

ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

**СТУДЕНТЫ
В ПРАВОВОЙ
НАУКЕ**

СБОРНИК НАУЧНЫХ ТРУДОВ

В ы п у с к 11

**МАТЕРИАЛЫ
НАУЧНОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ
КОНФЕРЕНЦИИ**

*Воронеж
9–16 апреля 2011 г.*



ИЗДАТЕЛЬСТВО
ВОРОНЕЖСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО
УНИВЕРСИТЕТА
2011

УДК 340.131.4(470) (06)
ББК 67.400
С88

Научный редактор –
заслуженный деятель науки Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор *Ю. Н. Старилова*

Студенты в правовой науке : сб. науч. трудов.
С88 Вып. 11 : Материалы научной студенческой конференции
(Воронеж, 9–16 апреля 2011 г.) / под ред. Ю. Н. Старилова.
– Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2011. – 288 с.

ISBN 978-5-9273-1857-5

Настоящий выпуск представляет собой сборник научных докладов студентов юридического факультета Воронежского государственного университета, в которых рассматриваются актуальные проблемы современного российского материального и процессуального права, обсуждаются идеи проведения реформ и намечаются пути разрешения возникающих противоречий.

Для преподавателей, аспирантов и студентов высших юридических учебных заведений.

УДК 340.131.4(470) (06)
ББК 67.400

Научное издание
СТУДЕНТЫ В ПРАВОВОЙ НАУКЕ

Сборник научных трудов

Выпуск 11

МАТЕРИАЛЫ НАУЧНОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ
Воронеж, 9–16 апреля 2011 г.

Редактор *Ю. С. Гудкова*. Художественный редактор *Е. В. Жеребцова*
Компьютерная верстка *К. П. Пенского*

Подп. в печ. 30.11.2011. Формат 60×84/16. Уч.-изд. л. 17,4. Усл. п.л. 16,7. Тираж 300 экз. Заказ 1588

Издательство Воронежского государственного университета.
394000 Воронеж, ул. Ф. Энгельса, 8

Отпечатано в типографии Издательско-полиграфического центра
Воронежского государственного университета
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

ISBN 978-5-9273-1857-5

© Воронежский государственный университет, 2011
© Оформление, оригинал-макет. Издательство
Воронежского государственного университета, 2011

СО Д Е Р Ж А Н И Е

П р е д и с л о в и е.....	6
<i>Алехина Ю. Н.</i> Коллизии законодательства в сфере образования и пути их решения.....	8
<i>Андреева О. И.</i> Квалификация соучастия в преступлениях со специальным субъектом.....	14
<i>Артюхов В. Э.</i> Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации	19
<i>Бабурин В. Л.</i> Об особенностях правового регулирования вопросов двойного гражданства.....	23
<i>Балбекова Ю. С.</i> Дискуссия об учреждении административных судов в Российской Федерации	28
<i>Бекетова К. А.</i> Конституционные основы разграничения предметов ведения субъектов Российской Федерации и муниципальных образований в сфере гражданских отношений	34
<i>Бортников В. А.</i> Предмет доказывания и факты, не подлежащие доказыванию в гражданском судопроизводстве	41
<i>Воронов Б. К.</i> Трудовые споры, возникающие при расторжении трудового договора по инициативе работодателя	46
<i>Гайдаева В. А.</i> Проблемы конституционно-правового статуса контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации.....	50
<i>Грибкова А. А.</i> Проблемы последствий недействительных сделок и пути их решения	59
<i>Завьялова Д. В.</i> Административное приостановление деятельности как вид административного наказания	62
<i>Загонова Д. А.</i> Некоторые проблемы страхования профессиональной ответственности адвокатов.....	65
<i>Зотова Ю. М.</i> Основные проблемы института злоупотребления правом	74
<i>Иванов А. В.</i> Возмещение убытков и компенсация как способы меры ответственности при нарушении авторских прав	78

<i>Калинина А. А.</i> Правовые проблемы доверительного управления ценными бумагами	81
<i>Клычева Н. Е.</i> Новеллы закона о полиции: административно-правовой аспект	85
<i>Колесникова Е. А.</i> К проблеме деформации правосознания: теоретический аспект	89
<i>Колобова Т. В.</i> Взаимодействие уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации с органами государственной власти, органами местного самоуправления и Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации	93
<i>Концедалов Д. С.</i> Порядок обжалования незаконных актов прокурорского реагирования	99
<i>Кретинина Е. Ю.</i> Уполномоченный по правам человека в субъектах Российской Федерации: теория и практика деятельности	106
<i>Крылов В. А.</i> Проблемы, возникающие при расследовании преступлений, связанных с незаконным сбытом наркотических средств	111
<i>Кутищева В. А.</i> Об особенностях административной ответственности несовершеннолетних лиц в Российской Федерации	117
<i>Лопатин Д. В.</i> Конституционное закрепление прав граждан в сфере труда в России и за рубежом	122
<i>Ляхова А. И.</i> К вопросу о новациях в способе формирования органов местного самоуправления	127
<i>Макушина Е. А.</i> Запрет на распространение информации о частной жизни лица в России и зарубежных странах	134
<i>Матюшенко Я. К.</i> Административные процедуры в административных регламентах осуществления государственных функций и предоставления государственных услуг	138
<i>Матюшенко А. Е.</i> Правовые аспекты ответственности и отрешения от должности Президента Российской Федерации	144

<i>Миневич И. О.</i> Президент Российской Федерации и Правительство Российской Федерации: проблемы взаимодействия.....	149
<i>Назаренко О. В.</i> Последствия несоблюдения правил о подсудности в гражданском процессе	152
<i>Негробова М. В.</i> Особенности полупрезидентской республики (на примере России и Франции)	156
<i>Никулина М. П.</i> Проблемы использования Интернет-информации в доказательственной деятельности по гражданским делам	161
<i>Новиков О. А.</i> Роль и назначение прокурора в досудебных стадиях российского уголовного процесса	167
<i>Подкопаева Е. Е.</i> Роль принципов и норм международного права в реализации института защиты конституционного права собственности в России (на примере Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).....	172
<i>Подобедова Н. В.</i> Рецепция норм римского права о понятии обязательства	175
<i>Пушкаренко М. С.</i> Защита авторских прав в сети Интернет	179
<i>Рябчикова А. К.</i> Некоторые проблемы избирательных кампаний в Российской Федерации	181
<i>Седых А. Ю.</i> Проблемы судебной защиты прав лиц, не участвовавших в гражданском процессе	183
<i>Смирных В. В.</i> Правовое регулирование смертной казни в России и зарубежных странах.....	188
<i>Смолянинова Ю. К.</i> Неналоговые доходы бюджета	193
<i>Смотрова А. Ю.</i> Крестьянское (фермерское) хозяйство как субъект трудового права	198
<i>Соломкина В. С.</i> Конституционное закрепление принципов экономической системы	206
<i>Суркова С. О.</i> Публично-правовая ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления	209
<i>Суханова Т. А.</i> Сравнительный анализ основных институтов конституционного права в России и странах Латинской Америки (на примере Бразилии, Аргентины и Венесуэлы)	214

<i>Сушкова Е. А.</i> Коллизии в регулировании защиты прав ребенка.....	219
<i>Сысоева П. А.</i> Особенности регулирования труда работников автомобильного транспорта	223
<i>Сычева И. С.</i> Профессиональные качества личности следователя	228
<i>Трушина Н. Ю.</i> Проблемы нормативно-правового регулирования конституционного права граждан на обращение	236
<i>Тычинина Т. Н.</i> Третейский суд через призму Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации	242
<i>Упыркина М. В.</i> Право на жизнь нерожденного ребенка и право женщины самостоятельно решать вопросы материнства: опыт зарубежных стран и Российской Федерации	247
<i>Филатова Е. С.</i> Конституционно-правовые основы миграции в современной России	251
<i>Фролов Б. М.</i> Проблемы осуществления мер по противодействию коррупции в системе государственной службы	254
<i>Шваюн З. В.</i> О пробелах и дефектах Конституции Российской Федерации	259
<i>Шевченко Я. И.</i> Современные проблемы аттестации муниципальных служащих	262
<i>Шитиков Д. А.</i> Тенденции развития приказного производства в гражданском процессуальном праве Российской Федерации	270
<i>Щербинина Н. Н.</i> О проблемах внедрения «электронного правительства» в Российской Федерации.....	276
<i>Явтуховская Я. В.</i> Тенденции развития полномочий органов конституционного контроля в России.....	281
<i>Яночка И. А.</i> Проблемы правовой природы пени в налоговом праве.....	284

ПРЕДИСЛОВИЕ

В настоящем выпуске сборника научных трудов студентов юридического факультета Воронежского государственного университета публикуются научные работы, тезисы которых обсуждались на ежегодной научной студенческой конференции, проведенной в ВГУ 9–16 апреля 2011 г. Во-первых, нужно отметить постоянно возрастающий интерес студентов к самой возможности выступить с докладом на заседании соответствующей секции, образованной в рамках научной студенческой конференции. Во-вторых, студенты пытаются с большей активностью отнестись как к самой возможности опубликовать научную статью по избранной теме исследования, так и творчески подойти к содержанию предпринимаемого научного анализа соответствующих правоотношений. В современных условиях научная активность студентов и, конечно, результативность проводимой ими исследовательской деятельности находятся в числе самых важных критериев, демонстрирующих общие успехи студентов и повышающих их «статус». Такой подход к оценке основных достижений студентов является в полной мере справедливым, так как именно исследовательские усилия студентов во многом формируют их профессиональные знания и укрепляют основы компетентного подхода к разрешению сложных практических проблем.

Следует отметить, что в числе приоритетных направлений научного анализа студентами остаются на протяжении вот уже многих лет практически одни и те же темы и проблемы правового регулирования, законотворчества, административной и судебной практики. Основными тематиками опубликованных статей в настоящем издании являются: конституционный контроль в Российской Федерации; реформа системы органов исполнительной власти; местное самоуправление и публично-правовая ответственность органов и должностных лиц местного самоуправления; деятельность Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и ее субъектах; доказывание в гражданском судопроизводстве и иные проблемы современного гражданского процесса; формирование и развитие административного судопроизводства в России; административно-деликтное право и проблемы применения административной ответственности; противодействие коррупции в системе государственной службы; некоторые проблемы налогового и бюджетного права; деятельность прокурора в уголовном процессе.

Хотелось бы пожелать студентам, которые пытаются исследовать различные проблемы современного государственно-правового развития России или зарубежное законодательство, новых весомых достижений в данной сфере их деятельности.

Доктор юридических наук, профессор

Ю. Н. Старилов

Ю. Н. Алехина

КОЛЛИЗИИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

В общественной жизни всегда возникает множество противоречий. Среди них можно выделить юридические коллизии, под которыми понимаются расхождения или противоречия между отдельными нормативными правовыми актами, регулирующими одни и те же либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий¹.

Актуальность темы обусловлена существенными изменениями, произошедшими в сфере образования, в частности в связи с опубликованием проекта Федерального закона «Об образовании» от 1 декабря 2010 г. на сайте «Российской газет»², а также необходимостью постоянного совершенствования законодательства об образовании.

После принятия базового Закона РФ «Об образовании» в 1992 г. планировалось подготовить и принять законодательные акты, регулирующие специфические отношения, присущие каждому отдельному уровню образования. При этом предполагалось, что акты позволят решить, по крайней мере, две группы задач: во-первых, установить дополнительные гарантии прав граждан на получение образования соответствующего уровня и (или) дополнительные «защитные» механизмы развития данной образовательной подсистемы; во-вторых, заполнить пробелы в законодательном регулировании функционирования этой подсистемы, которые по необходимости оставались в базовом Законе³.

¹ См.: Малько А. В., Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник / Акад. нар. хоз-ва при Правительстве Рос. Федерации. 3-е изд. М., 2009. С. 359.

² URL: <http://www.rg.ru/2010/12/01/obrazovanie-dok.html>

³ См.: Смолин О. Н. Знание – свобода. Российская государственная образовательная политика и федеральное законодательство 90-х годов. М., 1999. С. 48.

© Алехина Ю. Н., 2011

Однако стратегический курс законодателя завершился практически его начальной стадией – принятием Федерального закона «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» в 1996 г.⁴ В результате все те недостатки законодательства, которые хотел исправить законодатель принятием специальных законов, остались неустраненными. Более того, оказалось, что такой путь чреват неизбежным дублированием норм базового закона, а также значительными противоречиями.

Отсутствие единства между Законом РФ «Об образовании» (далее – Законом) и Федеральным законом «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» (далее – Федеральным законом) затрагивает наиболее важные права и свободы участников образовательных отношений.

Во-первых, ст. 4 Федерального закона признает компонентом системы высшего и послевузовского профессионального образования не любое образовательное учреждение, а только вуз, имеющий лицензию. Статья 8 Закона не содержит такого требования к системе образовательных учреждений и тем самым необоснованно включает в нее образовательные учреждения, не имеющие лицензии. Между тем, согласно ч. 6 ст. 33 Закона, право на ведение образовательной деятельности возникает у образовательного учреждения с момента выдачи ему лицензии⁵.

Во-вторых, согласно ч. 24 ст. 33 Закона филиалы (отделения) образовательных учреждений проходят регистрацию по фактическому адресу, а лицензирование, аттестацию и государственную аккредитацию – в общем порядке, установленном для образовательных учреждений настоящим Законом. Однако абзац 7 ч. 3 ст. 8 Федерального закона устанавливает иное правило: филиалы вузов проходят лицензирование и аттестацию самостоятельно, а государственную аккредитацию – в составе высшего учебного заведения. Коллизия изложенных норм порождает возможность различных решений вопроса об

⁴ О высшем и послевузовском профессиональном образовании : федер. закон от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 35. Ст. 4135.

⁵ Об образовании : закон Рос. Федерации от 10 июля 1992 г. № 3266-1 (ред. от 17.06.2010) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 3. Ст. 150.

аккредитации филиалов и затрудняет процесс прохождения образовательными учреждениями этой процедуры.

Противоречия возникают также между образовательным и гражданским законодательством. Предусмотренный п. 4 ст. 34 Закона перечень оснований ликвидации образовательного учреждения значительно уже перечня оснований ликвидации юридических лиц, перечисленных в ст. 61 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)⁶. В частности, в Законе отсутствуют, например, такие основания ликвидации учреждения, как признание судом недействительной регистрации юридического лица в связи с допущенными при его создании нарушениями закона или иных правовых актов, если эти нарушения носят неустранимый характер; неоднократное или грубое нарушение закона или иных правовых актов. В то же время Закон содержит такое основание ликвидации, как осуществление деятельности, не соответствующей его уставным целям, которое по ГК РФ применимо только в отношении общественной и религиозной организации. При этом в ГК РФ выдвинуто дополнительное требование – систематическое осуществление этой деятельности (в Законе оно отсутствует). Представляется, что Закон может предусматривать дополнительные по сравнению с ГК РФ основания ликвидации образовательных учреждений (руководствуясь п. 3 ст. 120 ГК РФ), а при ликвидации образовательного учреждения следует применять одновременно ст. 61 ГК РФ и ст. 34 Закона. Однако из редакции ст. 61 ГК РФ следует, что основания ликвидации юридических лиц могут быть предусмотрены только ГК РФ, т.е. в данном случае законодатель не учел возможную специфику отдельных видов юридических лиц. В связи с этим считаем, что перечень оснований ликвидации юридических лиц, установленный ст. 61 ГК РФ, должен быть либо расширен, либо быть открытым.

Существует также целый комплекс нормативных противоречий, связанных с реализацией Болонского процесса в России.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 06.04.2011) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

Болонский процесс официально был начат с принятия 29 странами Европы Болонской декларации 19 июня 1999 г. В сентябре 2003 г. Россия официально присоединилась к Болонскому процессу. Основная цель этой акции – добиться признания российского высшего образования за рубежом и конвертируемости дипломов выпускников российских вузов. Однако на пути реализации Болонских инициатив существуют значительные препятствия в виде нормативных противоречий в области образовательного и ряда других законодательств. Устранение этих противоречий с необходимостью предполагает совместную работу некоторых министерств и ведомств. Какие же это противоречия?

Болонское соглашение предусматривает широкий модульный подход к изучению дисциплин, означающий отказ от предметного преподавания, введение широких образовательных программ, в которых междисциплинарные границы являются отличными от традиционных. Модульный подход противоречит нашим государственным образовательным стандартам, составленным попредметно, что требует изменения в образовательном законодательстве.

В России в отличие от ряда других стран строго определен срок освоения основной образовательной программы, исчисляемый в неделях, а Государственный образовательный стандарт не позволяет вносить изменения, например, в целях усиления теоретической подготовки студентов путем введения факультативных дисциплин. Такой жесткий временной регламент следовало бы изменить, предоставив вузам большую самостоятельность в решении этой проблемы⁷.

Внимания правоведов требует проблема признания бакалавра на рынке труда. Несмотря на то, что студент учился 4 года, имеет степень бакалавра и признается государством как получивший высшее образование, нередко возникают серьезные трудности в трудоустройстве данной категории молодых людей. Работодатели обычно не считают бакалавра специалистом с высшим образованием и отказывают в приеме на

⁷ См.: *Иванова В. И.* Реализация Болонских идей в России : нормативные противоречия // *Знание. Понимание. Умение* : журн. Моск. гуманит. ун-та. 2005. № 3. С. 70–72.

работу, ссылаясь на отсутствие соответствующего законодательства. Причем указанная проблема не только российская, но и ряда европейских стран. В связи с этим необходим единый тарифный справочник, существовавший в советской системе трудового законодательства, когда каждый уровень образования характеризовался перечнем должностей. Сейчас эти требования сохраняются для отдельных видов деятельности: государственной службы, судебной, правоохранительной систем. Но для большинства гражданских и коммерческих должностей подобного рода характеристик не существует⁸.

В связи с изложенным можно определить направления совершенствования законодательной базы об образовании.

Законотворческая практика знает лишь один наиболее эффективный способ борьбы с многообразием нормативно-правовых актов, дублированием норм права, противоречиями и пробелами – это кодификация. «Главным направлением совершенствования законодательства была и остается его кодификация по отраслям права»⁹, – полагают авторы монографии «Российское законодательство: проблемы и перспективы». Именно отраслевая кодификация дает возможность проанализировать весь основной нормативный материал определенной отрасли законодательства, корреспондирующей одноименной отрасли права, обеспечить взаимосвязанность входящих в нее нормативных актов, что в свою очередь и позволяет говорить о более широких юридических рамках отраслевой кодификации, о большем ее влиянии на органичность и целостность самой системы законодательства.

Принимая во внимание опыт Белоруссии, 13 января 2011 г. Президент Республики Беларусь подписал принятый 2 декабря 2010 г. Палатой представителей и одобренный 22 декабря 2010 г. Советом Республики Национального собрания Республики Беларусь Кодекс Республики Беларусь об образовании. Кодекс предусматривает создание на базе сложившихся правовых институтов единого, целостного меха-

⁸ См.: Ружникова И. Пробелы в законе – проблемы в образовании // Байкальские вести. 2010. 17 дек.

⁹ Российское законодательство : проблемы и перспективы / под ред. Л. А. Окунькова. М., 1995.

низма правового регулирования образовательных отношений, обеспечивает систематизацию и упорядочение правовых норм, сокращение количества нормативных правовых актов в этой сфере, а также устранение иных имеющихся недостатков в регулировании образовательных отношений.

В качестве еще одного направления совершенствования законодательства Российской Федерации в области образования следует упомянуть устранение так называемых скрытых коллизий, т.е. коллизий, возникающих из-за различий в понимании нормативного предписания, порой вкладывающего разный смысл в одно и то же понятие. Для сведения до минимума возникновения скрытых коллизий в законодательные акты обычно включаются статьи, содержащие нормы-дефиниции, закладывающие основы понятийного (категориального) аппарата данного законодательного акта или целой отрасли законодательства. Ни в Законе РФ «Об образовании», ни в Федеральном законе «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» статей, закрепляющих и уточняющих законодательную терминологию образовательного права, не содержится¹⁰. Однако в ст. 2 проекта Федерального закона «Об образовании», опубликованного 1 декабря 2010 г. на сайте «Российской газет», дается перечень основных понятий и терминов. Надо полагать, что с принятием этого закона часть вопросов, связанных со скрытыми коллизиями, будет разрешена.

Таким образом, система федеральных правовых и нормативных актов, регулирующих отношения в сфере образования, требует корректировки и устранения существующих коллизий. Определенным способом решения проблем может стать принятие Кодекса РФ об образовании, который позволит: во-первых, завершить процесс формирования массива норм образовательного права в качестве самостоятельной отрасли права; во-вторых, поднять на уровень законодательного регулирования значительную часть отношений в сфере образования, регулируемых преимущественно подзаконными нор-

¹⁰ См.: Козырин А. Н. Актуальные проблемы развития образовательного законодательства Российской Федерации // Ежегодник российского образовательного законодательства. 2006. Т. 1.

мативно-правовыми актами; в-третьих, обеспечить нормы Кодекса действенным механизмом их реализации в конкретных отношениях, устранив декларативные предписания, действующие только формально; в-четвертых, преодолеть многообразие источников федеральных нормативно-правовых актов и устранить пробелы, противоречия и неоправданные повторы отдельных норм в разных нормативно-правовых актах.

О. И. Андреева

КВАЛИФИКАЦИЯ СОУЧАСТИЯ В ПРЕСТУПЛЕНИЯХ СО СПЕЦИАЛЬНЫМ СУБЪЕКТОМ

Институт соучастия является одним из важнейших в науке уголовного права. Проблемам соучастия посвящено много научных трудов, но, несмотря на это, некоторые аспекты продолжают оставаться дискуссионными, в частности, вопрос о квалификации соучастия в преступлениях со специальным субъектом.

Специальный субъект преступления – это вменяемое лицо, достигшее возраста уголовной ответственности и обладающее дополнительными юридическими признаками, описанными в уголовном законе или однозначно вытекающими из его толкования, ограничивающими круг лиц, которые по данному закону могут быть привлечены к ответственности¹. Причем специальные признаки субъекта детерминированы качествами объекта преступления, позволяющими совершить деяние, описанное диспозицией статьи Особенной части Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ)². Деяние является объективной стороной преступления, – его могут выполнить как одно лицо (исполнитель), так и несколько (соисполнители). По смыслу ч. 4 ст. 34 УК РФ, исполнителем в преступлении со специальным субъектом может быть только специальный субъект, остальные же участники преступления могут высту-

¹ См.: Устименко В. В. Специальный субъект преступления. Харьков, 1989. С. 45.

² См.: Семенов С. А. Специальный субъект преступления в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 12.

© Андреева О. И., 2011

пать в качестве организатора, подстрекателя или пособника, образуя при этом соучастие.

Несмотря на то, что данное положение закреплено законодательно, некоторые ученые все же высказывают иные точки зрения. Одни считают, что исполнителем и соисполнителем могут быть любые лица, выполняющие объективную сторону преступления, если ее характеристика в законе является общей и ничем не ограничена. В случае ограниченного круга субъектов исполнителем и соисполнителем могут быть только лица, обладающие специальными признаками³. Другие утверждают, что положения ч. 4 ст. 34 УК РФ применяются, когда объективную сторону преступления может выполнять только специально указанный субъект⁴. В качестве примера приводится следующая ситуация: заведующий складом по заранее достигнутой договоренности с водителем (которому имущество не вверялось) незаконно выдает ему товар со склада и поручает вывезти имущество с охраняемой территории. При этом получается, что значительную часть объективной стороны преступления выполняет лицо, не являющееся субъектом преступления, предусмотренного ст. 160 УК РФ.

Из приведенных позиций следует, что исполнителем в указанных преступлениях может быть все же только специальный субъект. Кстати, именно это выявляет специфику таких преступлений, их повышенную опасность, так как вред в данном случае причиняется «изнутри», самими участниками специальных отношений.

Кроме того, вопрос соучастия со специальным субъектом тесно связан с видами и формами соучастия. В основе деления соучастия на формы лежат наиболее типичные варианты связи между соучастниками (характер и степень субъективной связи соучастия; степень согласованности действий соучастников и др.). Формы соучастия закреплены в ст. 35 УК РФ. Виды же соучастия образуют разновидности участия нескольких лиц в совершении преступления, и в качестве таковых принято выделять соинициаторство и соисполнительство.

