных дел мировым судьей по общим правилам не эффективно для значительной части преступлений небольшой тяжести, в связи с чем в нем должны активно применяться сокращенные формы процесса.



Научное издание

**ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ
НА ЮГЕ РОССИИ:
ВЧЕРА, СЕГОДНЯ, ЗАВТРА**

**Материалы
научно-практической конференции,
посвященной 65-летию юридического факультета
РГУ–ЮФУ**

Редактор — Д. В. Нефедов
Верстка и дизайн — Д. В. Нефедов
Корректор — П. В. Багров

ООО «Профпресс», 344019, г. Ростов-на-Дону,
ул. 13-я линия, 34, оф. 407, тел. (863) 241-37-43, факс (863) 220-38-27,
e-mail: profpress@aanet.ru.

Отпечатано в РИК ООО «Профпресс». Сдано в набор 14.12.2013.
Подписано в печать 25.12.2013. Формат 64x80/16. Бумага офсетная.
Печать цифровая. Гарнитура HeliosCondC. Усл. печ. л. 31,2. Тираж 400 экз.

ISBN 978-5-905468-15-5



9 785905 468155