³ См.: Шеслер А. В. Уголовно-правовые средства борьбы с групповой преступностью. Красноярск, 1999. С. 46–47.

⁴ См.: Щепельков В. Ф. Определение вида соучастников в преступлениях со специальным субъектом // Рос. следователь. 2003. № 7. С. 37.

Совиновничество подразумевает совершение преступления, в котором одно лицо является исполнителем (непосредственно выполняет объективную сторону состава преступления, что в ряде случаев обусловлено именно наличием у субъекта определенных дополнительных признаков), остальные же соучастники выполняют роли подстрекателя, организатора или пособника (непосредственно не выполняют объективную сторону состава преступления). Соисполнительство подразумевает личное участие в выполнении объективной стороны, в преступлениях же со специальным субъектом предполагается участие двух и более соисполнителей – специальных субъектов.

Принципиально важно для квалификации содеянного установить признаки специального субъекта, поскольку возможны случаи, при которых специальный субъект может оказаться ненадлежащим. Например, эмансипированное в соответствии со ст. 27 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ) лицо не приравнивается к совершеннолетнему в смысле уголовного закона. В уголовном праве эмансипация дает основу для привлечения лица к ответственности лишь за те деяния, которые может совершить эмансипированный, но несовершеннолетний (например, преступления в сфере семейно-брачных отношений). Вместе с тем эмансипированный не может нести ответственность за совершение тех преступлений, которые закон связывает с фактическим достижением совершеннолетия.

К тому же предлагается признавать ненадлежащим специальным субъектом лицо, включенное в сферу специальных отношений ненадлежащим образом или с нарушением требований закона (чаще всего это должностное лицо). При этом указанное лицо не обладает признаками специального субъекта и не может нести уголовную ответственность в соответствующих случаях⁵. Предлагается усматривать в совершенном признаках общеуголовных (не специально субъектных) преступлений и отмечается, что ответственность должна возлагаться на тех должностных лиц, которые не-

⁵ См.: *Аветисян С. С.* Соучастие в преступлениях со специальным составом. М., 2004. С. 409.

законно включили данное лицо в специальную сферу отношений.

Изложенная позиция порождает еще больше неясностей: во-первых, как поступать в случае, если должностное лицо добросовестно заблуждалось насчет наличия у лица, включаемого в сферу специальных отношений, надлежащих оснований; во-вторых, как оценивать всю предыдущую (до совершения преступления) деятельность ненадлежащего субъекта и каковы ее последствия (является ли она вся незаконной; подлежит ли отмене; если да, то каким образом?); в-третьих, не станет ли это легким способом ухода лица от ответственности? Указанные вопросы разрешены в п. 6 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 г. № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»: «Если лицо, назначенное на должность с нарушением требований или ограничений, установленных законом или иными нормативными правовыми актами, к кандидату на эту должность..., из корыстной или иной личной заинтересованности использовало служебные полномочия вопреки интересам службы либо совершило действия, явно выходящие за пределы его полномочий, повлекшие существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства, то такие действия следует квалифицировать соответственно как злоупотребление должностными полномочиями либо как превышение должностных полномочий»⁶.

Возможно, разумным было бы возложение ответственности на должностное лицо, включающее заведомо для него ненадлежащий субъект в сферу специальных отношений с корыстной целью, не снимая ответственности с ненадлежащего специального субъекта, совершившего преступление. В данном случае (если, конечно, включающее лицо не являлось подстрекателем и не совершало других действий, характерных для соучастника) говорить о соучастии нельзя, но при очевидности осведомленности должностного лица его необходимо привлечь к ответственности.

⁶ Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и РФ. М., 2002. С. 535.

В теории предлагается дополнить УК РФ нормой, устанавливающей ответственность за незаконное включение лица в сферу специальных отношений и в качестве объективной стороны указать на «нарушение правил включения лица в сферу специальных отношений лицом, в силу занимаемой должности обязанным соблюдать эти правила, допущенное с корыстной или иной личной заинтересованностью, если деяние лица, включенного в сферу этих отношений, повлекло или могло повлечь причинение существенного вреда данным отношениям»⁷.

Оценивая изложенное предложение, обратимся к положениям ныне действующего законодательства. На наш взгляд, действия лица, включающего ненадлежащий субъект в сферу специальных отношений (причем заведомо для него ненадлежащий), можно квалифицировать как злоупотребление должностными полномочиями. Об этом говорится в п. 15 указанного выше Постановления Пленума Верховного суда РФ «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»: «Как злоупотребление должностными полномочиями должны квалифицироваться действия должностного лица, которое из корыстной или иной личной заинтересованности совершает входящие в круг его должностных полномочий действия при отсутствии обязательных условий или оснований для их совершения (например, выдача водительского удостоверения лицам, не сдавшим обязательный экзамен; прием на работу лиц, которые фактически трудовые обязанности не исполняют; освобождение командирами (начальниками) подчиненных от исполнения возложенных на них должностных обязанностей с направлением для работы в коммерческие организации либо обустройства личного домовладения должностного лица)». И далее в п. 16: «Как использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы следует рассматривать протекционизм, под которым понимается незаконное оказание содействия в трудоустройстве, продвижении по службе, поощрении подчиненного, а также иное покровительство по

⁷ Аветисян С. С. Указ. соч. С. 428.

службе, совершенное из корыстной или иной личной заинтересованности»⁸.

Разве не о действиях должностных лиц в отношении так называемых ненадлежащих субъектов идет речь?

Исходя из сказанного, не представляется разумным включение новой нормы в УК РФ, но поскольку в теории такой вопрос возник, это, прежде всего, демонстрирует проблему неполноценного использования уже существующих норм УК РФ.

⁸ Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР, РСФСР и РФ. С. 537.

В. Э. Артюхов

ОРГАНЫ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Учреждение на региональном уровне своих органов государственной исполнительной власти является обязанностью каждого субъекта Российской Федерации. Эта обязанность обусловлена закрепленным в ст. 10 Конституции РФ¹ принципом осуществления государственной власти на основе ее разделения на законодательную, исполнительную и судебную.

Исполнительная власть в субъекте РФ, обладая значительным аппаратом принуждения и административными полномочиями, пронизывает все сферы общественных отношений, – самая императивная из всех других ветвей власти на региональном уровне. Деятельность органов исполнительной власти субъекта РФ подзаконна, связана жесткими рамками правовых ограничений. Ее основная функция состоит в организационной, управленческой деятельности, направленной на исполнение правовых актов. Вспомогательными функциями органов исполнительной власти субъекта РФ являются: а) нормотворческая, заключающаяся в издании нормативных актов; б) оперативно-исполнительная, обеспечивающая ре-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.

© Артюхов В. Э., 2011

ализацию правовых норм, содержащихся как в законах, так и подзаконных актах; в) юрисдикционная, предоставляющая возможность применять санкции к субъектам, совершившим правонарушения.

По вопросам своего ведения отраслевые и межотраслевые органы исполнительной власти субъекта РФ издают правовые акты: нормативные (в форме приказов), индивидуальные (в форме распоряжений).

Каждый орган исполнительной власти субъекта РФ действует на базе соответствующего положения, в котором указываются основные задачи и функции органа исполнительной власти, его права и обязанности, статус руководителя, а также закрепляется внутренняя структура органа. В органах исполнительной власти субъекта РФ не могут образовываться структуры политических партий, религиозных, общественных объединений.

В административном праве под органом исполнительной государственной власти субъекта РФ понимается «структурно обособленный, юридически оформленный, обладающий определенной управленческой компетенцией организованный коллектив граждан РФ, состоящий из руководителя, государственных служащих субъекта РФ и обслуживающего (технического) персонала, наделенный властными полномочиями исполнительно-распорядительного характера по решению вопросов, входящих в предмет ведения субъекта Федерации»².

В соответствии с Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» система исполнительных органов государственной власти субъектов РФ устанавливается ими самостоятельно. Перечень исполнительных органов субъекта РФ определяется высшим должностным лицом субъекта РФ (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) в соответствии с конституцией (уставом) субъекта РФ.

² *Чертков А. Н.* Совершенствование федерального законодательства об организации государственной власти субъектов Российской Федерации // *Право и политика.* 2004. № 3.

Основой структуры региональных органов исполнительной власти являются должностные лица и государственные гражданские служащие субъекта РФ, под которыми понимаются «граждане, осуществляющие профессиональную служебную деятельность на должностях государственной гражданской службы субъекта РФ по обеспечению исполнения полномочий региональных исполнительных органов и получающие денежное содержание (вознаграждение) за счет средств бюджета соответствующего субъекта РФ»³.

В единую систему исполнительной власти субъекта РФ включаются: а) высшее должностное лицо субъекта РФ (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ); б) исполнительный орган государственной власти общей компетенции (правительство или администрация); в) исполнительные органы государственной власти специальной компетенции (отраслевые и межотраслевые); г) территориальные органы государственной исполнительной власти общей компетенции, действующие в границах административно-территориальных образований (городов и районов республиканского или областного подчинения и т.д.) или на территории административных (управленческих) округов; д) территориальные органы государственной исполнительной власти специальной компетенции, являющиеся структурными подразделениями органов общей компетенции или отраслевых (межотраслевых) органов субъекта Федерации.

Кроме того, выделяют следующие виды органов исполнительной власти субъектов РФ: а) органы общей компетенции; б) отраслевой компетенции; в) межотраслевой компетенции; г) внутриотраслевой компетенции; д) единоначальные органы; е) коллегиальные; ж) органы, сочетающие единоначалие с коллегиальностью.

Высшее должностное лицо субъекта РФ (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) – должностное лицо, представляющее субъект РФ и возглавляющее его исполнительную ветвь власти (вы-

³ Безруков А. В. Проблемы взаимодействия Российской Федерации и ее субъектов в сфере исполнительной власти // Журн. рос. права. 2001. № 1.

сший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ).

Высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ является постоянно действующим органом исполнительной власти субъекта РФ. Он обеспечивает исполнение Конституции РФ, федеральных законов и иных нормативных правовых актов РФ, конституции (устава), законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ на территории субъекта РФ.

Высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ разрабатывает и осуществляет меры по обеспечению комплексного социально-экономического развития субъекта РФ, участвует в проведении единой государственной политики в области финансов, науки, образования, здравоохранения, социального обеспечения и экологии.

В Воронежской области действует закон Воронежской области «О системе исполнительных органов государственной власти Воронежской области». Данную систему составляют администрация Воронежской области и сформированные губернатором Воронежской области государственные органы исполнительной власти Воронежской области. Администрация Воронежской области является высшим постоянно действующим государственным органом исполнительной власти Воронежской области и возглавляется губернатором Воронежской области. Для обеспечения деятельности администрации Воронежской области образуется аппарат администрации Воронежской области.

Существует ряд однородных проблем административной организации, объединяющих субъекты РФ. Причем их возникновение обусловлено не только определенным процессом деятельности исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, но и отсутствием конкретизированного законодательства в данной сфере. В связи с этим необходима является административная реформа, способствующая разграничению компетенций органов власти в субъектах РФ, созданию сдержек и противовесов, которые образуют должное правовое пространство для реализации поставленных целей и задач.

Административная реформа в России – одно из важнейших условий ускорения социально-экономического развития страны. Приоритетные задачи развития государственного управления: сокращение функций, осуществляемых государственными органами; оптимизация структуры органов исполнительной власти; демократизация управления, его открытость и доступность для граждан. Одно из важнейших условий эффективной реализации компетенции субъекта Федерации – грамотное структурирование всей системы исполнительной власти региона, включая отраслевые и функциональные органы исполнительной власти. В субъектах РФ следует реализовать мероприятия, аналогичные проведенным на федеральном уровне: анализ функций органов исполнительной власти на предмет их избыточности и дублирования; внесение в нормативные правовые акты субъектов Федерации изменений, ликвидирующих избыточные и дублирующие функции; внедрение механизмов, препятствующих появлению новых избыточных функций.

В. Л. Бабурина

ОБ ОСОБЕННОСТЯХ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОПРОСОВ ДВОЙНОГО ГРАЖДАНСТВА

В соответствии со ст. 3 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации» (далее – Федеральный закон о гражданстве) двойное гражданство – это наличие у гражданина Российской Федерации гражданства (подданства) иностранного государства¹.

Отечественному законодательству всегда была свойственна традиция отказа от двойного гражданства, нарушенная Законом РФ от 28 ноября 1991 г. № 1948-1 «О гражданстве Российской Федерации»². Статья 3 данного Закона предоставляла возможность гражданину РФ по его ходатайству иметь одновременно и гражданство другого государства, с которым заключен соответствующий международный договор.

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 62. Ст. 14.

² Там же. 1991. № 11. Ст. 226.

© Бабурина В. Л., 2011

В настоящее время ст. 62 Конституции РФ³, ст. 6 Федерального закона о гражданстве регулируют вопросы двойного гражданства и несколько расширяют условия его приобретения: не только «на основании международного договора Российской Федерации», но и «в соответствии с федеральным законом». Следует отметить, что действующая редакция указанных нормативных правовых актов не дает четкого понимания такого основания приобретения двойного гражданства, как «в соответствии с федеральным законом». Неясно, что это за закон – действующий Федеральный закон о гражданстве или специальный федеральный закон «Об урегулировании вопросов двойного гражданства», который еще необходимо принять⁴.

При сопоставлении правовых положений ст. 62 Конституции РФ и ст. 6 Федерального закона о гражданстве можно сделать следующий вывод. Статья 62 Конституции РФ предусматривает, что гражданин РФ может иметь двойное гражданство в соответствии с федеральным законом или международным договором, устанавливает разрешительную норму, признавая двойное гражданство и закрепляя порядок и условия его приобретения. А ст. 6 действующего Закона о гражданстве (гражданин России, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин России, за исключением случаев, предусмотренных международным договором или федеральным законом) фактически не признает у гражданина России гражданства другого государства и рассматривает двойное гражданство как исключение из правила. Таким образом, возникает вопрос о соответствии указанных статей.

Статью 62 Конституции РФ нередко называют «предметом гордости отечественных конституционалистов». Но, к сожалению, именно с реализацией ее положений возникают трудности. Так, недавно Пресненским районным судом г. Москвы было вынесено решение в отношении Максима Баннака, ко-

³ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Рос. газ. 1993. № 237.

⁴ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. В. Д. Карповича. М., 2002. С. 411–412.

торый является гражданином РФ в силу п. «а» ч. 1 ст. 12 Федерального закона о гражданстве, а также имеет гражданство ФРГ по рождению. Двойное гражданство в данном случае возникло в силу коллизий в законодательстве о гражданстве. Баннак проживал на территории ФРГ и имел российский загранпаспорт. Когда истек срок действия загранпаспорта и необходимо было получить новый, Генконсульство России в Лейпциге обнаружило, что сведения о Баннаке отсутствуют в их базе данных. Учитывая обстоятельства, судья в решении по данному делу указал: «Так как законодательство Российской Федерации не предусматривает возможность установления юридического факта пребывания лица в гражданстве Российской Федерации, нет оснований считать, что такое гражданство у заявителя имеется». Таким образом, Максим Баннак не является гражданином России и не имеет права получить новый загранпаспорт. Судья в своем решении нарушил не только право российского гражданина иметь одновременно и гражданство иностранного государства, но и ч. 3 ст. 6 Конституции РФ, предусматривающую, что «гражданин Российской Федерации не может быть лишен своего гражданства». К сожалению, такие случаи не единичны. По этому поводу, член Общественной палаты РФ Е. А. Лукьянова отметила: «Вот в какой судебный переплет может попасть основной Закон страны!»⁵.

Одно из оснований приобретения двойного гражданства – наличие международного договора у России с другими государствами. В настоящее время международный договор об урегулировании вопросов двойного гражданства у Российской Федерации заключен только с Республикой Таджикистан. Российская Федерация также подписала соответствующие соглашения с Арменией, Казахстаном, но они до сих пор не ратифицированы.

Среди недостатков Договора между Российской Федерацией и Республикой Таджикистан об урегулировании вопросов двойного гражданства хотелось бы отметить следующее: ст. 6 данного Договора предусматривает, что лица, состоящие в гражданстве обеих Сторон, вправе пользоваться защитой и

⁵ URL: [http:// www.oprf.ru](http://www.oprf.ru)

покровительством каждой из Сторон. Вряд ли это положение можно назвать достаточно четким. Здесь нужна большая конкретизация. Следовало бы указать, в каких случаях соответствующая сторона обязана предоставлять стороне, оказывающей защиту, необходимую информацию и помощь. Договоры об урегулировании вопросов двойного гражданства должны быть более детальными, иначе их эффект в плане защиты соответствующих лиц будет минимальным⁶.

Допуская двойное гражданство, Российская Федерация устанавливает пределы реализации такого статуса у граждан. Например, лицо с двойным гражданством не может быть избрано Президентом РФ⁷, депутатом Государственной Думы Федерального собрания РФ⁸, членом Совета Федерации Федерального Собрания РФ⁹, Председателем Правительства¹⁰, его заместителями, а также федеральными министрами. Комментируя последнее положение, первый заместитель председателя Комитета по конституционному законодательству и государственному строительству Государственной Думы Федерального Собрания РФ Александр Москалец заявил: «Это правило означает, что чиновник любого ранга не должен иметь запасных дверей. Если взялся за дело, должен нести ответственность до конца»¹¹.

⁶ См.: *Варлен М. В.* Гражданство : Россия и СНГ : учеб.-практ. пособие. М., 2010. 328 с.

⁷ О выборах Президента Российской Федерации : федер. закон от 10 января 2003 г. № 19-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 2. Ст. 171.

⁸ О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации : федер. закон от 18 мая 2005 г. № 51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 21. Ст. 1919.

⁹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с изменением порядка формирования Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации : федер. закон от 14 февраля 2009 г. № 21-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 7. Ст. 789.

¹⁰ О Правительстве Российской Федерации : федер. конст. закон от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 51. Ст. 5712.

¹¹ *Шкель Т.* Запасной вариант отменяется. Министров обязали быть верными своей стране // Рос. газ. 2007. 1 февр.

К положительным последствиям наличия двойного гражданства относятся:

- 1) беспрепятственное пересечение границы;
- 2) право выбора системы социального и медицинского обслуживания (в том случае, если между странами подписаны соответствующие соглашения);
- 3) право выбора судебной системы в случае совершения правонарушения;
- 4) право на законных основаниях участвовать в политической жизни обоих государств.

Среди отрицательных моментов наличия двойного гражданства выделяют:

- 1) на военную службу вправе призвать каждое из двух государств;
- 2) даже если есть двустороннее межгосударственное соглашение об избежании двойного налогообложения, на практике проблем с налогами не избежать;
- 3) возможные проблемы в устройстве на работу в некоторых специальностях¹².

Мнения ученых относительно эффективности действия данного института в России разделились. Так, часть из них считает, что искусственное насаждение двойного гражданства в России ничего положительного с собой не принесло. С одной стороны, предназначение, прежде всего, для предоставления россиянам, проживающим в других республиках бывшего СССР, возможности получить двойное гражданство породило процесс получения российского гражданства в качестве второго выходцами из этих республик, представляющих их титульные нации. В результате их диаспора в России составляет более 10 млн человек и продолжает расти.

По мнению авторов комментария к Конституции РФ, сами граждане России не проявляют интереса к двойному гражданству¹³. Однако этот вывод не был подтвержден опросом российских граждан. Зато, фонд «Русский мир» обнародовал

¹² См.: *Овсепян Ж. И.* Гражданство в России : (общетеоретическое, историческое и конституционно-правовое исследование) : монография. Ростов н/Д, 2008. 320 с.

¹³ Комментарий к Конституции Российской Федерации / под ред. В. Д. Зорькина, Л. В. Лазарева. М., 2009. 1056 с.

результаты социологического исследования «Русскоязычные в Центральной Азии. Социальный портрет», проведенного Институтом стран СНГ среди тех граждан, кто вне зависимости от национальности относит себя к российским соотечественникам. Так, в Казахстане, Киргизии и Узбекистане большим спросом (более половины опрошенных) пользуется идея двойного гражданства с Россией¹⁴.

Подводя итог сказанному, можно сказать, что институт двойного гражданства – это институт ближайшего будущего в условиях глобализированного мира. А для граждан бывшего Союза ССР – это институт, позволяющий хоть как-то облегчить последствия крупнейшей «геополитической катастрофы XX века» (оценка В. Путиным последствий развала Советского союза в его Послании Федеральному Собранию от 2005 г.¹⁵). Сегодня назрела насущная необходимость приведения конституционно-правовых норм, регулирующих отношения по поводу гражданства, в соответствие с объективными потребностями развития общества. И этому в полной мере будет способствовать создание должной правовой основы для развития института двойного гражданства.

¹⁴ См.: Новосёлова Е. А я в Россию, домой хочу // Рос. газ. 2010. 14 апр.

¹⁵ Послание Президента Российской Федерации В. В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации от 25 апреля 2005 г. // Рос. газ. 2005. 26 апр.

Ю. С. Балбекова

ДИСКУССИЯ ОБ УЧРЕЖДЕНИИ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Проблема учреждения административных судов в Российской Федерации остается по-прежнему актуальной. Дело в том, что споры по данному вопросу ведутся уже целые десятилетия. Еще в 1917 г. было принято Положение о судах по административным делам, но данные суды просуществовали недолго и не оправдали ожиданий. Большое значение в

развитии института административной юстиции имел Закон СССР «О порядке обжалования в суд неправомερных действий органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющих права граждан» 1987 и 1998 гг.

Следующим шагом было то, что Верховный Суд РФ в порядке законодательной инициативы 19 сентября 2000 г. внес в Госдуму проект федерального конституционного закона «О федеральных административных судах в Российской Федерации». Дальнейшего развития в законодательной сфере в последние 10 лет не наблюдалось.

Почему претворению закона в жизнь что-то мешает? Почему этот процесс так затянулся? Каковы проблемы и пути их решения? В настоящей статье предпринята попытка найти ответы на данные вопросы.

Приведем известное выражение французского писателя и мыслителя Жозефа Жубера: «Правосудие – это справедливость в действии». Однако чтобы это действие было динамичным, а судебная власть исключала возникновение спорных вопросов, старой структуры стало недостаточно.

Ряд ученых высказываются за создание обособленных административных судов, которые исключили бы недостатки и проблемы нынешней правовой системы. Опубликовано множество научных работ на эту тему, но на деле никаких реальных сдвигов нет.

Для начала проанализируем основные мнения по поводу учреждения административных судов в Российской Федерации, которые играют довольно важную роль в становлении данного института.

Профессор Н. Ю. Хаманева предлагает на первом этапе пойти по пути сочетания задач административной юстиции и судопроизводства по административным делам, совершенствуя правосудие по административным делам путем выделения специализированных палат в рамках судов общей юрисдикции. Чаще всего рассматривается возможность выделения коллегий по административным делам в Верховном Суде РФ и высших судебных инстанциях субъектов Федерации (республик и ряда крупных областей)¹.

¹ См.: Хаманева Н. Ю. Судебный контроль за реализацией прав граждан в сфере исполнительной власти. М., 1999. С. 48

Поэтапное введение предлагает и сам Верховный Суд. На первом этапе в составе Верховного Суда РФ и судов областного уровня должны быть образованы коллегии по административным делам, а также 21 окружной суд. На втором этапе можно образовать от 600 до 700 межрайонных административных судов, полностью изъяв административные дела из компетенции действующих районных судов.

Профессор Н. Салищева, также занимающаяся проблемами административного судопроизводства, считает, что данный институт уже получил развитие. Однако все возрастающее количество таких дел лишь свидетельствует о необходимости создания специальных административных судов и Кодекса об административном судопроизводстве². Ну и, понятно, возникает проблема – иметь в этих судах авторитетных, независимых от административных властей судей, обладающих специальными познаниями.

Очень интересный проект Российского административно-процессуального кодекса предложил ученый М. Я. Масленников³. Но отдельные его положения оказались не достаточно совершенны для ныне существующей правовой системы.

Профессор Д. Н. Бахрах выступает против необходимости создания административных судов, обращая внимание на то, что создание новых судов (межрайонных и окружных) потребует значительных материальных затрат (помещения, связь и т.д.). Поэтому федеральный бюджет вряд ли сможет выделить такие средства на данные цели⁴. Также он считает, что правосудие по административным делам будет удалено от граждан: им придется ехать в межрайонные суды. И предпочтительней всего было бы, по его мнению, внесение поправок в ГПК, АПК и КоАП.

Еще в 2003 г. в ежегодном послании Федеральному собранию бывший Президент РФ В. В. Путин высказал мнение о

² См.: Салищева Н. Г., Хаманева Н. Ю. Административная юстиция и административное судопроизводство в Российской Федерации // Акад. правовой ун-т при Ин-те государства и права РАН. М., 2001. 46 с.

³ См.: Масленников М. Я. Российский административно-процессуальный кодекс (Проект) // Вестник Евразийской академии административных наук. 2008. № 2. С. 2–9.

⁴ См.: Бахрах Д. Н. Этапы становления административного судопроизводства в России // Рос. юрид. журн. 2008. № 2. С. 119.

том, что следует сформировать эффективно работающий механизм разрешения споров между гражданином и государством за счет совершенствования административных процедур и судебных механизмов⁵.

Таким образом, мы видим, что мнения ученых разделяются, однако большинство из них одобряют идею создания специализированных административных судов в Российской Федерации, которые будут на достойном уровне защищать права и свободы человека и гражданина, обеспечивать законность деятельности органов исполнительной власти.

В 2005 г. была разработана концепция закона о досудебном (внесудебном) обжаловании гражданами и организациями решений и действий (бездействия) органов государственной власти, цель которого – создать эффективные, дополняющие судебный механизм способы урегулирования споров между гражданами, их организациями и органами исполнительной власти и их персоналом⁶. В соответствии с инициативой Высшего Арбитражного Суда РФ для развития административной внесудебной и досудебной процедуры рассмотрения дел об административных правонарушениях в системе исполнительных органов власти Российской Федерации может быть создана Федеральная административная служба РФ, которая выполняла бы три основные функции при рассмотрении дел, возникающих из административных правоотношений:

- 1) рассмотрение общей административной жалобы;
- 2) привлечение к административной ответственности физических и юридических лиц по составам дел об административных правонарушениях;
- 3) пересмотр постановлений по делам об административных правонарушениях по всем категориям дел независимо от субъектного состава (административная досудебная процедура). При этом в административном законодательстве следует установить процедуру, при которой по определен-

⁵ Послание Президента РФ Владимира Путина Федеральному собранию Российской Федерации // Рос. газ. 2003. 17 мая.

⁶ См.: *Панова И. В.* Федеральная административная служба : внесудебное и досудебное рассмотрение административных дел // Законодательство. 2007. № 4.

ным категориям дел об административных правонарушениях административная досудебная процедура могла быть обязательной.

Данная идея интересна, но вряд ли она станет подходящей для нашей правовой системы. Ведь этим будет ограничено право на судебную защиту от решений и действий (или бездействий) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц, которое закреплено в ст. 46 Конституции РФ⁷.

Глава высшей судебной инстанции Вячеслав Лебедев сообщил, что в стране продолжается реформирование судебно-правовой системы и по существующему плану до 2011 г. надо продолжить работу по созданию административных судов⁸.

Из всего вышесказанного можно сделать вывод о том, что существует множество разнообразных идей, но ни одна из них не развивается дальше печатного листа. А ведь ст. 26 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» предусматривает учреждение специализированных федеральных судов по рассмотрению административных дел⁹. То есть получается, что существуют доктринальные условия, имеются правовые предпосылки создания данного института.

Следует не забывать о некоторых проблемах, непосредственно связанных с деятельностью административных судов. Это финансирование и определение подведомственности.

На заседании «круглого стола» «Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации» в Государственной Думе в 2005 г. было обсуждено множество вопросов, связанных с деятельностью административных судов¹⁰.

⁷ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 года // Рос. газ. 1993. 25 дек. (с послед. изменениями).

⁸ Председатель Верховного суда РФ Вячеслав Лебедев. Судебная волокита аукнется рублем // Рос. газ. 2008. 14 авг.

⁹ Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. Ст. 7.

¹⁰ См.: Дерновой В. Б. Развитие системы административной юстиции в Российской Федерации // Рос. юстиция. 2005. № 4. С. 2–11.

По поводу финансирования получается, чтобы запустить эти 400 судов первой инстанции и 21 окружной суд, нынешнее финансирование судов потребует увеличить на 4 %. Это очень небольшая сумма. Вместе с тем, забрав в административные суды конкретное количество дел, мы заберем из судов первой инстанции адекватное количество судей.

По поводу подведомственности предлагается объемный список дел:

– это жалобы граждан на деятельность должностных лиц, органов управления, а также дела, связанные с обжалованием в суде нормативных актов и нарушением избирательных прав граждан;

– это материалы, подаваемые административными органами в суд о привлечении нарушителей к административным мерам принуждения;

– это жалобные дела, судопроизводство по делам, вытекающим из административных правонарушений, административно-судебное санкционирование.

В заключение хочу сказать, что идея учреждения административных судов в России должна развиваться более интенсивно, и для этого предлагается следующее.

Во-первых, как можно скорее претворить федеральный конституционный закон «О федеральных административных судах в Российской Федерации» в жизнь, так как по данным обзора деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в первом полугодии 2010 г. число поступивших на рассмотрение дел об административных правонарушениях составило 2 млн 603 тыс. Цифра внушительная. Необходимо разгрузить суды общей юрисдикции и исключить публичные дела из подсудности арбитражных судов.

Во-вторых, нужно обязательно определиться с подведомственностью дел. Представляется, это будут как административно-юстиционные, так административно-деликтные дела.

В-третьих, для более эффективного рассмотрения дел следует повысить уровень материально-технической базы судов и ввести квалификационные экзамены при переходе судей на другую специализацию.

В-четвертых, необходимо определиться с территориальной организацией административных судов, обеспечить более удобный и быстрый доступ граждан к правосудию.

В-пятых, правовой основой процессуальной деятельности судов станет Административно-процессуальный кодекс, так как да данный момент процессуальные нормы раскиданы по 3 кодексам (АПК, КоАП, ГПК), что является нелогичным и достаточно усложняет работу.

Подводя итог, скажу, что судебная власть в России должна развиваться, ведь она является важнейшим гарантом обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

К. А. Бекетова

**КОНСТИТУЦИОННЫЕ ОСНОВЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ
ПРЕДМЕТОВ ВЕДЕНИЯ СУБЪЕКТОВ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
И МУНИЦИПАЛЬНЫХ ОБРАЗОВАНИЙ
В СФЕРЕ ГРАЖДАНСКИХ ОТНОШЕНИЙ**

Реформа правовой системы, осуществляемая в Российской Федерации, предполагает, в том числе, развитие законодательства, регулирующего хозяйственные отношения. При этом преобразования в сфере экономики затрагивают компетенцию органов публичной власти всех уровней. Поэтому анализ правовых основ разграничения предметов ведения субъектов РФ и муниципальных образований в сфере гражданских правоотношений представляет научный и практический интерес.

Актуальность исследования обусловлена следующими факторами.

Во-первых, участие публичных образований в гражданских правоотношениях носит двойственный характер. Они выступают и как субъекты нормотворчества, и как юридические лица, имеющие право владеть, пользоваться, распоряжаться своим имуществом. Это вызывает необходимость установле-

ния границ в регулировании гражданских отношений как на уровне субъектов РФ, так и муниципальных образований.

Во-вторых, происходит развитие федерального законодательства, закрепляющего механизм разграничения предметов ведения и полномочий. В федеративном правовом государстве, гарантирующем единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств (ст. 1, 8 Конституции РФ), гражданское законодательство должно быть единым, что подтверждает исторический опыт правового развития большинства современных государств¹. Вместе с тем анализ современного регионального законодательства и правовых актов муниципальных образований (на примере Воронежской области) позволяет сделать вывод о том, что данные нормативные акты затрагивают и сферу цивилистики.

Сам термин «предметы ведения» вызывает достаточно много дискуссий в научной литературе².

Наиболее емкое определение дано Ю. А. Тихомировым, который под предметами ведения понимает юридически определенные сферы и объекты воздействия³.

Для выявления проблем правового регулирования в названной теме целесообразно обратиться к анализу правовых актов.

Гражданское законодательство в соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции РФ относится к ведению Российской Федерации. По предметам ведения Российской Федерации принимаются федеральные конституционные законы и федераль-

¹ См.: Концепция развития гражданского законодательства / под ред. Т. Я. Хабриевой, Ю. А. Тихомирова, Н. П. Орловского. М., 2004. С. 192.

² См.: Чиркин В. Е. Предметы ведения Федерации и ее субъектов. Разграничение, сотрудничество, субсидиарность // Государство и право. 2002. № 5. С. 6. О способах разграничения предметов ведения в зарубежных государствах см. также: Глигич-Золотарева М. В. Разграничение предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти : зарубежный опыт // Журн. рос. права. 2003. № 4. С. 76–84; Умнова И. А. Конституционные основы современного российского федерализма. М., 1998. С. 187.

³ См.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М., 2001. С. 56.

ные законы, имеющие прямое действие на всей территории РФ (ст. 76 Конституции РФ).

Исследование законодательства субъектов РФ (на примере Воронежской области) позволяет сделать вывод о противоречии между конституционными нормами и полномочиями субъектов РФ в сфере гражданских отношений, закрепленных в федеральном законодательстве. Это проявляется в следующем.

Во-первых, ст. 11 Конституции РФ закрепляет, что разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти РФ и органами государственной власти субъектов РФ осуществляется Конституцией, Федеративным и иными договорами о разграничении предметов ведения и полномочий. То есть российская модель распределения компетенции по вертикали предусматривает только конституционную и договорную форму⁴.

Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в статье 26.7 достаточно подробно закрепляет принципы и порядок заключения договоров о разграничении полномочий⁵. Однако в этом же Законе в ч. 3 ст. 26.1 установлено, что полномочия, осуществляемые органами государственной власти субъекта РФ по предметам ведения РФ, определяются федеральными законами, издаваемыми в соответствии с ними нормативными правовыми актами Президента РФ и Правительства РФ, а также соглашениями. Таким образом, названный нормативный акт произвольно расширяет конституционные нормы.

Правоприменительная практика мгновенно воспользовалась коллизиями, и в федеральном законодательстве стали появляться акты, передающие полномочия по предметам ведения РФ, в том числе и полномочия в сфере гражданского права, субъектам РФ.

⁴ См.: *Замятина Т. В.* Проблемы конституционно-правовой регламентации договорной формы разграничения предметов ведения и полномочий в России // *Юридический мир.* 2010. № 1. С. 5.

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 42. Ст. 5005.

Так, в Воронежской области появляются законы, регулирующие чисто гражданско-правовые отношения: «Об управлении государственной собственностью Воронежской области», «О залоге имущества, находящегося в собственности Воронежской области»; «О порядке предоставления в аренду нежилых помещений, зданий, сооружений и движимого имущества, находящегося в собственности Воронежской области»; «О государственном регулировании торговой деятельности на территории Воронежской области»; «О патронатном воспитании в Воронежской области» и др.⁶ Основанием появления этих актов стали именно федеральные законы, которые в своих статьях достаточно вольно обошлись с предметами ведения РФ⁷, например: «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; «О приватизации государственного и муниципального имущества»; «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»; «Об опеке и попечительстве»⁸.

⁶ Об управлении государственной собственностью Воронежской области : закон Воронежской области от 17.03.1997 г. № 86-з // Коммуна. 1997. № 67; О залоге имущества, находящегося в собственности Воронежской области : закон Воронежской области от 30.06.2010 г. № 62-ОЗ // Молодой коммуна. 2010. № 70; О порядке предоставления в аренду нежилых помещений, зданий, сооружений и движимого имущества, находящихся в собственности Воронежской области : закон Воронежской области от 30.11.2005 г. № 81-ОЗ // Коммуна. 2005. № 187; О государственном регулировании торговой деятельности на территории Воронежской области : закон Воронежской области от 30.06.2010 г. № 68-ОЗ // Молодой коммуна. 2010 . № 71; О патронатном воспитании в Воронежской области : закон Воронежской области от 29.12.2010 г. № 155-ОЗ // Молодой коммуна. 2010. № 147.

⁷ См.: Подпункт «ж» п. 2 ст. 5 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; а также см.: Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации : федер. закон от 28.12.2009 г. № 381-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 1. Ст. 2. (Статья 6.); Об опеке и попечительстве : федер. закон от 24.04.2008 г. № 48-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 17. Ст. 1755. (Статьи 3,14.)

⁸ См.: Пункт. 2 ст. 5, пп. 6 п. 2 ст. 26.3, ст. 26.12 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представитель-

Во-вторых, вызывает сомнение возможность передачи полномочий по предметам ведения Российской Федерации субъектам РФ даже на основе договора.

Пункт «о» ст. 71 Конституции РФ определяет, что в ведении Российской Федерации находится гражданское законодательство. Принятие федеральных законов – исключительная компетенция Государственной Думы Федерального Собрания РФ (п. 1 ст. 105 Конституции РФ). Не все полномочия делегируются субъектам РФ. Полномочия Парламента РФ как законодательного органа государственной власти не могут передаваться иным органам. Поэтому создание гражданского законодательства должно находиться в ведении только Федерального Собрания РФ. К сожалению, это правило не предусмотрено действующим законодательством.

Таким образом, в данном случае вызывает сомнение значимость договорного разграничения предметов ведения и полномочий, закрепленных Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации». Ученые по-разному оценивают названную форму. И. И. Исхаков, например, отмечает стабилизирующую функцию договоров во взаимоотношениях центра с республиками.⁹ По мнению В. Е. Сафонова, договоры «обеспечивают территориально-политическое единство государства, пределы допустимости децентрализации между Федерацией и ее субъектами»¹⁰.

Другие ученые И. В. Лескин, И. А. Побережная считают несвоевременным использование договорной формы разгра-

ных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»; ст. 6 Федерального закона от «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации»; Федеральный закон «Об опеке и попечительстве»; а также см.: «О приватизации государственного и муниципального имущества : федер. закон от 21.12.2001 г. № 178-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 4. Ст. 251. (Статьи 4, 10.); и др.

⁹ См.: *Исхаков И. И.* Республика (государство) в составе Российской Федерации : вопросы теории и практики : автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Казань, 2001. С. 2.

¹⁰ *Сафонов В. Е.* Роль договорных отношений в становлении Республики Башкортостан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 7.

ничения полномочий. С их мнением следует согласиться, так как «в свое время договоры о разграничении предметов ведения и полномочий действительно сыграли стабилизирующую роль, однако их эффективность как средств политического регулирования уже исчерпана, а их юридические характеристики делают их дальнейшее использование недопустимым»¹¹. Учитывая тенденции и противоречия развития федерального законодательства, целесообразно отказаться от данной разновидности конституционно-правовых договоров. Тем более развитие федеративного государства свидетельствует о том, что в России отсутствует практика принятия законов, утверждающих передачу отдельных предметов ведения и полномочий в форме договора.

В-третьих, в ст. 72 Конституции РФ, предусматривающей принятие законов по предметам совместного ведения, также указываются вопросы, непосредственно связанные с гражданским правом: жилищным, земельным, водным, лесным законодательством, законодательством о недрах, вопросы владения, пользования и распоряжения землей, недрами и другими природными ресурсами. Так как в силу ст. 76 Конституции РФ по предметам совместного ведения могут приниматься и законы субъектов РФ, то это вызывает бурное региональное нормотворчество по тем вопросам, которые должна регулировать Российская Федерация.

Таким образом, коллизии Конституции РФ и федерального законодательства приводят к усложнению экономического положения субъектов Российской Федерации, которые в силу ст. 124 Гражданского кодекса РФ выступают самостоятельными участниками гражданских отношений. Регионы имеют полное право не только распоряжаться своей собственностью, но и нормативно регулировать порядок ее использования.

В Конституции РФ (ст. 71–73) термин «предмет ведения» применяется только к органам государственной власти, как на уровне Российской Федерации, так и ее субъектов.

¹¹ Лескин И. В. Институт договора о разграничении компетенции : возможности и пределы применения в современной России // Право и власть. 2002. № 2. С. 7. См. об этом: Побережная И. А. Конституции (уставы) субъектов Российской Федерации : проблемы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 21.

В отношении органов местного самоуправления эта категория законодательно не закреплена ни в Конституции РФ, ни в Федеральном законе от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹². Однако в науке конституционного и муниципального права на основе анализа мнений ученых и правоприменительной практики тоже используется понятие «предметы ведения», включающее «определенные области (значительные группы общественных отношений, выступающих в качестве сфер деятельности соответствующих органов публичной власти, в которых они вправе и обязаны принимать юридически значимые решения, имеющие юридически обязательный характер»¹³.

В соответствии с Конституцией РФ (ч. 1 ст. 130) местное самоуправление обеспечивает самостоятельное решение населением вопросов владения, пользования и распоряжения муниципальной собственностью. И хотя Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (ст. 14) относит данный вопрос к вопросам местного значения, по своему содержанию он гораздо шире, так как в любом случае связан с использованием и применением гражданского законодательства на территории муниципального образования. То есть в данном случае наблюдается пересечение норм нескольких отраслей права: конституционного, муниципального, гражданского. В качестве яркого примера можно привести такие акты, как постановление администрации городского округа город Воронеж от 27 января 2011 г. № 20 «Об утверждении Положения о порядке выявления и оформления права муниципальной собственности на бесхозные объекты недвижимого имущества»¹⁴, решение Воронежской городской Думы от 10 июня 2009 г. № 156-II «О сдаче в аренду муниципального имущества»¹⁵ и др.

Представляется, что если вопросы собственности закреплены в Конституции РФ, то к ним более применим термин

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

¹³ Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 56.

¹⁴ Берг. 2011. № 8.

¹⁵ Воронежский курьер. 2009. № 74.

«предметы ведения муниципального образования», чем «вопросы местного значения».

На основании вышеизложенного, в целях устранения коллизий Конституции РФ и действующего законодательства предлагается внести следующие изменения.

1) часть 3 ст. 1 Конституции РФ изложить в следующей редакции:

«2. Разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации осуществляется настоящей Конституцией, федеративным договором, а также федеральными законами»;

2) статью 11 Конституции РФ дополнить ч. 4, изложив ее в следующей редакции:

«3. Исключительные полномочия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, как органов государственной власти, не могут передаваться на иные уровни публичной власти»;

3) в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» закрепить статью, предусматривающую предметы ведения органов местного самоуправления, к числу которых отнести вопросы владения, пользования, распоряжения муниципальной собственностью.

В. А. Бортников

**ПРЕДМЕТ ДОКАЗЫВАНИЯ И ФАКТЫ,
НЕ ПОДЛЕЖАЩИЕ ДОКАЗЫВАНИЮ
В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**

Термин «предмет доказывания» в гражданском процессуальном законодательстве не закреплен. Однако это понятие широко применяется на практике и принято в теории процессуального права. Предмет доказывания по делу можно определить как обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения и разрешения дела.

В соответствии с ч. 2 ст. 56 ГПК РФ суд определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, т.е. определяет предмет доказывания. В то же время законодатель не указывает на источник формирования предмета доказывания или на критерии для отграничения юридически значимых фактов для конкретного дела.

Традиционно источниками формирования предмета доказывания считаются основание иска, основание возражений ответчика, а также содержание норм (комплекса норм) материального права, подлежащих применению в данном случае¹. Соответственно, субъектами формирования предмета доказывания выступают стороны – истец и ответчик. В то же время некоторые исследователи утверждают, что наряду с традиционными источниками формирования предмета доказывания необходимо учитывать обычай делового оборота и гражданско-правовой договор².

Стоит отметить и роль других лиц, участвующих в деле, в формировании предмета доказывания. Третьи лица, заявляющие самостоятельные требования относительно предмета спора, пользуются всеми правами и несут все обязанности истца. В том случае, если данное третье лицо формирует собственное исковое требование к сторонам и приводит дополнительные факты, имеющие значение для разрешения дела, они должны быть включены в предмет доказывания. Что касается третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований, то они могут формировать предмет доказывания, если сообщенные ими доказательственные факты необходимы для установления искомых юридически значимых обстоятельств. Помимо третьих лиц субъектами формирования предмета доказывания могут выступать участвующие в процессе прокурор, государственные органы, органы местного самоуправ-

¹ См.: Крашенинников Е. А. Предмет иска и предмет доказывания в гражданском процессе // Теория и практика установления истины в правоприменительной деятельности : сб. науч. тр. Иркутск, 1985. С. 66–67; Решетникова И. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. М., 2000. С. 135.

² См.: Фильченко И. Г. Процессуальные гарантии принятия обоснованного судебного решения в гражданском процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2010. С. 7.

ления, организации или граждане, обратившиеся в суд с заявлением в защиту прав, свобод, законных интересов других лиц. В подобной ситуации они пользуются всеми правами, несут обязанности истца и могут основывать свои требования на фактах, подлежащих включению в предмет доказывания.

Однако стороны и другие лица, участвующие в деле, не всегда могут указать все обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела. Тогда встает один из важнейших для построения процесса вопросов: вправе ли суд исследовать факты, на которые стороны не ссылались. В российском гражданском процессе суд не ограничен кругом фактов, указанных сторонами. Суд также формирует фактическую сторону дела. Суд является субъектом, который определяет, какие обстоятельства имеют значение для дела, и ставит их на обсуждение, даже если стороны на какие-либо из них не ссылались (ч. 2 ст. 56 ГПК РФ). Именно на суд возложена обязанность окончательного определения предмета доказывания по делу. Неправильное же определение предмета доказывания считается судебной ошибкой, влекущей отмену решения. Эту норму можно считать оправданной по той причине, что зачастую стороны в процессе не обладают достаточным уровнем правовых знаний, следствием чего может быть неправильное определение юридически значимых обстоятельств дела. Суд же, принимая во внимание факты, на которые ссылаются стороны, и учитывая содержание нормы права, подлежащей применению, наиболее полно и правильно определяет круг обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Стоит также отметить, что законодатель, учитывая более высокий уровень знаний в сфере права среди участников арбитражного процесса, несколько ограничил роль арбитражного суда в определении предмета доказывания, предоставив ему право определять обстоятельства, имеющие значение для дела, на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права (ч. 2 ст. 65 АПК РФ).

Нормы материального права, регулирующие рассматриваемые отношения, закрепляют стандартный для данного вида дел круг юридически значимых обстоятельств, основу предмета доказывания. Поэтому состав предмета доказывания для

конкретной категории гражданских дел можно считать относительно стабильным. Однако состав фактов предмета доказывания по делу может сокращаться в случае обоснования сторонами своих требований и возражений фактами, освобожденными в силу указания закона от доказывания: общеизвестные, преюдициальные и признанные факты. Указанные обстоятельства, безусловно, имеют значение для правильного разрешения дела, но они не должны входить в предмет доказывания.

Сегодня актуальным является вопрос, предполагает ли общедоступность общеизвестность. Можно ли рассматривать информацию, размещенную в сети Интернет, как общеизвестную в процессуальном смысле? Для того чтобы ответить на этот вопрос, необходимо определить критерии отнесения тех или иных фактов к кругу общеизвестных.

В п. 1 ст. 61 ГПК РФ (п. 1 ст. 69 АПК РФ) закреплено, что обстоятельства, признанные судом общеизвестными, не нуждаются в доказывании. Таким образом, непосредственным основанием освобождения от доказывания является признание судом факта общеизвестным. Как отмечается в литературе, признание факта общеизвестным возможно при наличии двух условий: объективного (известность факта широкому кругу лиц); субъективного (известность факта всем членам суда)³. Открытым остается вопрос: должны ли быть известны такие факты значительному кругу людей, в том числе и судьям, на момент возникновения спора или сведения о таких фактах могут быть получены судом из надежных и общедоступных источников уже в ходе рассмотрения дела в суде?

На наш взгляд, общеизвестность именно как процессуальная категория должна носить объективный характер. Если суд не знает о каком-либо широко известном факте, то это не говорит о его спорном характере. Стороны вправе представить доказательства, подтверждающие общеизвестность факта.

Второй важный с практической точки зрения вопрос заключается в способах формирования общеизвестности.

³ См.: *Треушников М. К.* Судебные доказательства. М., 1999. С. 29–30.
44

В качестве примера источника общеизвестности К. С. Юдельсон называл печатные средства массовой информации. При этом он отмечал, что «не все помещенные в печати сведения могут быть использованы в качестве источника общеизвестности. Несмотря на высокий авторитет советской печати, только те сведения могут быть использованы в целях освобождения от доказывания, которые имеют официальный характер (в широком смысле)»⁴. Общеизвестные обстоятельства, как и сведения, установленные с помощью доказательств, «подвергаются судебной оценке, и разница между ними процессуально состоит в том, что одни установлены доказательственной деятельностью суда и иных субъектов процесса, другие черпаются из внесудебных знаний судей»⁵.

Таким образом, следует считать, что в российском гражданском процессе под общеизвестным фактом должен пониматься факт, известный широкому кругу лиц, сведения о котором могут быть почерпнуты из общедоступных и надежных источников. Общеизвестность должна носить объективный характер. Если факт неизвестен суду, это не дает основания исключать его возможность использования в процессе именно как общеизвестного. В случае использования информации с Интернет-сайта обязательно наряду с фиксацией полного адреса страницы и указанием последней даты ее просмотра распечатать ее или сохранить в электронном виде для приложения к материалам дела.

Действие принципа состязательности несколько ограничивает свободу суда на самостоятельный поиск информации о спорных обстоятельствах дела. Тем не менее нельзя запретить суду по собственной инициативе выносить на обсуждение возможность признания того или иного факта общеизвестным. В указанном случае стороне, оспаривающей данный факт, будет предоставлена возможность высказать свои возражения и представить доказательства в их подтверждение.

Учитывая изложенное, можно сделать вывод, что правильное определение юридически значимых обстоятельств дела,

⁴ Юдельсон К. С. Проблемы доказывания в советском гражданском процессе. М.; Екатеринбург, 2005. С. 542.

⁵ Там же. С. 535.

учет всех источников формирования предмета доказывания являются необходимыми условиями для верного построения доказательственной деятельности, правильного применения норм материального права и вынесения законного и обоснованного решения. Не менее важно определение круга фактов, освобожденных от доказывания в силу указания закона. Общеизвестные факты не подлежат доказыванию в гражданском судопроизводстве. Однако для признания факта общеизвестным необходимо учитывать его известность широкому кругу лиц и возможность получения сведений о нем из общедоступных и надежных источников, в качестве которых могут выступать Интернет-сайты.

Б. К. Воронов

**ТРУДОВЫЕ СПОРЫ, ВОЗНИКАЮЩИЕ
ПРИ РАСТОРЖЕНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА
ПО ИНИЦИАТИВЕ РАБОТОДАТЕЛЯ**

К сожалению, приходится констатировать тот факт, что подчас между сторонами трудовых отношений возникают трудовые споры, когда работник требует восстановления его нарушенных прав, защиту законных интересов или признания субъективных прав, которые, по мнению работника, ему принадлежат в соответствии с положениями закона, иных правовых актов, содержащих нормы трудового права (в том числе локальных нормативных правовых).

Трудовые споры могут возникать как по причинам личных разногласий или в связи с нарушением прав одного из субъектов трудовых отношений. Одними из причин можно назвать пороки индивидуального правосознания работодателей, предпринимателей, должностных лиц, работников, низкий уровень правовой культуры участников производственного процесса. На практике эти условия нередко приводят к массовому незаконному правоприменению, нарушающему законные права и интересы как работников, так и работода-

телей. Нередко встречается и злоупотребление правом, довольно часто связанное с трудовым спором. Лицо, злоупотребляющее правом, причиняет вред (как имущественный, так и личный неимущественный) своему контрагенту, добросовестно выполняющему трудовые обязанности, или создает ситуацию реальной угрозы его причинения. Отсутствие правовой регламентации данного явления и его последствий влечет за собой ненаказуемость, ведь наказуемость – это следствие противоправности, т.е. нарушения предписаний правовых норм. Как пример можно взять увольнение работника в период временной недееспособности, о которой тот умолчал, и получается, что работодатель поступил незаконно, а все из-за злоупотребления правом со стороны работника. Хотя, конечно, подобное характерно и со стороны работодателя (например, задержка трудовой книжки).

Рассмотрим случай, но не какой-то конкретный, скорее собирательный. Работник ненадлежаще выполняет свои обязанности, работодатель увольняет его по своей инициативе в связи с таким-то пунктом такой-то статьи Трудового кодекса. Все бы ничего, нерадивый работник уволен, но тот идет в суд и выигрывает дело. Это может случиться в силу низких правовых знаний работодателя, низкого качества работы юристов и кадрового отдела на предприятиях. При расторжении трудового договора работодатель, сам того не ведая, нарушает законодательство. В упомянутом случае работник выиграл дело, потому что суд счел аргументы работодателя против работника необоснованными или же работодатель предоставил недостаточную базу доказательств своей правоты.

Крайне необходимо находить способы разрешения трудовых споров, хотя намного лучше было бы их просто предотвращать.

Данные судебной статистики свидетельствуют о том, что подавляющее большинство индивидуальных трудовых споров, рассмотренных судами, решается в пользу работников. Это говорит об эффективности судебной защиты трудовых прав работников. Вместе с тем большинство споров связано не с обоснованными увольнениями, а увольнениями, проведенными с формальными процедурными нарушениями. На первом месте среди типичных нарушений со стороны работо-

дателей можно назвать нарушение установленных законодательством процедур увольнения.

Работодатель нередко допускает весьма серьезные нарушения закона при оформлении своих решений относительно работника: не соблюдает порядок и сроки увольнения, привлекает к дисциплинарной ответственности, не позаботясь о доказательствах правонарушения и т.д. Сбор доказательств – важнейший этап, влияющий на позитивность исхода правового дела. Доказательства представляют собой «фактические данные», т.е. сведения о фактах. На их основе суд устанавливает отсутствие или наличие обстоятельств, которые имеют значение для дела. Кроме того, срок принятия судом решения будет сведен к минимуму, если помимо грамотно составленного искового заявления, суд будет располагать достаточным количеством доказательств по рассматриваемому делу.

К причинам нарушения трудовых прав и, как следствие, возникновения трудовых конфликтов можно отнести и слабое знание, а иногда и незнание правовых норм, непонимание механизма правового регулирования трудовых правоотношений. Не только работодатели нарушают трудовые права работников. Зачастую и многие работники, пользуясь льготами и привилегиями, предоставленными им трудовым законодательством, попросту злоупотребляют ими. На практике отсутствует и механизм защиты прав работодателей.

В идеале должен существовать баланс прав работников и работодателей, который должны поддерживать не только сами стороны, вступающие в трудовые правоотношения, но и законодательство о труде. В реальной жизни этот баланс отсутствует, что в свою очередь приводит стороны к трудовым разногласиям, подлежащим урегулированию.

В разрешении трудовых споров большая роль отводится специалистам в области права, целью которых должно быть оказание помощи: работникам – научиться правильно защищать свои трудовые права, а работодателям – защитить себя от злоупотреблений со стороны недобросовестных работников.

При возникновении трудовых споров данным специалистам целесообразно:

- осуществлять юридический анализ документации, касающейся отношений работодателя и работника (трудовой дого-

вор, коллективный трудовой договор, приказы о назначении на должность, приказы об увольнении, трудовые книжки, приказы о наложении дисциплинарных взысканий, приказы о поощрениях, расчетные листы заработной платы и премий и прочее);

- осуществлять юридический анализ спорной ситуации в области трудового права с целью установления предмета спора;

- формировать мотивированную и нормативно обоснованную правовую позицию как работнику так и работодателю в рамках возникшего спора и т.д.

Кроме того, деятельность внутренних юридических служб предприятий должна быть направлена на создание условий по минимизации возникновения трудовых споров путем осуществления внутреннего контроля в организации в целях внесудебного урегулирования трудовых конфликтов и споров. В частности, речь идет о разработке (участии в разработке) локальных нормативных актов. Наряду с прямо предусмотренными Трудовым кодексом РФ локальными нормативными актами, работодатель, осуществляя локальное нормотворчество, может принимать и другие документы, содержащие нормы трудового права, необходимые для решения возникающих проблем во взаимоотношениях с работниками, например: положение о персонале, положение о проведении аттестации, положение о комиссии по трудовым спорам, положения о структурных подразделениях, должностные инструкции работникам организации и др. Данная работа должна осуществляться с учетом следующих требований:

- 1) локальные нормативные акты, регламентирующие режим и условия труда, принимаются работодателем с учетом мнения представительного органа работников (ст. 103, 123, 135, 144, 162, 190 ТК РФ);

- 2) штатное расписание, положения о структурных подразделениях, должностные инструкции принимаются работодателем единолично;

- 3) другие локальные нормативные акты (например, положение о персонале) могут приниматься с учетом мнения представительного органа работников, что предпочтительнее их единоличного принятия, так как свидетельствует об учас-

тии работников и их представителей в управлении организацией, т.е. о развитии форм социального партнерства (ст. 27 ТК РФ);

4) локальные нормативные акты, разрабатываемые для регламентации трудовых отношений в данной организации, должны учитывать установленные работодателем условия труда в пределах своей компетенции в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором и соглашением. Проведение данной работы целесообразно прежде всего по причине наличия совокупности недостатков в нормативно-правовых актах, регулирующих трудовые отношения. К ним относятся:

- законодательно не отрегулированные отношения между работником и нанимателем в конкретной области трудовых отношений, что приводит к нарушению интересов той или иной стороны;
- неконкретность формулировок в нормативно-правовом акте, что позволяет двояко толковать то или иное отношение, приводящее к нарушению прав;
- «моральное» старение той или иной нормы права, возникающее по причинам динамики хозяйственного процесса, вызывающего к жизни новые формы трудовых отношений, не урегулированные правом.

В. А. Гайдаева

**ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА
КОНТРОЛЬНО-СЧЕТНЫХ ОРГАНОВ
СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

В соответствии с общепринятой точкой зрения контрольно-счетные органы представляют собой государственные органы, входящие в систему государственного контроля и осуществляющие внешний контроль за деятельностью исполнительной власти в сфере распоряжения государственными финансами

и имуществом исключительно в целях соблюдения общегосударственного интереса и от имени общества¹.

В Российской Федерации такой орган – Счетная палата Российской Федерации, являющаяся в соответствии со ст. 1 Федерального закона от 11 января 1995 г. «О Счетной палате Российской Федерации» «постоянно действующим органом государственного финансового контроля, образуемым Федеральным Собранием Российской Федерации и подотчетным ему».

Аналогичные структуры существуют и на уровне субъектов РФ. Вступающий в силу 1 октября 2011 г. Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» определяет контрольно-счетный орган субъекта РФ как постоянно действующий орган внешнего государственного финансового контроля, образуемый законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ. На региональном уровне контрольно-счетные органы определяются следующим образом: ч. 1 ст. 1 закона Воронежской области «О Контрольно-счетной палате Воронежской области» определяет Контрольно-счетную палату как постоянно действующий орган государственного финансового контроля за использованием бюджетных средств Воронежской области и средств Территориального фонда обязательного медицинского страхования Воронежской области. Законом Курской области «О Контрольно-счетной палате Курской области» Контрольно-счетная палата Курской области признается постоянно действующим органом государственного финансового контроля, образуемым Курской областной Думой и подотчетным ей. В Москве, Московской, Свердловской, Челябинской, Нижегородской, Архангельской, Тюменской областях, а также ряде других субъектов Федерации контрольно-счетные палаты являются особыми структурными подразделениями региональных законодательных (представительных) орга-

¹ См.: *Ветриченко Ю. М.* Роль контрольно-счетных органов в системе органов государственного финансового контроля Российской Федерации // Южно-урал. юрид. вестник. 2004. № 1–2. С. 99.

нов государственной власти. При этом определение правового статуса этих органов и их места в системе разделения властей вызывает к жизни немало проблем, в ряду которых одним из важнейших выступает вопрос о том, являются ли контрольно-счетные органы самостоятельными органами государственной власти или же обладают статусом структурных подразделений законодательных (представительных) органов государственной власти.

Статья 10 Конституции РФ закрепляет, что Государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны.

Конституционный Суд РФ в своем Постановлении от 18 января 1996 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного Закона) Алтайского края» выразил следующую правовую позицию: «Разделение властей закрепляется в Конституции Российской Федерации в качестве одной из основ конституционного строя для Российской Федерации в целом, т.е. не только для федерального уровня, но и для организации государственной власти в ее субъектах.

Разделение единой государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную предполагает установление такой системы правовых гарантий, сдержек и противовесов, которая исключает возможность концентрации власти у одной из них, обеспечивает самостоятельное функционирование всех ветвей власти и одновременно их взаимодействие.

Органы законодательной и исполнительной власти в пределах своей компетенции действуют независимо друг от друга, каждая власть формируется как самостоятельная, а полномочия одной власти по прекращению деятельности другой допустимы только при условии сбалансированности таких полномочий, обеспечиваемой на основе законодательных решений. Для организации системы государственной власти в Российской Федерации существенное значение имеет конституционное положение, согласно которому в пределах ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и

субъектов Российской Федерации федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации (ст. 77, ч. 2), что должно обеспечиваться при конституировании органов государственной власти субъектов Российской Федерации»².

Однако ни Счетная палата РФ на федеральном уровне, ни контрольно-счетные палаты субъектов Федерации не отнесены законодателем ни к одной из ветвей власти. Отнесение Счетной палаты РФ к конкретной ветви власти осложнено тем, что с одной стороны, Счетная палата формируется Федеральным Собранием РФ и подотчетна ему, но органом законодательной власти не является, поскольку согласно норме ст. 94 Конституции РФ представительным и законодательным органом является только Федеральное Собрание РФ – Парламент России (более того, исходя из нормы ч. 1 ст. 104 Конституции РФ Счетная палата не является даже субъектом законодательной инициативы); с другой стороны, осуществляемая Счетной палатой деятельность – государственный финансовый контроль – по своему характеру близка к деятельности органов исполнительной власти, но Счетная палата не входит в единую систему исполнительной власти в России, образуемую согласно норме ч. 2 ст. 77 Конституции РФ федеральными органами исполнительной власти и органами исполнительной власти субъектов РФ³.

Аналогична ситуация и в субъектах Федерации, однако на уровне субъектов РФ контрольно-счетные палаты зачастую являются субъектами законодательной инициативы при принятии законов об областном бюджете. Например, ст. 34 Устава Воронежской области наделяет Контрольно-счетную палату Воронежской области правом законодательной инициативы в Воронежской областной Думе при принятии закона Воронежской области об областном бюджете; в соответствии со ст. 48 Устава Кировской области право законодательной инициативы (внесение законопроектов в Законодательное Собрание

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 4. Ст. 409.

³ См.: *Дмитриев Ю. А., Борисов А. Н., Мельников С. И.* Комментарий к Федеральному закону от 11 января 1995 г. № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации». М., 2009.

области) принадлежит Контрольно-счетной палате области; ст. 32 Устава Волгоградской области предоставляет право законодательной инициативы в Волгоградской областной Думе в том числе и Контрольно-счетной палате Волгоградской области. Однако ряд субъектов РФ не наделяет этим правом образованные на своей территории контрольно-счетные органы. Так, из числа субъектов законодательной инициативы контрольно-счетные палаты исключены в Нижегородской и Свердловской областях.

В юридической науке на сегодняшний день сложились три основные точки зрения по указанной проблеме. Сторонники первой придерживаются мнения, что контрольно-счетные органы обладают статусом структурного подразделения парламента. Они «не признают за контрольно-счетными органами самостоятельного места в системе разделения властей и системе государственных органов и полагают, что контрольно-счетные органы обладают статусом комитета законодательного (представительного) органа»⁴. А. А. Демин утверждает, что Счетная палата РФ обладает статусом одного из комитетов или комиссий Федерального Собрания⁵. Этот вывод авторы делают, проанализировав порядок формирования контрольно-счетных органов.

Другая группа ученых относит контрольно-счетные органы к законодательной ветви власти, однако направления деятельности контрольно-счетных органов существенно отличаются от функций, выполняемых органами законодательными.

Наиболее широко распространенной является позиция, в соответствии с которой контрольно-счетные органы относятся к самостоятельной контрольной ветви власти. Помимо контрольно-счетных органов к этой ветви власти предлагается также относить прокуратуру. В этом же ключе спорным становится вопрос о месте Центральной избирательной комиссии в

⁴ Окулич И. П., Усатов Д. Н. Конституционно-правовые основы деятельности государственных контрольно-счетных органов в Российской Федерации. Челябинск, 2008. С. 69.

⁵ См.: Демин А. А. Правовой статус Счетной палаты Российской Федерации и проблема административной юстиции по финансовым вопросам // Гражданин и право. 2001. № 8. С. 27.

системе разделения властей. Основаниями выделения новых ветвей власти при этом называют: 1) существование обособленных органов государства, не подчиненных при осуществлении контроля никакой другой власти, другим органам; 2) связь каждой ветви власти с организационно-юридической трансформацией определенной функции государственной власти; 3) объединенность органов одной ветви власти общим функциональным отношением; 4) деятельность системы органов той или иной власти имеет общий, общегосударственный, а не ведомственный характер, такие органы осуществляют полномочия государства в выделенной для них сфере деятельности⁶.

Наиболее верной представляется позиция авторов, которые рассматривают Счетную палату как высший и единственный постоянно действующий орган в системе парламентского контроля, выполняющий функции организатора и осуществляющий контроль за своевременным исполнением доходных и расходных статей федерального бюджета, бюджетов федеральных внебюджетных фондов по объемам, структуре и целевому назначению, за эффективным использованием федеральной собственности⁷.

С 1 октября 2011 г. в силу вступает Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований». Этот Закон имеет своей целью выработать принципиальные начала организации контрольно-счетных органов субъектов РФ и обеспечить единство законодательной практики субъектов РФ в области создания контрольно-счетных палат, определения их правового статуса и наделения их полномочиями.

Вновь принятый Закон в ст. 3 устанавливает основы статуса контрольно-счетных органов субъектов РФ и муниципаль-

⁶ См.: *Чиркин В. Е.* Современное государство. М., 2001. С. 383.

⁷ См.: *Корнеев А. П., Волеводз А. Г., Горелик В. Я.* Проблемы развития правового статуса Счетной палаты Российской Федерации // Юрист. 2000. № 7. С. 3–13; *Погосян Н. Д.* Проблемы законодательства о Счетной палате Российской Федерации // Государство и право. 1997. № 11. С. 5–13.

ных образований. Так, контрольно-счетные органы являются постоянно действующими органами внешнего государственного и муниципального финансового контроля, образуются, соответственно, законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ и представительным органом муниципального образования и подотчетны им. Контрольно-счетные органы обладают организационной и функциональной независимостью, осуществляют свою деятельность самостоятельно, их деятельность не может быть приостановлена. Последние положения имеют принципиальное значение, поскольку вопрос об отнесении контрольно-счетных органов к какой-то одной ветви власти до сих пор не был разрешен ни в нормативно-правовых актах, ни в науке конституционного права.

Несомненно, потребность в принятии Федерального закона «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» являлась чрезвычайно острой, поскольку законодательство субъектов РФ о контрольно-счетных органах до настоящего момента отличалось единообразием в определении основных задач и выполняемых этими органами функций. Однако множество противоречий существовало в части определения правового положения региональных контрольно-счетных палат, их связи и взаимодействии с другими органами государственной власти, в первую очередь с законодательными (представительными) органами субъектов РФ.

Указанным Законом разрешены не все проблемы, существующие в данной области.

1. В соответствии с п. 5 ст. 5 Федерального закона «структура контрольно-счетного органа определяется в порядке, установленном законом субъекта РФ или нормативным правовым актом представительного органа муниципального образования». Анализ практики деятельности Контрольно-счетной палаты Воронежской области за 2005–2009 гг. показал, что весьма эффективной является организация структуры контрольно-счетного органа по отраслевому принципу. Представляется, что законодательное закрепление этого положения на федеральном уровне в качестве общего принципа ор-

ганизации контрольно-счетного органа субъекта РФ (муниципального образования) позволит повысить эффективность деятельности этих органов, облегчить их взаимодействие с другими органами государственной власти, оптимизировать проводимые контрольно-ревизионные и экспертно-аналитические мероприятия.

2. В Законе содержатся положения, касающиеся порядка назначения на должность председателя, заместителя председателя и аудиторов контрольно-счетных органов. Назначение на указанные должности осуществляет законодательный или представительный орган. При этом устанавливается перечень субъектов, которые имеют право вносить предложения о кандидатурах на должность председателя. В соответствии со ст. 6 Федерального закона предложения о кандидатурах на должность председателя контрольно-счетного органа субъекта РФ вносятся в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ:

1) председателем законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ;

2) депутатами законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ – не менее одной трети от установленного числа депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта РФ;

3) высшим должностным лицом субъекта РФ (руководителем высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ).

На наш взгляд, круг субъектов, наделенных правом представления кандидатур на должность председателя контрольно-счетного органа избыточен. Целесообразно предоставление этого права только высшему должностному лицу субъекта РФ – руководителю высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ, как это сделано на федеральном уровне. Таким образом, будет соблюден баланс между законодательной и исполнительной ветвями власти на уровне субъекта РФ.

3. Принятым Законом в ст. 9 определяются основные полномочия контрольно-счетных органов. В целях надлежащего осуществления должностными лицами контрольно-счетных

органов своих должностных полномочий законом установлены их права и обязанности (ст. 14).

Так, должностные лица контрольно-счетных органов вправе беспрепятственно входить на территорию и в помещения, занимаемые проверяемыми органами и организациями, иметь доступ к их документам и материалам, знакомиться со всеми необходимыми документами, касающимися финансово-хозяйственной деятельности проверяемых органов и организаций, требовать от руководителей и других должностных лиц проверяемых органов и организаций представления письменных объяснений по фактам выявленных нарушений, а также вносить представления и направлять предписания в определенных законопроектom случаях. Ввиду широких полномочий контрольно-счетных органов законом устанавливаются и гарантии прав проверяемых органов и организаций (ст. 17).

Однако на сегодняшний день контрольно-счетные органы субъектов РФ не наделены полномочиями по применению мер принуждения к нарушителям бюджетного законодательства. Согласно действующим нормам права при выявлении нарушения законодательства, влекущего за собой уголовную и административную ответственность, они передают материалы в соответствующие правоохранительные органы. Представляется целесообразным предоставить контрольно-счетным палатам субъектов РФ полномочия по применению мер принуждения к нарушителям бюджетного законодательства. Подобное расширение круга полномочий будет способствовать повышению эффективности проводимых контрольных мероприятий.

А. А. Грибкова

ПРОБЛЕМЫ ПОСЛЕДСТВИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫХ СДЕЛОК И ПУТИ ИХ РЕШЕНИЯ

В результате предстоящего редактирования Гражданского кодекса Российской Федерации будет изменено регулирование многих гражданско-правовых институтов. Не станет исключением и институт недействительных сделок. Концепция развития гражданского законодательства, подготовленная на основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации»¹, стала основой для подготовки проекта Федерального закона «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Проект)². Существует ряд проблем, касающихся института недействительных сделок, которые Концепция и Проект предлагают решить.

Во-первых, это возможность исцеления недействительных сделок, причем как оспоримых, так и ничтожных. В первом случае исцеление порока приводит к прекращению «конститутивного» права на оспаривание, сделка становится действительной; во втором – происходит превращение ничтожной сделки в действительную³. Гражданский кодекс РФ предусмотрел возможность исцеления ничтожной сделки (в ст. 165, 171, 172), но об исцелении пороков оспоримой сделки в нем ничего не говорится, что, несомненно, является проблемой. Концепция исходит из того, что данный пробел должен быть восполнен⁴. В итоге исцеление сделки будет похоже на заключение новой законной сделки, направленной на дости-

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 29 (ч. 1). Ст. 3482.

² URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/F1D1873F3B7610EA129A1457192E2435_РазделI.pdf

³ См.: Тузов Д. О. Общие вопросы недействительности сделок в проекте Концепции совершенствования Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 27.

⁴ См.: Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. М., 2009. С. 39.

© Грибкова А. А., 2011

жение тех же правовых последствий, что и незаконная сделка. Отличие исцеления от заключения новой сделки состоит в том, что правовые последствия будут считаться возникшими ретроспективно, т.е. с момента заключения недействительной сделки. В ч. 2 ст. 166 Проекта говорится, что лицо, одобрявшее оспоримую сделку, а также сторона, подтвердившая данную сделку, не вправе оспаривать ее по основанию, о котором это лицо или сторона знали или должны были знать при одобрении или подтверждении.

Во-вторых, как известно, общим последствием недействительности сделок является двусторонняя реституция. Реституция – особый инструмент, в результате применения которого стороны возвращаются в их первоначальное имущественное положение. В Проекте двусторонняя реституция по-прежнему остается общим последствием недействительности. По мнению некоторых ученых, она является центральной проблемой отечественной теории недействительности сделок. Они считают, что обязанность применения реституции игнорирует диспозитивность как основополагающий элемент метода гражданско-правового регулирования. Возврат в первоначальное имущественное состояние производится независимо от воли заинтересованной в нем стороны⁵.

В-третьих, проблема применения такого последствия недействительности сделок, как недопущение реституции или конфискация. Эта мера предусмотрена за два основания недействительности: в ст. 169 и ст. 179 Гражданского кодекса РФ. В ст. 179 Проекта отменяется конфискация и устанавливается применение общих последствий – двусторонней реституции.

Гораздо больше вопросов в правоприменительной практике вызывают так называемые «антисоциальные» сделки (ст. 169 Гражданского кодекса РФ). Концепция в п. 5.2.2 исходит из того, что «...требуют уточнения положения закона относительно последствий сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности. Следует предусмотреть возможность применения общих последствий при недействительности указанных сделок (двусторон-

⁵ См.: Тузов Д. О. Указ. соч. С. 32–33.

ней реституции). Такое последствие, как изъятие в доход государства всего полученного по сделке, должно применяться как альтернативное последствие недействительности сделки лишь в ограниченном числе случаев...»⁶. В Проекте развивается положение Концепции о том, что сделки, которые недействительны по этому основанию, влекут за собой двустороннюю реституцию. Лишь в случаях, предусмотренных законом, можно взыскать в доход Российской Федерации все полученное по сделке сторонами, действующими умышленно. Необходимость этого изменения объясняется тем, что такое «каучуковое» понятие, как «основы порядка и нравственности», при наличии публично-правовой санкции делает ст. 169 Гражданского кодекса РФ фактически «средством экспроприации»⁷. Еще одна опасность конфискации в ст. 169 состоит в том, что она позволяет правоприменителю по сути восполнять пробелы уголовного законодательства и законодательства об административных правонарушениях. Это прямое нарушение принципа законности (ч. 1 ст. 3 Уголовного кодекса РФ)⁸.

Итак, есть целесообразные пути решения проблем, связанных с последствиями недействительности сделок, разработаны механизмы их реализации. Но пока трудно говорить об эффективности предстоящих изменений, – все покажет практика.

⁶ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. С. 39.

⁷ См.: Тузов Д. О. Указ. соч. С. 40.

⁸ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 07.03.2011 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

Д. В. Завьялова

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ВИД АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ

В соответствии с Федеральным законом от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ в действующий КоАП РФ был введен новый вид наказания – административное приостановление деятельности.

Система наказаний представляет собой «лестницу», на которой каждую новую ступеньку занимает более строгий вид административного наказания. Административное приостановление деятельности занимает восьмую позицию в системе наказаний, что объясняется двумя факторами: относительной новизной (этот вид наказания был просто вписан в общий перечень последним в связи с внесением изменений в КоАП РФ) и строгостью (это, безусловно, наиболее строгий вид наказания, применяемый к юридическим лицам)¹.

В настоящее время по ряду причин законодательство нуждается в усовершенствовании и уточнении норм, касающихся административного приостановления деятельности. Так, КоАП РФ четко определяет основания применения данного вида наказания. Это наличие определенных обстоятельств, при которых может возникнуть угроза:

- 1) жизни или здоровью людей;
- 2) эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) подкарантинных объектов карантинными объектами;
- 3) радиационной аварии или техногенной катастрофы;
- 4) причинения существенного вреда состоянию или качеству окружающей среды.

Если у субъекта, предпринимательской деятельности выявлено одно из приведенных условий, это является основанием приостановить его деятельность на срок не более 90 суток или до устранения выявленных причин (минимальный срок приостановления деятельности не указан). Однако на прак-

¹ См.: Максимов И. В. Система административных наказаний : понятие и признаки // Государство и право. 2004. № 4. С. 21.

© Завьялова Д. В., 2011

тике вместо данного вида наказания применяется административный штраф, который не восстанавливает причиненного ущерба, не обеспечивает выполнения обязанностей и не создает реальных гарантий такого выполнения, т.е. не обладает восстановительной функцией². Ключевым моментом здесь является усмотрение судьи – его возможность назначить менее строгое наказание в виде штрафа, когда следовало бы применить приостановление деятельности.

В Постановлении Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 196 «Об утверждении методики проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции» названы 3 коррупционных фактора, одним из которых является фактор системного анализа, предполагающий при комплексном изучении документа выявить нормативные коллизии. Нормативные коллизии – противоречия, в том числе внутренние, между нормами, создающие для органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц) возможность произвольного выбора норм, подлежащих применению в конкретном случае.

На наличие такого коррупционного фактора указывает любой вид коллизии, если возможность ее разрешения зависит от усмотрения органов государственной власти или органов местного самоуправления (их должностных лиц).

Таким образом, если из санкций соответствующих статей мы исключим возможность варьирования между штрафом и приостановлением деятельности и оставим только последнее, тем самым не ужесточая законодательство, а просто подводя его под условия ст. 3.12 КоАП РФ, которая определяет причины применения данного наказания, мы устраним возможность влияния на судей со стороны субъектов предпринимательской деятельности, заинтересованных в назначении им более мягкого наказания, и, соответственно, исключим коррупционный фактор (произвольный выбор санкции в каждом конкретном случае).

Однако, по мнению С. Воронова, основными причинами непринятия судами решения об административном приос-

² См.: Максимов И. В. Административный штраф : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1995. С. 28.

тановлении деятельности являются: уверенность в эффективности менее строгого вида наказания; отсутствие других ранее наложенных видов административного наказания в отношении субъекта приостановления деятельности; возможность освобождения от наказания ввиду отсутствия необходимого финансирования, в том числе из бюджетов разных уровней; невозможность фактического приостановления объекта ввиду его особой социальной значимости; отсутствие заключения специалиста о реальной опасности правонарушения³. Несколько причин хотелось бы рассмотреть подробнее.

1. Невозможность фактического приостановления объекта ввиду его особой социальной значимости. Разве на территории соответствующего субъекта находится только один объект, занимающийся определенным видом деятельности? Наверное, нет. Если же такая ситуация действительно имеет место, то мы можем говорить о необходимости развития конкуренции, поскольку при обнаружении нарушений у одного объекта и назначения ему административного приостановления деятельности другие объекты (занимающиеся аналогичным видом деятельности) продолжают свою работу и тогда ни субъект, ни отдельное лицо не будут ущемлены. К тому же конкуренция способствует развитию качества и условий труда, что немаловажно.

2. Отсутствие заключения специалиста о реальной опасности правонарушения. При отсутствии такого заключения данный вид наказания не должен применяться, так как не будет служить целям наказания в связи с неоправданной строгостью. Административное приостановление деятельности должно применяться в строго установленных ст. 3.12 КоАП случаях.

3. Уверенность в эффективности менее строгого вида наказания. Менее строгий вид наказания применяется в тех случаях, когда правонарушение незначительно. Если мы говорим об угрозе жизни или здоровья людей, то здесь необ-

³ См.: Воронов С. Реализация административного приостановления деятельности в соответствии с требованиями КоАП РФ // Пожарное дело. 2006. № 5. С. 11.

ходимо применять самое строгое наказание в целях реализации карательной функции и устранения существующих нарушений, которые могут повлечь серьезные последствия.

Таким образом, по прошествии довольно длительного периода времени административное приостановление деятельности до сих пор является «новым» видом наказания. И это связано прежде всего с тем, что судьи стараются не применять его на практике. Это не правильно. Ведь только путем систематического и оправданного назначения данного вида наказания можно увидеть его отрицательные и положительные стороны и способствовать его дальнейшему развитию и усовершенствованию.

Д. А. Загонова

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ СТРАХОВАНИЯ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ АДВОКАТОВ

Несмотря на многовековую историю страхования, человек до сих пор ищет гарантию своей безопасности. Еще в древних Афинах, где появились общие начала страхования, говорили, что миром правят страх и страховщик.

Сегодня же рост благосостояния населения, осознание гражданами своих прав, увеличение общей суммы платежеспособности и частота случаев причинения вреда обострили внимание отечественных ученых к проблеме развития страхования профессиональной ответственности адвокатов.

Для стран Европы система обязательного страхования профессиональной ответственности является почти такой же привычной, как и обязательное страхование ответственности автовладельцев. Например, во Франции Закон «Об организации профессии адвоката» предусматривает обязательное страхование его профессиональной гражданской ответственности. Причем законодателем был закреплен минимальный

размер страховой суммы, составляющий 2 млн франков в год в расчете на одного адвоката.

Д. В. Наумов, основываясь на мировой практике, выделяет следующие системы страхования профессиональной ответственности:

- индивидуальное страхование конкретного адвоката в частной страховой компании (Германия, Финляндия, Нидерланды, Япония, Бразилия);
- самострахование, т.е. посредством объединения адвокатов в общества взаимного страхования (Канада, Великобритания, ЮАР, Австралия);
- коллективное страхование, когда в отношении со страховой компанией вступает адвокатская ассоциация, представляющая интересы всех своих членов при заключении договора страхования (Дания, Бельгия, Швеция, Израиль);
- смешанная система, которая включает в себя элементы нескольких из вышеперечисленных, например, когда наряду с участием в обществе взаимного страхования адвокат может дополнительно застраховать свой риск в какой-либо частной страховой компании¹.

Для эффективного развития российского законодательства в области страхования профессиональной ответственности адвокатов необходимо использовать правоприменительный и законодательный зарубежный опыт.

В Германии страхование адвокатской ответственности практикуется уже немало лет, и, по статистике немецких страховщиков, адвокаты довольно часто опаздывают с подачей кассационных и апелляционных жалоб, допускают технические ошибки. Так что 20 % ошибок подзащитные не прощают, обращаясь к страховым компаниям за возмещением ущерба². Немецкие адвокаты несут ответственность за вред, причиненный по неосторожности другим лицам и, прежде всего, своим доверителям при исполнении своих профессиональных обязанностей. При этом адвокат в принципе несет неограниченную

¹ См.: *Наумов Д. В.* Актуальные вопросы страхования риска профессиональной ответственности адвокатов в зарубежных странах // *Право и экономика*. 2010. № 10. С. 23–34.

² См.: *Скуратов А. Н.* Страховка для адвоката? // *Воронежский адвокат*. 2009. № 5. С. 27–32.

ответственность, в том числе и своим личным имуществом³. По мнению А. Г. Кучериной, ввиду постоянного ужесточения требований к уровню профессиональной добросовестности адвокатов, даже самое незначительное профессиональное упущение может влечь за собой взыскание с них значительных сумм в порядке возмещения причиненного вреда⁴.

В Российской Федерации дело со страхованием профессиональной ответственности адвокатов обстоит иначе.

В 2002 г. вступил в силу Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»⁵. В заключительных и переходных положениях этого Закона было указано, что нормы, устанавливающие процедуру обязательного страхования профессиональной ответственности, вступят в действие только с 1 января 2007 г., что вызвало горячие дискуссии как в научной, так и адвокатской среде. В ходе активных обсуждений проблемы ограничения имущественной ответственности адвоката перед доверителем выяснилось, что разумное исполнение настоящего требования невозможно⁶. Законодатель устранил противоречия приостановлением действия данной нормы до вступления в силу специального федерального закона, регулирующего правила адвокатского страхования.

Однако ни проекта, ни иного нормативного акта, устанавливающего порядок и условия страхования профессиональной ответственности адвокатов, принято не было. В этой связи отсутствуют и единые правила страхования риска профессиональной имущественной ответственности адвокатов.

Концепция и проект этого закона разработаны рабочей группой Совета Федеральной палаты адвокатов России, однако сроки рассмотрения закона неизвестны.

³ См.: *Кратенко М.* Страхование профессиональной ответственности адвоката // *Право и экономика*. 2004. № 10. С. 80–82.

⁴ См.: *Кучерена А. Г.* Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». М., 2009. С. 49.

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 23. Ст. 2102. (ред. от 23.07.2008 г.)

⁶ См.: *Мельниченко Р. Г.* Адвокаты избавились от страха // *Адвокатская практика*. 2010. № 3. С. 23–24.

До принятия специального закона адвокаты не могут исполнять обязанность по страхованию риска своей профессиональной ответственности, в связи с чем, по мнению членов Федеральной палаты адвокатов России, отсутствие необходимого нормативно-правового регулирования является существенным обстоятельством, исключающим возможность возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвокатов, не заключивших договоры страхования в добровольном порядке. При Федеральной палате адвокатов РФ была создана специальная комиссия, задача которой являлось обсуждение в Совете Федерации и Госдуме вопроса о том, как должны страховаться адвокаты до принятия специального закона⁷.

Адвокат может быть субъектом гражданско-правовой, административно-правовой, уголовно-правовой и дисциплинарной ответственности, налагаемой органами адвокатского самоуправления.

Согласно гражданскому законодательству условиями ответственности являются нарушение обязательств, вытекающих из договора, а также вследствие причинения вреда, а именно ввиду противоправности поведения, умысла или неосторожности причинения вреда.

Адвокат несет гражданско-правовую ответственность перед доверителем, поскольку адвокатская деятельность осуществляется на основе соглашения между адвокатом и доверителем, которое представляет собой гражданско-правовой договор на оказание юридической помощи самому доверителю или назначенному им лицу, заключаемый в простой письменной форме. Одними из обязательных условий соглашения являются размер и характер ответственности адвоката, принявшего исполнение поручения. В соответствии с положениями Гражданского кодекса РФ должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства⁸. Адвокат несет административную ответственность за правонарушения, имеющие

⁷ См.: Пилипенко Ю. Страхование : де-юре и де-факто // ЭЖ-Юрист. 2007. № 5. С. 21–24.

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 27.12.2009 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

меньшую общественную опасность по сравнению с преступлениями, предусмотренными КоАП РФ⁹.

Согласно положениям КоАП РФ адвокат, осуществляя адвокатскую деятельность, может стать субъектом административного правонарушения, посягающего на институты государственной власти, в результате, например: неисполнения распоряжения судьи или судебного пристава; невыполнения законных требований прокурора, следователя, дознавателя или должностного лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении; воспрепятствования законной деятельности судебного пристава-исполнителя. Кроме того, адвокат может совершить правонарушение против порядка управления, как то передача либо попытка передачи запрещенных предметов лицам, содержащимся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, следственных изоляторах или изоляторах временного содержания.

Субъектом уголовной ответственности при осуществлении своей профессиональной деятельности адвокат может быть в соответствии с целым рядом статей Уголовного кодекса РФ, причем закрепляющих ответственность за посягательство на общественные отношения в различных сферах, например: клевета; оскорбление; разглашение государственной тайны; воспрепятствование осуществлению правосудия и производству предварительного расследования; неуважение к суду; принуждение к даче показаний; разглашение данных предварительного расследования и др. Кроме того, адвокат, при осуществлении адвокатской деятельности, может быть специальным субъектом для состава, предусмотренного ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств»¹⁰.

За неисполнение либо ненадлежащее исполнение своих профессиональных обязанностей адвокат несет так называемую дисциплинарную ответственность. Дисциплинарная от-

⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 04.10.2010 г.) // Рос. газ. 2001. № 256.

¹⁰ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 29.11.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

ветственность может налагаться, в частности, за нарушения адвокатом предписаний Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» в том случае, если эти нарушения не носят характера преступлений или не содержат признаков иных видов правонарушений. Например, принятие адвокатом поручения от лица, обратившегося к нему за оказанием юридической помощи, в случае, если оно имеет заведомо незаконный характер; отстаивание адвокатом позиции по делу вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самоговора доверителя; оглашение публичных заявлений о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает; разглашение сведений, сообщенных ему доверителем в связи с оказанием последнему юридической помощи, без согласия доверителя; отказ от принятой на себя защиты и др.

Однако возникает вопрос, какой орган будет определять вину адвоката и основания привлечения к ответственности адвокатов? Страховым компаниям нужен авторитетный орган, который и будет устанавливать наличие страхового случая. Поскольку не разработана и не создана нормативно-правовая база по этому вопросу, основанием привлечения адвокатов к дисциплинарной ответственности является заключение квалификационной комиссии и Совета Адвокатской палаты.

Так, во Франции страховая выплата пострадавшему производится только по решению суда. Каждый случай профессиональной ответственности адвоката является предметом судебного рассмотрения в специализированной палате апелляционного суда. Таким образом, система страхования адвокатов Франции предусматривает возможность выбора между коллегиальным и индивидуальным страхованием адвокатов.

На сегодняшний момент проблема доказывания оказания клиенту неквалифицированной помощи адвокатом является крайне сложной. В правовых системах различных государств существуют разнообразные процедуры подтверждения страхового случая и получения страховой выплаты. В России же спор доверителя с адвокатом, вытекающий из недобросовестного исполнения последним своих профессиональных обязанностей, как отмечает Н. Качур, необходимо разрешать в су-

дебном порядке в случае непризнания адвокатом своей ошибки¹¹.

В случае разрешения возникшего спора в коллегии адвокатов члены коллегии вынуждены будут анализировать деятельность своих коллег на предмет отыскания «ошибок». Это, несомненно, скажется на морально-психологическом климате в адвокатском сообществе. Адвокаты могут оказаться между интересами доверителя и корпоративными интересами и риском самому оказаться в подобной ситуации¹².

По мнению ряда авторов, основным камнем преткновения в будущем законе будет являться вопрос о перечне страховых случаев. Не ясно, что считать страховым случаем в адвокатской практике. Будет ли страховым случаем проигрыш дела адвокатом? Правила страхования, разработанные страховыми компаниями, не дают ответа на эти вопросы.

В решении вопроса о том, какой случай считать страховым, а какой нет, активную позицию должен занять сам адвокат¹³. Адвокат должен заблаговременно информировать клиента обо всех возможных результатах сотрудничества. И ни о каких гарантиях положительного разрешения дела со стороны адвоката не может идти и речи. Такое разъяснение должно содержаться в договоре оказания юридической помощи. При заключении соглашения с клиентом адвокат может гарантировать только оказание квалифицированной юридической помощи клиенту. Тогда исключается возможность предъявления претензии клиентом в случае проигрыша дела. Но и здесь страховые компании думают исключительно о своей выгоде, так как вопрос о том, признавать случай страховым или нет, отдается на откуп страховой компании. Многие страховые компании составляют список исключений из страхового покрытия, который гораздо шире самого страхового покрытия.

¹¹ См.: *Качур Н. Ф.* О некоторых аспектах страхования ответственности адвокатов // Вестник адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 23–26.

¹² См.: *Наумов Д. В.* Указ. соч. С. 24.

¹³ См.: *Вронская М. В., Волох И. О.* Страхование риска ответственности адвокатов : постановка проблемы // Адвокатская практика. 2009. № 1. С. 21.

Исключением является участие адвоката в уголовном судопроизводстве. В уголовно-правовой доктрине высказываются предложения об установлении минимальных стандартов защиты по уголовным делам. Так, адвокат по уголовному делу обеспечивает защиту от незаконного и необоснованного обвинения, также обеспечивает реабилитацию лица, необоснованно подвергнутого уголовному преследованию. Иными словами, его деятельность должна быть направлена на максимально благоприятный исход дела для подзащитного. Конечно, невозможно гарантировать вынесение оправдательного приговора судом, так как качество ведения уголовного судопроизводства, ошибки, допущенные профессиональным защитником и субъектом уголовного преследования, участь подсудимого, интересы потерпевшего, в результате, оцениваются судом.

В США, где определены минимальные стандарты профессионального уровня страхования, страховым случаем являются ошибки или упущение адвоката, которые привели к предоставлению юридических услуг ниже минимального стандарта профессиональной защиты. Однако в России минимальный профессиональный стандарт не определен. Р. Мельниченко выступает противником ввода в России на полную мощность института профессиональной ответственности адвокатов, указывая на то, что этот шаг приведет к значительному удорожанию адвокатских услуг¹⁴.

Помимо проблемы в определении страхового случая, существует и ряд других вопросов, одни из которых неразрешимы, а другие являются спорными. Например, как известно, адвокаты осуществляют свою деятельность в различных формах адвокатских образований. Непонятно, кто будет страхователем: сам адвокат, адвокатская фирма, в которой он состоит учредителем, или органы адвокатского самоуправления. Не совсем понятна ситуация, кто должен быть страховщиком: страховая компания или адвокатская палата в роли страховой компании.

Согласно требованиям, к примеру, Французского Декрета, организующего профессию адвоката, договор страхования может быть заключен конкретным адвокатом, группой адвокатов или адвокатской организацией.

¹⁴ См.: Мельниченко Р. Г. Указ. соч. С. 23.

В США каждый из 52 штатов имеет собственную систему страхования. Преобладает модель индивидуального страхования. И лишь в штате Орегон применяется система коллективного страхования. В некоторых американских штатах ассоциации юристов создают собственные страховые компании, которые оказывают серьезную конкуренцию коммерческим страховым фирмам и тем самым влияют на размер страховых тарифов¹⁵.

Что касается самой обязанности адвокатов осуществлять страхование своей профессиональной ответственности, то добровольное право страхования, как это принято практически во всех штатах США, конечно, выглядит более демократичным. Однако европейский вариант, при котором адвокаты обязаны страховать свою профессиональную ответственность, является жестким инструментом при защите имущественных интересов самих адвокатов. Думается, что именно такой вариант в условиях экономического развития России в настоящее время будет наиболее приемлемым и рациональным.

Очевидно, что при разработке законопроекта об обязательном страховании профессиональной ответственности адвокатов в России целесообразно исследовать зарубежный опыт страхования. Однако ввиду имеющихся различий правовых систем, судебной власти, системы адвокатуры и экономических составляющих полностью заимствовать механизм данного вида страхования в каком-либо государстве невозможно.

Безусловно, конкретный порядок применения заимствованных механизмов необходимо разрабатывать, исходя из российской действительности и практики добровольного страхования профессиональной ответственности. Однако, исследуя зарубежный опыт страхования профессиональной ответственности адвокатов, целесообразно подчеркнуть такие элементы страхования, как способ определения страхового случая, орган, уполномоченный рассматривать возникшие споры, индивидуальность либо коллегиальность при заключении договора страхования адвоката и страховщика.

¹⁵ См.: Стрэнг Р. Практика страхования профессиональной ответственности адвокатов в США // Вестник адвокатской палаты Иркутской области. 2006. № 10. С. 26–36.

Таким образом, институт страхования профессиональной ответственности адвоката возникнет ввиду его социальной необходимости и непосредственной заинтересованности самих адвокатов и их доверителей. Но и регулироваться данный вопрос должен федеральным законодательством, где будут закреплены единые правила страхования риска имущественной профессиональной ответственности адвокатов, а не правилами страхования, утверждаемыми конкретными страховыми компаниями, и даже не нормами ГК РФ.

Целесообразно было бы ввести модельный закон с целью определения эффективности его реализации в регионах страны и затем с учетом всех недостатков, выявленных в ходе правоприменения, внедрить обязательное страхование адвокатской ответственности на всей территории РФ. По большому счету, разработка такого законопроекта – дело времени. Остается вопрос – каким же он будет и чьи интересы будет лоббировать?

Ю. М. Зотова

ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНСТИТУТА ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ПРАВОМ

Злоупотребление субъективным правом представляет собой один из интереснейших юридических феноменов, познание которого, однако, сопряжено с определенными трудностями.

Главная трудность состоит в неприятии или отрицании некоторыми правоведами существования злоупотребления правом как правового явления. Так, по словам О. А. Поротиковой, «трудно привести в пример хотя бы одно иное правовое явление, которое так настойчиво отрицается и одновременно вызывает к себе научный интерес»¹.

Зачастую в науке вставал вопрос о том, нужен ли институт злоупотребления правом или можно обойтись без него, рассмат-

¹ Поротикова О. А. Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. 2-е изд. М., 2008. С. 127.

© Зотова Ю. М., 2011

ривая все деяния в плоскости правомерных действий/правонарушений. К примеру, М. М. Агарков в свое время полностью отвергал понятие «злоупотребление правом», находил его противоречивым, лишенным всякого правового смысла и считал, что осуществление права не может быть противоправным. «Те действия, которые называют злоупотреблением правом, – писал он, – на самом деле совершены за пределами права»². Аналогичную позицию находим у М. В. Самойловой: «Осуществляя свое право, собственник всегда действует правомерно, что противоправного осуществления права вообще быть не может»³. Суть этой точки зрения сводится к следующему: поскольку лицо в своем поведении вышло за пределы содержания предоставленного ему субъективного права, постольку его нельзя считать лицом, осуществляющим свое право, – в данном случае оно не злоупотребляет своим правом, а лишь действует противоправно⁴. В поддержку данной позиции высказывался С. Н. Братусь: «Отход в использовании права от его социального назначения есть отступление от закона со всеми вытекающими отсюда последствиями»⁵. По этим основаниям ученый полагал, что осуществление права в противоречии с его назначением не следует квалифицировать как злоупотребление правом.

Однако более современные работы все реже отрицают наличие злоупотребления правом как правового явления⁶. Современное законодательство закрепило данное явление⁷, вследствие чего вопрос о признании отходит на второй план.

² Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. 1946. № 6. С. 427.

³ Цит по: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав // Классика российского права. URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/1/page_4.html

⁴ См.: Там же.

⁵ Братусь С. Н. О пределах осуществления гражданских прав // Правоведение. 1967. № 3. С. 82.

⁶ См., напр.: Поротикова О. А. Указ. соч.; Малиновский А. А. Злоупотребление субъективным правом. М., 2007; Крусс В. И. Теория конституционного правоупотребления. М., 2007.

⁷ Например, термин «злоупотребление» содержится в Гражданском (ст. 10), Уголовном (ст. 201, 202, 285), Семейном (ст. 56, 69, 141), Гражданском процессуальном кодексах, законах «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», «О связи»,

Другая же проблема – вопрос уместности, точности и правильности использования термина «злоупотребление правом», его этимологического толкования. Некоторые авторы предлагают отказаться от данного термина, считая его неуместным.

В. И. Даль толкует слово «злоупотреблять» как «употреблять во зло, на худое дело, ко вреду, во вред себе или другому, извращать, обращать хорошее средство на худое дело»⁸. В связи с этим О. А. Поротикова говорит, что деяние, которое можно назвать злоупотреблением, есть активное поведение лица, с достаточной степенью осознания того, что подобное поведение порицаемо обществом. Далее она отмечает, что злоупотребить можно, имея в наличии какое-либо доступное, предоставленное средство. Особенно показательна характеристика «хорошее средство». Предполагается, что назначение у средства позитивное, его надлежащее применение общеплезно. При злоупотреблении чем-либо происходит процесс подмены целей использования вещи или права. Лексический анализ слова «злоупотребление» имеет целью показать, что в контексте рядом с ним может и должно стоять существительное, положительная смысловая нагрузка которого бесспорна. Опираясь на эту посылку, можно заключить, что субъективное право, благодаря своей изначальной положительной направленности, может выступать средством для злоупотребления. С точки зрения языкового анализа, в словосочетании «злоупотребление правом» отсутствует противоречие⁹.

В. И. Крусс считает, что каждое из слов в сочетании «злоупотребление правом» является исключительно уместным. Прежде всего – нетрадиционный для характеристики форм реализации права глагол «употребление», так как в привычной (общетеоретической) классификации он должен быть заменен глаголом «использование». Но использовать что-либо можно по-разному, в том числе с пользой для других, во благо другим. Тогда как употребление всегда, а сегодня в особенности, ассоциируется с использованием для себя, поглощением: «О государственных пенсиях в Российской Федерации» и других нормативно-правовых актах.

⁸ Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1989. Т. 1. С. 685.

⁹ См.: Поротикова О. А. Указ. соч. С. 128.

современный человек вполне усвоил и даже гордится статусом потребителя. И так, пользоваться (основным правом или свободой) – значит приносить пользу себе, а приносить пользу себе, причиняя вред другому, и тем именно, что причиняешь вред другому, – вот исчерпывающее умозрительное описание и психологическая характеристика злоупотребления правом¹⁰.

В литературе все же до сих пор встречаются случаи неприятия данного термина и попытки заменить его. Например, такую попытку предпринял Э. А. Гатауллин. Он предложил использовать термин «маргинальная юриспруденция» для обозначения случаев злоупотребления правом¹¹.

Те, кто считает термин «злоупотребление правом» неприемлемым, обычно в качестве аргумента называют его внеправовой характер, связь с этикой и философией. Действительно, этимология термина, включающая в себя корень «зло», может подтолкнуть к выходу за предмет правового регулирования, переводу обсуждения в плоскость нравственности, соотношения добра и зла. Однако, как писал Ж.-Л. Бержель, нормой юридической семантики является ситуация, когда с каждым словом соотносится «особая идея». Вместе с тем буквальное понимание используемого термина в его общеупотребительном, повседневном значении вовсе не обязательно¹².

В данном случае более верным представляется рассуждать не столько о правильности и пригодности термина «злоупотребление правом», применение которого вполне оправдано, сколько о целесообразности менять устоявшуюся юридическую терминологию, которая более чем одно столетие используется в отечественной правовой доктрине, действующем законодательстве и судебной практике¹³.

Подводя итог, следует отметить, что обозначенные проблемы являются лишь частью обширной проблематики, связан-

¹⁰ См.: Крусс В. И. Указ. соч. С. 622.

¹¹ См.: Гатауллин Э. А. Маргинальная юриспруденция : постановка проблемы на примере манипуляций с подсудностью // Корпоративные споры. 2005. № 5. С. 92–102.

¹² См.: Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 388.

¹³ См.: Аболонин В. Действительно ли злоупотребление правом – это употребление права во «зло»? // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2. С. 4.

ной со злоупотреблением правом. В науке также обсуждается вопрос соотношения злоупотребления правом с правонарушением, часто подчеркивается плохая законодательная регламентация, использование правоприменителями злоупотребления правом как средства для восполнения пробелов, обсуждается поиск методов воздействия на индивидов для исключения злоупотреблений и мн. др. Актуальность анализируемой проблемы будет только возрастать, поскольку количество и объем прав и свобод постоянно увеличиваются, а следовательно, учащаются и случаи злоупотреблений.

А. В. Иванов

**ВОЗМЕЩЕНИЕ УБЫТКОВ И КОМПЕНСАЦИЯ
КАК СПОСОБЫ МЕРЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ПРИ НАРУШЕНИИ АВТОРСКИХ ПРАВ**

Среди всех мер ответственности, предусмотренных Гражданским кодексом РФ при нарушении авторских прав, основными являются возмещение убытков (п. 3 ч. 1 ст. 1252 ГК РФ) и компенсация (ч. 3 ст. 1252 ГК РФ). Вследствие того, что они выполняют одну и ту же функцию – компенсаторную, – следует, учитывая их применимость на практике, выявить необходимость их параллельного существования в отношении аналогичных нарушений авторских прав.

Возмещение убытков как способ защиты гражданских прав, предусмотренное в ст. 12 ГК РФ, является общим, универсальным средством. Компенсация же регламентируется только в ч. 4 ГК РФ, что делает ее специальным средством защиты, только применительно к предусмотренным законом случаям и вместо возмещения убытков по инициативе правообладателя.

Специфика подотрасли авторского права позволяет сказать о том, что достаточно сложно представлять доказательства факта наличия убытков, их размера, а также причинной связи между их причинением и действиями конкретного нарушителя. Учитывая, что представление этих данных право-

обладателем является необходимым основанием при защите прав, то реализация такого способа защиты, как возмещение убытков, для правообладателя становится весьма затруднительной, а в некоторых случаях и вовсе невозможной (например, при нарушении авторских прав в сети Интернет). Но все же иногда правообладатели прибегают к данному способу защиты своих прав, как при наличии государственного принуждения, так и без него. К примеру, лицензиат, нарушающий условия лицензионного договора, может прекратить нарушение после письменного обращения лицензиара, добровольно возместить причиненные нарушением убытки, и вмешательство органов государственной власти не потребуется¹.

Компенсация как способ защиты прав правообладателя получила широкое распространение еще до введения в действие ч. 4 ГК РФ, в конце XX в. Этому способствовало Информационное письмо Президиума ВАС от 28 сентября 1999 г. № 47 «О практике рассмотрения споров, связанных с применением Закона Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах»², в п. 133 которого было разъяснено, что компенсация подлежит взысканию при доказанности правонарушения, а не убытков. Тем самым, возможности защиты прав правообладателей существенно расширились. Это положение в дальнейшем было включено и в ч. 4 ГК РФ.

Несомненными преимуществами компенсации являются, во-первых, отсутствие необходимости доказывания убытков, а во-вторых, возможность правообладателя требовать взыскание компенсации за каждый случай неправомерного использования произведения.

Необходимость введения компенсации как средства защиты прав правообладателей следует из сложности доказывания размера убытков в большинстве случаев нарушений исключительных прав на произведение. Размер компенсации определяется судом в пределах, установленных ГК, и не более суммы, указанной истцом в заявлении. Но несмотря на это в некоторых случаях со стороны правообладателя является це-

¹ См.: *Погосян Е. В.* Классификация мер защиты авторских прав // *Юрид. мир.* 2009. № 8. С. 31–33.

² *Вестник ВАС РФ.* 1999. № 11.

лесообразным предоставление доказательств, подтверждающих примерный размер убытков или дохода нарушителя, так как это поможет суду при принятии решения об определении разумного и справедливого размера подлежащей взысканию компенсации³. Так, по одному из дел размер компенсации был определен исходя из примерной суммы лицензионного договора, который подлежал заключению в целях охраны авторских прав истца⁴.

Законодатель в ст. 1252 ГК РФ определил компенсацию как средство, применяемое «вместо возмещения убытков». В пользу признания компенсации как средства возмещения, восстановления имущественной сферы потерпевшего говорит и семантика самого слова «компенсация»⁵. Другими словами, что компенсация носит ту же функцию – возмещение, компенсирование.

В связи с этим нет необходимости одновременного существования таких двух мер защиты авторских прав, как возмещение убытков и компенсация. Принимая во внимание все недостатки возмещения убытков и положительные черты компенсации, следует:

1) исключить возмещение убытков из перечня защиты исключительных прав, закрепленных в ст. 1252 ГК РФ за ненадобностью;

2) уточнить, дополнить нормы ГК РФ о компенсации, более понятно определив ее как правовую категорию.

³ См.: *Близнец И. А., Леонтьев К. Б.* Авторское право и смежные права : учебник. М., 2010. С. 224.

⁴ Постановление ФАС Московского округа от 13 ноября 2002 г. № КГ-А41/7599-02. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁵ См. об этом: *Хохлов В. А.* Вопросы практики применения правил о компенсации в связи с нарушением исключительных прав // Закон. 2010. № 10. С. 59.

А. А. Калинина

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДОВЕРИТЕЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ ЦЕННЫМИ БУМАГАМИ

Согласно ст. 1025 Гражданского кодекса РФ¹, при передаче в доверительное управление ценных бумаг может быть предусмотрено объединение ценных бумаг, передаваемых в доверительное управление разными лицами. Объединение ценных бумаг с использованием режима общей собственности происходит при доверительном управлении паевыми инвестиционными фондами (ПИФ), общими фондами банковского управления (ОФБУ). Существует два вида доверительного управления ценными бумагами: 1) индивидуальное – управление обособленным имуществом учредителя; 2) коллективное – управление объединенным имуществом учредителей.

Необходимо обратить внимание на правовую проблему, связанную с объектом доверительного управления ценными бумагами. На первый взгляд, все очевидно: это ценные бумаги. Доверительное управление ценными бумагами всегда сопряжено с доверительным управлением денежными средствами. Согласно п. 2 ст. 1013 ГК РФ, деньги не могут быть самостоятельным объектом доверительного управления, за исключением случаев, предусмотренных Законом. Например, в соответствии со ст. 5 Закона «О рынке ценных бумаг»² деятельностью по управлению ценными бумагами признается деятельность по доверительному управлению ценными бумагами, денежными средствами, предназначенными для совершения сделок с ценными бумагами и заключения договоров, являющихся производными финансовыми инструментами. Проблема подстерегает нас в сфере коллективного доверительного управления ценными бумагами. Статья 13 Закона

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (части первая, вторая, третья, четвертая) : по состоянию на 20 сентября 2010 г. Новосибирск, 2010. 528 с.

² О рынке ценных бумаг : федер. закон от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

© Калинина А. А., 2011

«Об инвестиционных фондах»³ закрепляет, что в доверительное управление открытым и интервальным паевыми инвестиционными фондами могут быть переданы только денежные средства. Иными словами, в данном случае речь идет об объединении такого объекта доверительного управления, как деньги. В то же время ст. 1025 ГК РФ предусматривает возможность объединения только ценных бумаг. В отношении иного имущества ст. 1018 ГК РФ предписывает императивное правило: имущество, переданное в доверительное управление, обособляется от другого имущества учредителя управления, а также от имущества доверительного управляющего.

Указанная правовая проблема должна быть решена, поскольку сложившаяся ситуация «...ставит под сомнение всю нормативную регламентацию доверительного управления при коллективном инвестировании»⁴. В главу 53 ГК РФ необходимо включить статью, посвященную объединению объектов доверительного управления. Там должно быть предусмотрено объединение различных объектов доверительного управления для целей коллективного инвестирования.

В настоящее время актуальна проблема объединения ценных бумаг при доверительном управлении. Правовой режим ценных бумаг различных учредителей управления, объединенных одним доверительным управляющим, является спорным. Законодатель пошел по пути придания таким ценным бумагам режима общей долевой собственности. Эта точка зрения разделяется большинством современных юристов. Но в юридической литературе можно встретить следующие мысли: «Принудительное скрещивание двух совершенно различных институтов гражданского права: общей собственности и доверительного управления – может привести только к появлению уродца»⁵. Нормативные акты, регламентирующие вопросы управления объединенным имуществом учредителей, нередко содержат нормы, устанавливающие изъятие из правил

³ Об инвестиционных фондах : федер. закон от 29 ноября 2001 г. № 156-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Муравьева Е. С. Объединение ценных бумаг при доверительном управлении // Цивилист. 2007. № 3.

⁵ Дробышев П. Правовое регулирование доверительного управления // Рынок ценных бумаг. 1997. № 22. С. 115.

ГК РФ об общей долевой собственности. Можно привести следующие примеры. Статья 247 ГК РФ закрепляет, что владение и пользование имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников, а при недостижении согласия – в порядке, устанавливаемом судом. Но лица, имеющие право общей долевой собственности на ПИФ или ОФБУ, не заключают между собой соглашения о порядке осуществления своих правомочий. Договор доверительного управления ПИФ заключается между управляющей компанией и учредителем управления. Статья 250 ГК РФ предусматривает преимущественное право покупки доли в праве общей собственности участником этой собственности. В то же время, согласно ст. 11 Закона «Об инвестиционных фондах», присоединяясь к договору доверительного управления паевым инвестиционным фондом, физическое или юридическое лицо тем самым отказывается от осуществления преимущественного права приобретения доли в праве собственности на имущество, составляющее паевой инвестиционный фонд; при этом соответствующее право прекращается.

Таким образом, нормативные акты о доверительном управлении ценными бумагами закрепляют нормы, специальные по отношению к тем, что содержатся в ГК РФ. В данном случае нет какого-либо противоречия между ГК РФ и иными законами, просто последние содержат правила, конкретизирующие кодекс. Аналогичная ситуация складывается с законодательством о юридических лицах: ГК РФ закрепляет общие нормы, а специальные законы – конкретизирующие. Это дало основания некоторым ученым утверждать, что законы о коллективном доверительном управлении противоречат ГК РФ. Они доказывают, что конструкция доверительного управления как института обязательственного права бессмысленна. В обоснование своей точки зрения они ссылаются на то, что управляющий фактически наделен правом собственности на переданные ему ценные бумаги, в то время как между учредителем и управляющим устанавливается обязательственная связь. Учредители имеют право требовать от управляющего доход, полученный в результате управления; в случае прекращения договора учредитель управления не получит свои ценные бумаги назад, а только их стоимость в денежной

форме. Так, П. Дробышев приходит к следующему выводу: «Переданные когда-то в управление ценные бумаги учредители управления не вернут уже никогда.., действительным собственником ценных бумаг с момента их передачи в доверительное управление становится сам доверительный управляющий, а учредители управления – его обычными кредиторами»⁶. То есть коллективное доверительное управление ценными бумагами приравнивается к трасту – доверительной собственности.

Между трастом и коллективным доверительным управлением ценными бумагами отсутствует определяющее сходство. Во-первых, признать последнее институтом вещного права, трастом мешает существенное обстоятельство – принадлежность российской правовой системы к континентальной правовой семье. В сложившемся в России правопорядке в принципе невозможно существование «расщепленной» собственности, нескольких собственников на одну вещь. Во-вторых, существование «расщепленной» собственности вообще не согласуется с нормами акционерного права. Трудно представить, что доверительный управляющий, став одним из собственников акций, будет поименован в реестре акционеров, а учредитель управления, будучи еще одним собственником, также будет указан в реестре и будет осуществлять правомочие на получение дивидендов. Эта правовая проблема должна быть решена следующим образом. В главу 16 ГК РФ необходимо включить статью, регламентирующую особенности общей долевой собственности при доверительном управлении. Эта норма должна устанавливать наиболее общие особенности, которые будут конкретизированы на уровне специальных законов об индивидуальном и коллективном доверительном управлении ценными бумагами.

⁶ Дробышев П. Указ. соч. С. 115.

Н. Е. Клычева

**НОВЕЛЛЫ ЗАКОНА О ПОЛИЦИИ:
АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ**

Всё течет, всё меняется
Гераклит

Изменения, произошедшие в Российской Федерации за последние двадцать лет¹, вызвали острую необходимость преобразования правоохранительных органов в целом и Министерства внутренних дел в частности, так как выполняемые ими функции, а именно «защита прав и свобод человека и гражданина, интересов общества и государства являются одними из самых важных в жизни любого цивилизованного государства»².

Неслучайно реформа правоохранительных органов началась с отмены Закона РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции»³ (утратил силу 1 марта 2011 г.), вместо которого 7 февраля 2011 г. был принят Федеральный закон № 3-ФЗ «О полиции»⁴, отличающийся следующими особенностями.

1. Процедура общественного обсуждения, т.е. «гражданам РФ была предоставлена возможность оставить свои отзывы и предложения»⁵ по законопроекту. Аналогичная процедура использовалась лишь при обсуждении законопроекта Конституции РФ, но путем референдума. После этого ни один нормативный акт всенародно не обсуждался, что подчеркивает актуальность и своевременность проведения реформы органов внутренних дел, а также заинтересованность граждан в улучшении работы правоохранительных органов. В ходе всенародного обсуждения законопроекта «О полиции» гражданами, представителями общественности, экспертами было

¹ Период действия норм Закона РФ «О милиции».

² Чернов А. В [и др.] Проект Федерального закона «О полиции»: достоинства и недостатки // Рос. следователь. 2010. № 21. С. 17.

³ Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 16. Ст. 503.

⁴ Рос. газ. 2011. № 25. Ст. 900.

⁵ Данилова В. В. Что изменится с принятием закона «О полиции»? // Отдел кадров бюджетного учреждения. 2011. № 3. С. 12.

© Клычева Н. Е., 2011

сформулировано и представлено большое количество обоснованных замечаний и предложений. Неудивительно, что текст документа, направленный Президентом России в Государственную Думу, был скорректирован, безусловно, улучшен и доработан в интересах общества и граждан.

2. Закон существенно повлиял на административно-правовой статус сотрудников полиции, а именно расширил их права и обязанности. При этом некоторые из нововведений носят дискуссионный характер, так как могут негативно сказаться на реализации человеком и гражданином прав и законных интересов. Конституция РФ (ст. 2) закрепляет, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства⁶, а также его компетентных органов, в том числе и полиции. Анализ основных положений Закона позволяет сделать ряд выводов в рассматриваемой сфере.

3. Во-первых, к новеллам Закона можно отнести право сотрудника полиции для пресечения административного правонарушения применять специальные средства. На наш взгляд, применение спецсредств к лицам, совершившим административные правонарушения, характеризующиеся небольшой общественной опасностью⁷, представляется нецелесообразным.

Кроме того, устанавливая цели административного наказания, КоАП закрепляет, что оно не может иметь своей целью унижение человеческого достоинства физического лица, совершившего административное правонарушение, или причинение ему физических страданий (ст. 3.1 КоАП РФ).

Поэтому думается, что не за все виды административных правонарушений следует применять указанные меры воздействия, так как это противоречит принципам гуманизма административного законодательства. В связи с чем необходимо законодательно определить те составы административ-

⁶ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

⁷ Вопрос о наличии признака общественной опасности административных правонарушений в юридической науке до сих пор является спорным.

ных правонарушений, за которые следует рассматриваемая мера воздействия.

Во-вторых, положение пп. 5 п. 1 ст. 21 анализируемого Закона закрепляет возможность применения спецсредств и физической силы для задержания лица, если это лицо *может* оказать вооруженное сопротивление. Данное положение неслучайно вызвало активное обсуждение, так как понятие «*возможности*» оказания вооруженного сопротивления слишком уж вероятностное, а соответственно, дает больший простор для злоупотреблений⁸.

В-третьих, согласно п. 9 ст. 18, «сотрудник полиции не несет ответственности за вред, причиненный гражданам и организациям при применении физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия, если применение физической силы, специальных средств или огнестрельного оружия осуществлялось по основаниям и в порядке, которые установлены федеральными конституционными законами, настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами». На наш взгляд, данное положение нуждается в доработке. В соответствии со ст. 52 Конституции РФ права потерпевших от злоупотреблений властью охраняются законом, при этом государство обеспечивает потерпевшим компенсацию причиненного ущерба. В связи с чем представляется обоснованным установление определенной ответственности сотрудника полиции, даже если он действовал формально правомерно.

В-четвертых, законодатель расширил перечень случаев беспрепятственного проникновения в жилые помещения сотрудников полиции. В частности: 1) для спасения жизни граждан и (или) их имущества, обеспечения безопасности граждан или общественной безопасности при массовых беспорядках и чрезвычайных ситуациях; 2) для задержания лиц, подозреваемых в совершении преступления; 3) для пресечения преступления; 4) для установления обстоятельств несчастного случая.

Сотрудник полиции вправе при необходимости произвести взлом (разрушение) запирающих устройств, элементов и

⁸ Общественное обсуждение законопроекта «О полиции». URL: <http://www.zakonoproekt2011.ru>

конструкций, препятствующих проникновению в указанные помещения и на указанные земельные участки и территории, и осмотр находящихся там объектов и транспортных средств. Статья 25 Конституции РФ закрепляет, что жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом или на основании судебного решения. Данное положение значительно расширяет права сотрудника полиции, при этом реализация данного права может повлечь нарушение прав человека и гражданина.

В-пятых, сотрудники полиции вправе изымать у граждан и должностных лиц документы, имеющие признаки подделки. Аналогичным образом решается вопрос с вещами, изъятыми из гражданского оборота или ограниченно оборотоспособными, находящимися у них без специального разрешения. При этом составляется протокол, и его копия вручается указанным гражданам и должностным лицам. Вопрос о реализации данного положения на практике представляется спорным, так как неясно, какие конкретно «признаки подделки» будут считаться достаточным основанием для изъятия документов.

В соответствии с целями реформы МВД полиция должна стать профессиональной и социальной, а ее сотрудники обязаны с высокой долей ответственности подходить к исполнению своих обязанностей. Сегодня обществу очень важно, насколько люди, осуществляющие охранные и защитные государственные функции, обладают профессионализмом и компетентностью в своем деле. Важно, чтобы сотрудники полиции разумно использовали свои полномочия и не допускали злоупотребления своими правами.

Резюмируя изложенное, отметим, что создание полиции объективно вызвано назревшей необходимостью проведения широкомасштабной реформы органов внутренних дел Российской Федерации, предполагающей в том числе интеграцию России в мировое полицейское сообщество, и, как представляется, положительно скажется на деятельности всей системы правоохранительных органов, основной целью которых является защита прав и законных интересов человека и гражданина.

Е. А. Колесникова

**К ПРОБЛЕМЕ ДЕФОРМАЦИИ ПРАВОСОЗНАНИЯ:
ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ**

Со времен возникновения права проблема воздействия правосознания на выбор вариантов правового поведения граждан вызвала особый интерес исследователей. Не секрет, что правовое сознание оказывает воздействие на поведение людей как согласованно с нормами права, так иногда и вопреки им. В случае такого поведения, при котором лицо отклоняется от общепринятых правил и норм права (девиантного поведения), в большинстве таких случаев речь идет о деформации правосознания данного лица.

С некоторой долей условности можно утверждать, что для большого числа людей нормативом поведения служит именно правосознание, поскольку они не знают конкретных нормативно-правовых предписаний. Однако не стоит забывать, что оно формируется внутри каждой отдельно взятой личности и представляет собой субъективное восприятие правовых явлений. Достаточно часто правосознание переплетается с моральными воззрениями. Люди оценивают право с точки зрения моральных категорий добра и зла, справедливости и несправедливости и пр. Поэтому в виду отсутствия единого универсального понимания правовых и моральных категорий происходит различное восприятие одинаковых ситуаций разными людьми. Именно в результате восприятия объективной действительности через призму индивидуального видения и появляется деформация правосознания у отдельно взятых индивидов. Не стоит, однако, чрезмерно дифференцировать сам процесс формирования правосознания и раскладывать его на отдельно взятых индивидов. Ведь в большинстве случаев недеформированное правосознание формируется под влиянием политических настроений, оценки моральных категорий, и это формирование происходит относительно одинаково. Поэтому не следует забывать, что деформация правосознания – это не общераспространенное явление, а скорее исключение из правил.

Впервые идея негативного по отношению к правовым нормам и ценностям сознания была сформулирована в юридической науке в советский период. Некоторые ученые отмечали: «Одной из конкретных, ближайших и непосредственных причин, порождающих преступление и отличающих его от иных антиобщественных поступков, является разрушение или пробельность правовых ценностей в юридическом сознании индивида». Для другой группы исследователей «дефектность правосознания заключается в несформированности (пробельности) или искаженности основных его структурных элементов – правовых взглядов, убеждений и установок, когда какие-либо из этих элементов в структуре правосознания отсутствуют (сформированы недостаточно) или сформированы достаточно, но неправильно»¹.

Итак, деформация (от лат. *deformatio* — «искажение») правового сознания предполагает некоторый изначальный запас правовых по своей природе взглядов, знаний, установок, которые в силу различных причин превратились в какие-то иные, неправовые конструкции либо остались правовыми лишь номинально или частично. На наш взгляд, в большинстве случаев деформация правосознания современного индивида возникает в результате оценки правоприменительной деятельности органов государственной власти. В ментальности русского народа прочно укоренилась точка зрения, что закон «написан для богатых» и в случае нарушения прав «простых граждан» защитить их никто не сможет. В таком случае кажется логичным, что роль права как важнейшего регулятора резко падает, доверие к нему теряется, кажется верным отрицание права вообще, как феномена бесполезного и ненужного. В случаях, когда предписания норм права воспринимаются личностью только как внешние, наблюдается либо формальное, либо безразличное отношение к правовым предписаниям либо отрицательная эмоциональная реакция на правовые явления. Во всех случаях создается реальная угроза неисполнения юридических обязанностей, совершения преступления.

Как и всякое иное социальное явление, деформация правосознания имеет свой генезис, содержание, формы и способы

¹ Цит. по: История государства и права. 2009. № 13. С. 35–37.

проявления. Можно выделить несколько распространенных форм деформации индивидуального правосознания, которые представляют собой как бы «ступени снисхождения» правосознания от наиболее легких форм к более серьезным.

1. Правовой инфантилизм – наиболее мягкая форма искажения правового сознания, заключающаяся в несформированности, недостаточности правовых знаний, установок. Пробельность правосознания населения широко распространена. В целом под пробельностью понимается ориентирование правосознания на какие-либо устои, нормы и правила, принятые в обществе, но не закрепленные в праве, отсутствие правового обоснования и мотивации поведения граждан. При этом имеются в виду не только неполнота правовых познаний граждан, но и пробельность в общественном сознании, когда из целостной системы выпадают существенные элементы и прежде всего позитивное отношение к закону и другим правовым ценностям.

2. Правовой нигилизм – осознанное игнорирование требований закона, исключаящее, однако, преступный умысел. По нашему мнению, преступный умысел выходит за границы деформирования правосознания, так как, хоть оно и деформированное, но все еще правосознание, следовательно, нечто законное. А преступный умысел выходит за пределы законности вообще и за границы правосознания в частности. Указание на преступный умысел здесь необходимо для того, чтобы отграничить правовой нигилизм от других форм деформации, находящихся уже за пределами сферы права как такового. Думается, игнорирование закона с преступной целью, а также преступное законодательствование и т.п. – явления, которые представляют собой самостоятельные формы деформации правосознания. Явление правового нигилизма следует, без сомнения, отнести к наиболее распространенным и укоренившимся формам деформации правосознания населения. Одни ученые определяют правовой нигилизм как активную противоправную тенденцию личности (И. И. Карпец, А. Р. Ратинов). Другие говорят о таком уровне дефектности правового сознания, который характеризуется нигилистическим отношением к праву в целом, убеждением, что руководствоваться надо не правом, а своими желаниями и интересами (А. И. Долгова). Третьи указывают, что правовой нигилизм

проявляется в полном неверии в потенциальные возможности права (В. А. Туманов)².

Отрицание того, что требует закон, может происходить как в скрытой, так и открытой форме и являться мотивацией действий на уровне мыслительного процесса. Отрицание есть бездействие не с целью пойти против права, как это происходит при преступном умысле, а с целью отнестись к правовым предписаниям безразлично, поступить так, как кажется верным, руководствуясь самыми различными соображениями.

3. Самой тяжелой формой деформации правосознания граждан является феномен его перерождения. Природа этого опасного явления принадлежит одновременно к числу и самых сложных с исследовательской точки зрения. «Перерожденческое» сознание следует рассматривать как крайнюю степень искаженного, дефектного правосознания. Здесь формируется «искра», которая представляет собой внутреннюю готовность, в большинстве случаев моральную, имеющую под собой логическое обоснование к совершению преступления. Перерождение во многих своих чертах сходно с правовым нигилизмом. И в том и другом случаях правовое начало сознательно отрицается, игнорируется. От правового нигилизма в чистом виде перерожденческое сознание отличается не только степенью общественной опасности, но и мотивацией. Перерожденческое правосознание основано на сознательном отрицании закона по мотивам корысти, жестокости, алчности и т.п. Умысел на совершение преступления можно рассматривать как факультативную форму перерожденческого сознания, результатом которой становится совершение индивидами различных преступлений.

Итак, деформация правосознания – это негативное социальное явление, для которого свойственны такие изменения его состояния, которые искаженно отражают реальную общественную и личную правовую действительность и выражают негативное отношение к действующей системе права, законности и правопорядку в целом.

² См., напр.: *Карпец И. И.* Проблемы преступности. М., 1969; *Максимова И. М.* Правосознание как источник правового поведения личности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2005; *Туманов В. А.* Избранное. М., 2010.

На наш взгляд, деформация правосознания, в первую очередь, происходит в результате воздействия следующих факторов:

- воспитания родителями, имеющими деформированное сознание;
- психологическими особенностями каждой конкретной личности и эмоциональными состояниями;
- политической ситуацией в стране и уровне экономической стабильности;
- прочее.

То есть все эти факторы влияют на уровень жизни человека; как следствие происходит оценка практики реализации права, и в случае неудовлетворительной оценки у отдельных индивидов деформируется правосознание.

Т. В. Колобова

**ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ УПОЛНОМОЧЕННЫХ ПО ПРАВАМ
ЧЕЛОВЕКА В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
С ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ,
ОРГАНАМИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ
И УПОЛНОМОЧЕННЫМ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Должность Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации (омбудсмена) учреждена Конституцией РФ¹ в целях обеспечения гарантий государственной защиты прав и свобод граждан. Федеральный Уполномоченный и его аппарат не в состоянии отреагировать на каждое нарушение прав человека на территории всей страны. Оптимальный способ организации института Уполномоченного предполагает существование и взаимодействие Уполномоченного по пра-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ) // Рос. газ. 1993. 25 дек.; 2008. 31 дек.

© Колобова Т. В., 2011

вам человека в Российской Федерации и уполномоченных по правам человека в субъектах РФ². На данном этапе развития института региональных уполномоченных существует ряд проблем правового регулирования их деятельности:

– законодатель в ст. 5 Федерального конституционного закона от 26 декабря 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» (в ред. от 10.06.2008 г.)³ предусмотрел *право, а не обязанность* субъекта РФ учреждать должность Уполномоченного по правам человека в субъекте РФ. В ряде субъектов Федерации отсутствует институт уполномоченных по правам человека, что приводит к невозможности в полной мере защитить права граждан от неправомερных действий органов публичной власти. На сегодня должности уполномоченных по правам человека созданы в 64 субъектах Федерации;

– на федеральном уровне отсутствуют правовые основы деятельности уполномоченных по правам человека в субъектах РФ, в том числе механизмы взаимодействия уполномоченных по правам человека в субъектах Федерации с органами государственной власти РФ, органами местного самоуправления и Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации.

Осуществляя контроль за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, региональные уполномоченные по правам человека тесно сотрудничают с органами государственной власти РФ и субъектов РФ, органами местного самоуправления. Н. Ф. Лукашова выделяет следующие направления взаимодействия региональных уполномоченных с органами государственной власти и местного самоуправления:

– взаимодействие по выявлению нарушений прав и свобод человека и гражданина и устранению данных правонарушений;

– взаимодействие по проведению аналитической работы в области прав и свобод человека и гражданина, в том числе по совершенствованию законодательства;

² См.: Бутусова Н. В. Конституционно-правовой статус российского государства : монография. М., 2006. С. 302.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 9. Ст. 1011; 2008. № 24. Ст. 2788.

- взаимодействие по правовому просвещению в области прав и свобод человека и гражданина;
- взаимодействие в сфере международного сотрудничества⁴.

В зависимости от субъектного состава можно выделить виды взаимодействия региональных уполномоченных с такими структурами: органами законодательной власти субъекта Федерации, органами исполнительной власти субъекта Федерации, органами судебной власти, территориальными подразделениями федеральных органов государственной власти, органами местного самоуправления, организациями и т.д.

Важнейшим инструментом взаимодействия уполномоченных по правам человека с органами законодательной власти субъекта Федерации является участие в законотворческой деятельности по вопросам прав человека. В большинстве субъектов Федерации, где учрежден институт Уполномоченного по правам человека, за уполномоченными по правам человека закреплена возможность обращаться с предложениями по совершенствованию законодательства к субъектам права законодательной инициативы (Ставропольский край, Воронежская, Липецкая области). В ряде субъектов РФ уполномоченные по правам человека наделены правом законодательной инициативы в законодательном (представительном) органе государственной власти субъекта РФ (Московская область, Санкт-Петербург⁵).

⁴ См.: Лукашова Н. Ф. Взаимодействие Уполномоченного по правам человека в субъекте Российской Федерации с органами государственной власти и другими структурами в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина : конституционно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 19.

⁵ Об Уполномоченном по правам человека в Ставропольском крае : закон Ставропольского края от 8 мая 2002 г. № 15-КЗ; Об Уполномоченном по правам человека в Воронежской области : закон Воронежской области от 30 июня 2010 г. № 66-ОЗ; Об Уполномоченном по правам человека в Липецкой области : закон Липецкой области от 27 августа 2001 г. № 155-ОЗ; Об Уполномоченном по правам человека в Московской области : закон Московской области от 12 января 2001 г. № 4/2001-ОЗ; Об Уполномоченном по правам человека в г. Санкт-Петербурге : закон Санкт-Петербурга от 30 декабря 1997 г. № 227-77. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс «Региональное законодательство».

В законодательстве всех субъектов РФ, где учрежден институт уполномоченного по правам человека, содержится норма о подготовке омбудсменом ежегодного доклада, подлежащего направлению в законодательные (представительные) органы субъекта. При этом уполномоченные по правам человека независимы от органов государственной власти и неподотчетны им. В доклады уполномоченных по правам человека включаются сведения не только о количестве и видах поступивших жалоб и проведенной по ним работе, но и предложения и рекомендации по совершенствованию законодательства в целях устранения существующих нарушений. По отдельным особо острым вопросам соблюдения прав и свобод человека региональный уполномоченный может выступать со специальными докладами.

Еще одна форма взаимодействия региональных уполномоченных с органами законодательной власти субъекта Федерации – это обращение уполномоченных в органы законодательной власти субъекта с предложением о создании комиссии по расследованию фактов нарушения прав граждан⁶.

Взаимодействие уполномоченных по правам человека в субъектах РФ с исполнительными органами власти субъекта Федерации и органами местного самоуправления осуществляется при приеме и рассмотрении обращений граждан, при этом можно выделить следующие направления такого взаимодействия:

– уполномоченные рассматривают жалобы на действия (бездействия) органов исполнительной власти субъекта Федерации, органов местного самоуправления и их должностных лиц;

– региональные омбудсмены имеют право безотлагательного приема по вопросам своей деятельности руководителями и другими должностными лицами органов государственной власти субъекта Федерации, а также органов местного самоуправления (например, в Воронежской области, Красноярском крае⁷);

⁶ См.: Лукашова Н. Ф. Указ. соч. С. 19.

⁷ Об Уполномоченном по правам человека в Красноярском крае : закон Красноярского края от 21 октября 1997 г. № 15-585. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс «Региональное законодательство».

– региональные уполномоченные вправе беспрепятственно посещать органы государственной власти субъекта Федерации и органы местного самоуправления, запрашивать и получать от государственных органов субъекта Федерации, органов местного самоуправления, их должностных лиц, государственных и муниципальных служащих сведения, документы и материалы, необходимые для рассмотрения жалобы (например, в Амурской области);

– уполномоченные вправе получать объяснения должностных лиц органов государственной власти субъекта Федерации и органов местного самоуправления, государственных и муниципальных служащих по вопросам, подлежащим выяснению в ходе рассмотрения жалобы⁸. Не могут получать объяснения от должностных лиц и государственных служащих уполномоченные по правам человека Республики Башкортостан, Саратовской⁹ и Московской областей;

– омбудсменам принадлежит право поручать компетентным государственным учреждениям проведение экспертных исследований и подготовку заключений по вопросам, подлежащим выяснению в ходе рассмотрения жалобы. Не могут поручить государственным учреждениям проведение экспертных исследований и подготовку заключений уполномоченные по правам человека в Кемеровской, Московской, Смоленской¹⁰ областях.

Кроме того, региональные уполномоченные проводят совместно с компетентными государственными органами, должностными лицами проверки деятельности государственных органов субъекта Федерации, органов местного самоуправле-

⁸ См.: *Мархгейм М. В.* Формы и способы деятельности Уполномоченного по правам человека в субъектах Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 5. С. 8.

⁹ Об Уполномоченном по правам человека в Саратовской области : закон Саратовской области от 12 октября 1998 г. № 50-ЗСО. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс «Региональное законодательство».

¹⁰ Об Уполномоченном по правам человека в Кемеровской области : закон Кемеровской области от 28 декабря 2000 г. № 108-ОЗ; Об Уполномоченном по правам человека в Смоленской области : закон Смоленской области от 10 апреля 1998 г. № 7-З. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс «Региональное законодательство».

ния, их должностных лиц, государственных и муниципальных служащих¹¹.

При осуществлении деятельности по защите прав граждан уполномоченные по правам человека в субъектах РФ не могут действовать обособленно от Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. Взаимодействие федерального омбудсмена с его коллегами в субъектах РФ осуществляется в целях повышения эффективности единой государственной системы защиты прав человека. При этом следует подчеркнуть, что Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации не выступает в качестве вышестоящей инстанции для уполномоченных в субъектах Федерации. Взаимодействие федерального и региональных уполномоченных на постоянной основе осуществляется в рамках Координационного совета уполномоченных по правам человека, созданного в 2001 г. На заседаниях Координационного совета, проводимых не реже двух раз в год, его члены обмениваются опытом государственной правозащитной работы, согласовывают концептуальные и методологические подходы к проблемам обеспечения прав и свобод человека, встречаются с руководителями федеральных министерств и ведомств¹².

Еще одной важной формой сотрудничества уполномоченных по правам человека являются методические семинары повышения квалификации для работников их аппаратов. С 2005 г. совместно с региональной общественной организацией «Независимый экспертно-правовой совет» для них же проводятся и ежегодные «круглые столы» по юридической тематике. В целях распространения опыта, накопленного аппаратом федерального Уполномоченного, региональным уполномоченным направляются методические материалы с описанием наиболее важных и типичных дел, а также работы по их рассмотрению¹³.

¹¹ См.: *Сунгуров А. Ю.* Сравнительный анализ законодательства об Уполномоченном по правам человека в некоторых субъектах Российской Федерации // *Государство и право.* 2003. № 4. С. 21.

¹² См.: Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации в 2008 г. URL: <http://www.ombudsman.gov.ru>

¹³ См.: *Семёнова А. Ю.* Уполномоченный по правам человека в механизме обеспечения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2006. С. 21.

По запросам коллег в субъектах РФ Уполномоченный осуществляет юридическую экспертизу региональных законов и законопроектов, регулирующих статус уполномоченного по правам человека, а также практику их применения на соответствие действующему федеральному законодательству.

На основании проведенного исследования можно предложить следующие рекомендации по совершенствованию правового регулирования института Уполномоченного по правам человека в субъектах РФ:

1. Федеральный конституционный закон от 26 декабря 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» нуждается в императивной норме, предусматривающей учреждение должности Уполномоченного по правам человека во всех субъектах РФ.

2. Следует внести изменения и дополнения в Федеральный конституционный закон «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» – включить в него главу «Об уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации», где закрепить компетенцию, полномочия, механизмы взаимодействия региональных омбудсменов с органами государственной власти, местного самоуправления и Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации.

Д. С. Концедалов

ПОРЯДОК ОБЖАЛОВАНИЯ НЕЗАКОННЫХ АКТОВ ПРОКУРОРСКОГО РЕАГИРОВАНИЯ

Подавляющее большинство теоретических разработок в сфере прокурорского надзора посвящены эффективному и рациональному осуществлению органами прокуратуры своих функций (видов деятельности). При этом ошибочно презюмируется, что деятельность прокуратуры всегда является законной. Ни для кого не секрет, что любые властные акты уполномоченных государственных органов и должностных

лиц можно анализировать с позиций законности и подразделять их с этой точки зрения на законные и незаконные. Нам представляется, что акты прокурорского реагирования, издаваемые должностными лицами органов прокуратуры при осуществлении прокурорского надзора, в этом плане не являются исключением. Акты прокурорского реагирования, полагаем, могут быть вынесены с нарушением норм законодательства и быть, таким образом, незаконными.

Данная работа – это попытка обратить внимание на проблему эффективной и рациональной защиты поднадзорных органов и должностных лиц от деятельности прокуратуры в тех случаях, когда эта деятельность все же является незаконной. В частности, речь о том, каков должен быть порядок действий органов, организаций и должностных лиц, в отношении которых вынесен незаконный акт прокурорского реагирования.

Очевидно, что главное правовое средство борьбы с незаконными действиями и решениями властных субъектов – это их обжалование. Попробуем проанализировать действующее законодательство на предмет того, какие возможности оно дает по обжалованию актов прокурорского реагирования. При этом постараемся ответить на два главных вопроса: во-первых, возможно ли обжалование этих актов в принципе, и, во-вторых, если возможно, то в каком порядке.

К сожалению, анализ Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 168-ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»¹ показывает, что в нем вообще не закреплена возможность обжалования актов прокурорского реагирования. И это на сегодняшний день существенный законодательный пробел, поскольку эффективный механизм обжалования любых властных актов – залог их законности, обоснованности и, в конечном счете, соблюдения прав, свобод, законных интересов граждан и организаций.

Однако отсутствие такой нормы в Федеральном законе о прокуратуре вовсе не означает, что обжалование прокурорских актов невозможно вообще. Теория права предписывает при отсутствии специальных норм, регламентирующих какие-либо отношения, применять общие нормы. Обратимся к положени-

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 47. Ст. 4472.

ям Закона РФ от 27 апреля 1993 г. № 4866-1 «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан»². В этом Законе содержится несколько принципиально важных для нас норм. В статье 1 установлено, что каждый гражданин вправе обратиться с жалобой в суд, если считает, что неправомерными действиями (решениями) государственных органов, органов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений или должностных лиц, государственных служащих нарушены его права и свободы. А в соответствии со ст. 4 данного Закона гражданин вправе обратиться с жалобой на действия (решения), нарушающие его права и свободы, либо непосредственно в суд, либо к вышестоящему в порядке подчиненности государственному органу, органу местного самоуправления, учреждению, предприятию или объединению, общественному объединению, должностному лицу, государственному служащему. Две эти законодательные нормы в совокупности позволяют сделать два важных практических вывода:

- незаконный акт прокурорского реагирования может быть обжалован;
- существует два порядка обжалования актов прокурорского реагирования: ведомственный (обжалование вышестоящему прокурору в порядке подчиненности) и судебный.

Увы, на практике эти способы защиты от незаконных прокурорских актов реализовать крайне сложно. Обжалование актов прокурорского реагирования в порядке подчиненности вряд ли может иметь существенный эффект. Чувство прокурорской корпоративной сплоченности вряд ли позволит вышестоящему прокурору отменить решение нижестоящего, поскольку это вскрыет непоследовательность позиции прокуратуры в каком-либо вопросе, а может быть, и некомпетентность отдельных прокурорских работников. К тому же нельзя сбрасывать со счетов и личные отношения между работниками прокурорской системы.

Судебное обжалование актов прокурорского реагирования также сталкивается со значительными трудностями. Жалобы граждан на действия (решения) государственных органов, ор-

² Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 19. Ст. 685.

ганов местного самоуправления, учреждений, предприятий и их объединений, общественных объединений, должностных лиц, государственных служащих должны рассматриваться судом по правилам гражданского судопроизводства с учетом особенностей, установленных Законом «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан». Процедура рассмотрения таких жалоб установлена главами 23 и 25 ГПК РФ, а также главой 24 АПК РФ. Из смысла ст. 255 ГПК и 198 АПК следует, что оспаривание решений и действий государственных органов и должностных лиц возможно в тех случаях, когда эти решения или действия влекут одно из перечисленных в законе правовых последствий:

- нарушены права и свободы заявителя;
- созданы препятствия к осуществлению заявителем его прав и свобод;
- на заявителя незаконно возложена какая-либо обязанность или он незаконно привлечен к ответственности.

Увы, предвзято толкуя данную норму закона, суды очень часто отказывают в принятии заявлений об оспаривании актов прокурорского реагирования (в частности, прокурорских представлений). При этом судьи по-разному мотивируют определения об отказе. Одни судьи указывают, что должностные лица прокуратуры не относятся к тем должностным лицам, чьи решения и действия подлежат обжалованию в порядке, установленном соответствующими процессуальными кодексами. Другие судьи полагают, что по своей природе акты прокурорского реагирования не имеют обязательного характера и, таким образом, не могут затрагивать прав и свобод заявителей³.

Ни одно из утверждений не представляется верным. Считаем, что отказы судов принимать заявления об оспаривании прокурорских актов по изложенным выше основаниям – это негативная и порочная практика.

Ссылка на необязательный характер актов прокурорского реагирования не соответствует действующему законо-

³ См., напр.: Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 декабря 2007 г. № 14042/07 по делу № А50-3874/2007-Г26; Постановление ФАС Центрального округа от 5 апреля 2000 г. № Д-2/АБ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

дательству. Так, в соответствии со ст. 6 Федерального закона «О прокуратуре РФ» требования прокурора, вытекающие из его полномочий (в том числе, конечно, и из полномочий по вынесению актов прокурорского реагирования), подлежат безусловному исполнению в установленный срок. Кроме того, например, в соответствии со ст. 24 Закона о прокуратуре представление об устранении нарушений Закона подлежит безотлагательному рассмотрению. В течение месяца со дня внесения представления поднадзорный субъект должен принять конкретные меры по устранению допущенных нарушений Закона, их причин и условий, им способствующих, и о результатах принятых мер сообщить прокурору в письменной форме. Очевидно, что данные нормы Закона сформулированы в императивной форме, обязательны для исполнения и оставляют поднадзорному органу, должностному лицу лишь один вариант реагирования на внесенное прокурорское представление – удовлетворение изложенных в нем требований. Кроме того, законодательство об административных правонарушениях устанавливает административную ответственность за умышленное невыполнение требований прокурора, вытекающих из его полномочий, установленных Федеральным законом (ст. 17.7 КоАП).

Надо отдать должное деятельности высших судебных инстанций. В 2009 г. Верховный Суд РФ обобщил судебную практику по данному вопросу и разъяснил, что к должностным лицам, решения, действия (бездействие) которых могут быть оспорены по правилам главы 25 ГПК РФ, относятся, в частности, должностные лица органов прокуратуры⁴, а ст. 134 ГПК РФ не содержит оснований для отказа в принятии заявлений об оспаривании прокурорских представлений⁵.

⁴ О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 // Бюл. Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

⁵ Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за второй квартал 2009 года : постановление Президиума Верховного Суда РФ от 16 сентября 2009 г. // Бюл. Верховного Суда РФ. 2009. № 11.

Эти разъяснения Верховного Суда РФ, безусловно, имеют принципиальное значение в вопросе обжалования актов прокурорского реагирования. Однако суды, рассматривающие такие дела по первой инстанции, пока не очень широко внедряют их в свою практику.

Правоприменительная деятельность выработала еще один интересный способ действий против незаконных актов прокуратуры. Этот способ с определенной долей условности можно назвать «пассивным способом обжалования» прокурорских актов. Суть его состоит в следующем: если поднадзорный субъект, в адрес которого вынесен акт прокурорского реагирования, не примет меры, которых требует прокурор, то прокурор самостоятельно возбуждает административное производство по ст. 17.7 КоАП (за невыполнение законных требований прокурора) и направляет постановление об этом в суд для принятия решения по существу. Суд, рассматривая данное дело по существу, обязан проверить законность вынесенного прокурорского акта, поскольку это обязательный признак состава данного административного правонарушения. Следует учитывать, что обязанность доказывать законность акта прокурорского реагирования возлагается на прокурора. Поэтому такой способ защиты целесообразно использовать в тех случаях, когда акт прокурорского реагирования содержит очевидно необоснованные требования, явно выходящие за пределы надзорных полномочий прокуратуры. Это, например, касается прокурорских представлений с требованием устранить нарушения при принятии подзаконных актов (в то время как прокурорский надзор осуществляется за исполнением только законов). Такой вариант действий поднадзорных органов и должностных лиц также не лишен своих недостатков. В частности, проверка законности актов прокуратуры в подобных случаях неоправданно затягивается по времени, а признание правомерности требований прокурора автоматически влечет за собой административную ответственность лиц, которым внесен акт реагирования.

Из всех рассмотренных способов обжалования актов прокурорского реагирования наиболее эффективным мы считаем прямое обжалование в судебном порядке. Для преодоления проблем, возникающих при судебном обжаловании, можно предложить ряд изменений в законодательство.

Прежде всего, следовало бы по примеру некоторых государств-членов СНГ закрепить норму об обжаловании актов прокурорского реагирования непосредственно в Федеральном законе «О прокуратуре РФ»⁶. Целесообразно было бы включить в Закон ст. 25.2 следующего содержания: «Гражданин или организация, полагающие, что решениями или действиями (бездействием) прокурора нарушены их права или законные интересы, вправе обжаловать их вышестоящему прокурору и (или) в суд».

А чтобы должностные лица органов прокуратуры самостоятельно стремились повышать качество актов прокурорского реагирования, уделяя больше внимания их законности, обоснованности и мотивированности, необходимо предусмотреть ответственность прокурорских работников за совершение незаконных действий и принятие незаконных решений. Дисциплинарная ответственность прокурорских работников регламентируется ст. 41.7 Федерального закона «О прокуратуре РФ». Абзац первый ч. 1 данной статьи следует уточнить и изложить в следующей редакции: «За неисполнение или ненадлежащее исполнение работниками своих служебных обязанностей, в том числе в случае вынесения незаконного и (или) необоснованного акта прокурорского реагирования, и совершение проступков, порочащих честь прокурорского работника, руководители органов и учреждений прокуратуры имеют право налагать на них следующие дисциплинарные взыскания...». Редактировать сам перечень налагаемых дисциплинарных взысканий нет практической необходимости.

Кроме того, требует закрепления в законодательстве норма о гражданско-правовом механизме защиты прав поднадзорных органов, организаций, должностных лиц, нарушенных вынесением незаконного прокурорского акта. Для этого можно было бы включить в Федеральный закон «О прокуратуре РФ» ст. 52.1 следующего содержания: «Убытки, причиненные органам, организациям и должностным лицам, ука-

⁶ См., напр.: О прокуратуре Республики Беларусь : закон Республики Беларусь от 29 января 1993 г. № 2139-XII // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. 1993. № 10. Ст. 9; О прокуратуре : закон Украины от 5 ноября 1991 г. № 1789-XII // Ведомости Верховной Рады Украины. 1991. № 53. Ст. 12.

занным в части 2 статьи 1 настоящего закона, в результате незаконных действий (бездействия) органов прокуратуры, в том числе издания незаконного и (или) необоснованного акта прокурорского реагирования, подлежат возмещению Российской Федерацией в порядке, установленном гражданским законодательством».

Полагаем, принятие этих законодательных мер могло бы существенно снизить процент незаконно вынесенных актов прокурорского реагирования. А для осуществления внешнего оперативного контроля за их законностью и обоснованностью следует применять изложенный в настоящей работе механизм их обжалования.

Е. Ю. Кретинина

**УПОЛНОМОЧЕННЫЙ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА
В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Институт Уполномоченного по правам человека является сравнительно новым в государственно-правовой системе России. Процесс его становления и развития находится еще на начальном этапе, к тому же его формирование происходит при высоком уровне правового нигилизма и отсутствии в обществе традиции уважения к правам человека, достоинству и индивидуальной значимости личности. Отличительной особенностью института Уполномоченного по правам человека является то, что он не только работает в рамках существующего правового поля, но и призван предпринимать определенные усилия для его совершенствования. Известный австрийский юрист, профессор, доктор права В. Пикль дал следующую оценку этому институту: его создание и деятельность открыли новую главу в отношениях между государством и граждани-

ном, между лицами, наделенными властью, и управляемыми¹. Будучи структурой государственной, институт омбудсмена в то же время является связующим звеном между властью и обществом. Важный аспект законотворческой деятельности омбудсмена заключается в том, что он, как посредник между властью и обществом, способствует усилению влияния граждан на принимаемые властью решения, в частности, на законотворчество. Подобная роль омбудсмена актуальна для России, так как тот факт, что Уполномоченный по правам человека не обладает правом законодательной инициативы, нуждается в исправлении.

Наиболее результативным представляется решение проблем, стоящих перед омбудсменом, на региональном уровне, поскольку Уполномоченный имеет при этом возможность оперативно и эффективно работать с жалобами и обращениями, а также содействовать улучшению ситуации с правами человека в своем конкретном регионе. Федеративное устройство России и огромная территория страны требуют создания единой системы уполномоченных по правам человека, включающей Уполномоченного по правам человека и его аппарат в Российской Федерации в целом, а также уполномоченных по правам человека и их аппараты в субъектах Федерации². Законодательную основу для введения поста Уполномоченного по правам человека в субъектах России дает Федеральный конституционный закон от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации», ст. 5 которого закрепляет: «В субъекте Российской Федерации в соответствии с его Конституцией и Уставом может создаваться институт Уполномоченного по правам человека в субъекте Российской Федерации»³.

В настоящее время институт Уполномоченного по правам человека на региональном уровне существует в 60 субъектах РФ. Он является важнейшим публично-правовым установлением, представляющим собой дополнительный институт пра-

¹ См.: Лукашева Е. А. Права человека : учебник для вузов. М., 2000. С. 369.

² См.: Бутусова Н. В. Конституционно-правовой статус российского государства. Воронеж, 2006. С. 362.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 9. Ст. 1011.

вовой защиты граждан от неправомерных действий государства в лице его органов управления, прежде всего органов исполнительной власти субъекта Федерации. Уполномоченный призван защищать граждан от плохого администрирования; выявлять и анализировать сбои в работе государственных органов, приводящие к нарушению прав человека; вырабатывать рекомендации по совершенствованию деятельности органов государства в области прав человека и связанных с ним административных процедур⁴.

В сентябре 2002 г. в г. Екатеринбурге состоялся шестой «круглый стол» Уполномоченных по правам человека в субъектах Федерации, в котором приняли участие почти все избранные на тот момент омбудсмены. В результате проведенного опроса удалось установить, что российские Уполномоченные на первое место ставят функцию содействие жителям в восстановлении нарушенных властью прав, на втором месте находится реализация функции посредника между обществом и властью, на третьем – содействие более эффективной работе власти и на четвертом – функция внесудебного расследования.

В соответствии с законодательством, Уполномоченные по правам человека в субъектах готовят и представляют органам власти доклады о ситуации с соблюдением прав человека в регионе. Единых правил для составления таких докладов не существует, в каждом регионе формируются свои традиции. Однако стоит отметить, что функции Уполномоченного не должны сводиться к каждодневной работе с жалобами и обращениями, – это не устранил первичные причины нарушений прав. Работа с жалобами дает необходимый материал для законодательных инициатив. Право законодательной инициативы омбудсмана в большинстве субъектов РФ, как и на федеральном уровне, не закреплено. Внесение соответствующих изменений в законодательство является необходимостью: в процессе практической деятельности по защите прав человека омбудсмен часто сталкивается с нарушениями, которые

⁴ См.: *Лукашова Н. Ф.* Взаимодействие Уполномоченного по правам человека в субъекте Российской Федерации с органами государственной власти и другими структурами в сфере защиты прав и свобод человека и гражданина : конституционно-правовой аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. 22 с.

носят системный характер, и искоренить их можно лишь на законодательном уровне.

Значимо закрепление права на обращение в Конституционный (Уставной) суд субъекта Федерации. Это даст Уполномоченному дополнительные возможности для оказания влияния на законодателей. Взаимодействие института Уполномоченного и Конституционного (Уставного) суда позволяет сочетать в себе механизмы судебной и внесудебной государственной защиты прав человека. К сожалению, учреждение таких судов в регионах идет пока медленно, и полностью использовать их потенциал пока нет возможности.

Уполномоченный по правам человека на уровне субъекта России обладает ограниченными материальными кадровыми ресурсами для проведения аналитической работы. Важную роль при этом могут сыграть экспертные советы, создаваемые при Уполномоченных из высококвалифицированных юристов, ученых и правозащитников. Такие советы созданы или находятся на стадии создания в большинстве регионов, где действует институт Уполномоченного.

В 2010 г. в Воронежской области произошло значимое для общественно-политической жизни области событие – была учреждена должность регионального Уполномоченного по правам человека. Однако стоит учесть и продуктивно использовать накопленный опыт в этой сфере других субъектов РФ (Саратовской, Липецкой областей). Порядок выдвижения кандидатуры на должность Уполномоченного в Воронежской области, на наш взгляд, нуждается в корректировке. В настоящее время процедура, предусмотренная в ст. 5 закона Воронежской области от 30 июля 2010 г. № 66-ОЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Воронежской области» такова: предложения по кандидатурам на должность уполномоченного могут вноситься губернатору Воронежской области политическими партиями, иными общественными объединениями, депутатами Воронежской областной Думы. После чего губернатор Воронежской области вносит в Воронежскую областную Думу представление о единственном кандидате на должность⁵. Ду-

⁵ Собр. законодательства Воронежской области. 2010. № 6 (ч. 1). Ст. 327.

мается, более приемлемым будет иной порядок выдвижения кандидатуры. Например, такой, как в Саратовской области: кандидатура выносится в один этап, т.е. непосредственно в областную Думу, где уже тайным голосованием выбирается единственный претендент⁶. Необходимым, на наш взгляд, является установление срока (в Саратовской области – 15 дней) на исполнение поручений Уполномоченного государственными органами субъекта, органами местного самоуправления, их должностными лицами, что обеспечит более плодотворное сотрудничество Уполномоченного с другими органами.

Группа ученых склоняется к выводу о необходимости принятия федерального закона «Об Уполномоченном по правам человека в субъекте Российской Федерации», что позволит унифицировать правовой статус Уполномоченного по правам человека во всех субъектах Федерации. Однако, по нашему мнению, это будет нарушать принцип федерализма, закрепленный в Конституции РФ.

Уполномоченный по правам человека в субъекте Федерации – новый правовой институт, но он уже начал прочно приживаться в нашей стране. Характер его развития во многом зависит как от специфики политических традиций региона, так и от особенностей личности самого регионального омбудсмена. В одних субъектах Федерации он так и не вышел за пределы квалифицированного бюро жалоб, в иных – сам стал влиять на характер власти в регионе, помогая переходу к реально публичной власти, направленной на решение проблем и удовлетворение потребностей жителей региона. Деятельность региональных Уполномоченных по правам человека является чувствительным показателем реального качества жизни людей и должна стать одним из ключевых инструментов совершенствования законодательства.

⁶ Об Уполномоченном по правам человека в Саратовской области : закон Саратовской области от 12 октября 1998 г. № 50-СЗО // Собр. законодательства Саратовской области. 1998. № 5. Ст. 354.

В. А. Крылов

**ПРОБЛЕМЫ, ВОЗНИКАЮЩИЕ
ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ,
СВЯЗАННЫХ С НЕЗАКОННЫМ СБЫТОМ
НАРКОТИЧЕСКИХ СРЕДСТВ**

Уголовная ответственность за незаконный сбыт наркотических средств предусмотрена ст. 228.1 Уголовного кодекса РФ¹. Объективную сторону данного преступления раскрывает п. 13 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2006 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с наркотическими средствами, психотропными, сильнодействующими и ядовитыми веществами», в соответствии с которым под сбытом наркотических средств «следует понимать любые способы их возмездной либо безвозмездной передачи другим лицам, а также иные способы реализации, например путем введения инъекций». То есть сбыт наркотических средств – преступление с формальным составом. Этой точки зрения придерживаются и многие ученые: «Преступление признается оконченным с момента совершения любого из рассмотренных действий»². «Сбыт наркотических средств ... считается оконченным составом преступления с момента передачи ... этих средств»³. Однако в том же п. 13 четко указано: если передача наркотического средства осуществляется в ходе проверочной закупки, содеянное следует квалифицировать по ч. 3 ст. 30 и соответствующей части ст. 228.1 УК РФ (т.е. покушение на сбыт наркотических средств), поскольку в этих случаях происходит изъятие наркотического средства из незаконного оборота.

Таким образом, на наш взгляд, нельзя согласиться с теми авторами, которые относят преступление – сбыт наркотичес-

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

² Чучаев А. И. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М., 2009. С. 398.

³ Фомин М. А. Защита по уголовным делам о наркотиках. М., 2007. С. 80.

© Крылов В. А., 2011

ких средств – к числу формальных составов, так как Постановлением Пленума Верховного Суда РФ № 14 четко определено последствие (оставление наркотического средства в незаконном обороте), наступление которого находится в прямой зависимости от определения момента окончания сбыта, следовательно, данное преступление относится к числу материальных составов. Рассмотрим пример.

П. получил 3 тыс. руб. от ранее незнакомого Ш., являющегося сотрудником УБОП МВД КЧР и проводившего проверочную закупку наркотических средств. В тот же день П. незаконно сбыл Ш. стеклянную банку с наркотическим средством «экстракт маковой соломы». Действия П. квалифицированы судом по ч. 1 ст. 228.1, УК РФ. Однако дело было пересмотрено в надзорной инстанции, и действия П. переквалифицированы на ст. 30 ч. 3 УК РФ и ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, так как передача наркотического средства осуществляется в ходе проверочной закупки и происходит изъятие наркотического средства из незаконного оборота⁴.

Тем не менее некоторые авторы справедливо считают, что в данном случае происходит нарушение ч. 1 ст. 29 и ст. 228.1 УК РФ и целесообразнее будет изменить Постановление Пленума № 14, отменив указание на последствия и сформулировав состав сбыта наркотических средств как формальный, так как «абсолютно одинаковые действия, связанные со сбытом предмета преступления, но совершенные в одном случае в обычных условиях, а в другом – в условиях контрольной закупки, – будут подлежать различной квалификации, что, несомненно, отразится на виде и размере (сроке) назначенного судом наказания»⁵.

Еще одна проблема возникает при непосредственном производстве оперативно-розыскного мероприятия – проверочная закупка, законность проведения которой закреплена в п. 4 ст. 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ

⁴ См.: Определение Судебной коллегии Верховного Суда Рос. Федерации от 17 ноября 2008 г. № 30-Д08-25. URL: <http://www.consultant.ru/online/base/?req=doc;base=ARB;n=79424>

⁵ Фалевский А. В. Проблемы определения момента окончания сбыта наркотических средств // Следователь. 2009. № 3 (131). С. 33.

«Об оперативно-розыскной деятельности»⁶. Проверочная закупка представляет собой совершение мнимой сделки (как правило, купли-продажи) с лицом, подозреваемым в совершении сбыта наркотических средств, с целью подтверждения факта преступления⁷. При этом возникает существенная проблема: работники правоохранительных органов зачастую не видят юридической грани между оперативно-розыскным мероприятием «проверочная закупка наркотических средств» и провокацией сбыта наркотических средств, которая исключает основания для привлечения к уголовной ответственности. Разница этих понятий заключается в том, от какой стороны этой мнимой сделки исходит инициатива. Если инициатива исходит от покупателя, то имеет место быть провокация сбыта наркотиков. Для законного проведения проверочной закупки необходимо наличие собственного умысла на сбыт наркотических средств со стороны сбытчика без подстрекательства и провокации покупателей.

Очевидно, что редкий случай, когда граждане добровольно являются в правоохранительные органы, сообщают о поступившем им предложении покупки наркотического средства и изъявляют желание участвовать в проведении проверочной закупки. Поэтому на практике покупателями в проверочной закупке выступают лица, задержанные за хранение, перевозку, приобретение, изготовление и переработку наркотиков, так как они обладают информацией относительно личности сбытчика, места сбыта, вступали в контакт со сбытчиком и имеют с его стороны доверие. Сотрудники правоохранительных органов убеждают этих лиц оказать содействие следствию. После того, как задержанный соглашается стать покупателем, он провоцирует (уговаривает, упрашивает, звонит множество раз) знакомого сбытчика продать ему наркотики. Проверочная закупка, проведенная в таких условиях, считается незаконной и не может являться основанием возбуждения уголовного дела. Приведем пример из судебной практики.

⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

⁷ См.: *Горяинов К. К., Кваша Ю. Ф., Сурков К. В.* Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. М., 1997. С. 209.

При рассмотрении дела Европейским судом по правам человека, было установлено следующее. 2 июля 1998 г. закупщик, привлеченный сотрудниками милиции к проведению проверочной закупки, позвонил Г. А. Ваньяну по телефону и попросил достать ему наркотики, так как у него началась ломка. Затем под контролем и наблюдением сотрудников милиции закупщик пришел домой к Ваньяну, где передал ему «помеченные» для проверочной закупки 200 руб. Ваньян в свою очередь за 400 руб. приобрел у другого лица 0,318 гр героина в двух пакетиках, один из которых отдал закупщику, а другой оставил себе. Ваньян был задержан и осужден за сбыт наркотиков в Российской Федерации. Европейский суд по правам человека установил нарушение ч. 1 ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁸ в части осуждения гражданина, указав, что если «действия тайных агентов (закупщиков) направлены на подстрекательство преступления и нет оснований полагать, что оно было бы совершено без их вмешательства, то это может быть названо провокацией»⁹.

Таким образом, главным признаком законной проверочной закупки является инициатива по продаже наркотиков, исходящая от сбытчика наркотиков, а не от покупателя.

Следующая проблема, на которую хотелось бы обратить внимание, возникает на стадии возбуждения уголовного дела. Для возбуждения уголовного дела по любому преступлению, в соответствии со ст. 140 Уголовно-процессуального кодекса РФ, необходимо наличие законного повода и основания. Проблема возникает при определении основания возбуждения уголовного дела по преступлениям, связанным с незаконным сбытом наркотиков. Часть 2 ст. 140 УПК РФ гласит, что основанием является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления. Следователь должен знать размер наркотического средства, а также то, что возбуждение уголовного дела по незаконному сбыту наркотических средств невозмож-

⁸ Конвенция о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 г.) // Собр. законодательства. 1998. № 20. Ст. 2143.

⁹ Постановление Европейского суда по правам человека от 15 декабря 2005 г. по делу «Ваньян (Vanuyan) против Российской Федерации» // Бюл. Европейского суда по правам человека. 2006. № 7. С. 102–116.

но без достоверной информации о том, что данное средство является наркотическим. Данная информация является основанием к возбуждению уголовного дела. В целях выявления этого факта следователь должен проводить проверочные действия. Для этого у него есть возможность привлечь к работе специалиста, обладающего специальными знаниями в области наркотических средств. До возбуждения уголовного дела специалист привлекается в так называемой «не процессуальной» форме и проводит предварительное исследование предоставляемого следователем средства. «В стадии возбуждения уголовного дела для установления признаков преступления в форме не процессуальной консультации могут быть привлечены многие специалисты»¹⁰. Результаты исследования могут оформляться различными документами. В практике наиболее часто встречаются справка эксперта, справка об исследовании, заключение специалиста, справка специалиста и др.

Согласно положениям УПК РФ экспертиза не предусмотрена в качестве следственного действия, которое может проводиться до возбуждения уголовного дела. Следовательно, предварительное исследование не является следственным действием, и ее результаты не могут использоваться в качестве доказательств. Методики проведения исследования тождественны с методиками проведения экспертизы, они могут быть двух видов: а) неразрушающие (микроскопия, исследование в ультрафиолетовых лучах и др.); б) разрушающие (химико-аналитические и др.). Возникает логический вопрос: как сформировать доказательство относительно предмета преступления (его качественной и количественной характеристики), если наркотическое средство разрушено еще до возбуждения уголовного дела и документов, имеющих доказательственную силу, подтверждающих, что данное средство являлось наркотиком, не существует?

Практике известны случаи, когда следователи выходили из сложившейся ситуации, отправляя на предварительное исследование лишь часть наркотического средства. Но это не совсем верно, так как задачи предварительного исследо-

¹⁰ Лепеев В. Н. Проблемы тактики возбуждения уголовного дела : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2005. С. 15.

вания: 1) установить качественную характеристику средства (является ли данное средство наркотическим); 2) установить количественную характеристику (каков размер изъятого наркотического средства). Очевидно, что результат второй задачи будет не соответствовать действительности. Существуют две перспективы решения данной проблемы:

1) наделить результат предварительного исследования специалиста доказательственной силой;

2) закрепить возможность проведения следственного действия – экспертизы – до возбуждения уголовного дела¹¹.

Стоит отметить, что в настоящее время существует два вида следственных действий, производство которых уголовно-процессуальный закон допускает и до возбуждения уголовного дела: осмотр места происшествия (ч. 2 ст. 176 УПК РФ) и освидетельствование (ч. 1 ст. 179 УПК РФ), – и на практике они доказали свою эффективность. Однако эти следственные действия производятся до возбуждения уголовного дела для оперативного сбора доказательств, в случаях, не терпящих отлагательств. Функциональное назначение и природа «экспертизы до возбуждения уголовного дела» совершенно иные. Тем не менее, учитывая, что существует необходимость проведения экспертизы до возбуждения уголовного дела, как видно из сказанного выше, на наш взгляд, законодателю стоит внести соответствующие изменения в УПК РФ.

После того, как следователь установил характеристику изъятого средства, необходимо обратить внимание на количество данного средства. Если размер является крупным (или особо крупным), то следователь, помимо возбуждения уголовного дела по п. «б» ч. 2 ст. 228.1 УК РФ (или п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ), должен решить вопрос о возбуждении другого уголовного дела по ч. 1 ст. 228 УК РФ (или ч. 2 ст. 228 УК РФ) в отношении лица, приобретающего данные средства, если такое лицо установлено, а если нет, то возбуждать уголовное дело по факту совершения незаконного приобретения наркотического средства и организовать розыск данного лица. Даже если размер изъятого наркотического средства не является крупным, следова-

¹¹ См.: *Иванова Е. В.* Специальные знания о наркотических средствах в судопроизводстве России. М., 2009. С. 130.

тель, возбуждая уголовное дело по ч. 1 ст. 228.1 УК РФ, должен позаботиться о привлечении к административной ответственности лица, приобретающего данное наркотическое средство в соответствии со ст. 6.8. КоАП РФ от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ¹² «Незаконное приобретение наркотических средств».

¹² Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Рос. газ. 2001. № 256.

В. А. Кутищева

**ОБ ОСОБЕННОСТЯХ АДМИНИСТРАТИВНОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ЛИЦ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

В последнее время в России в связи с ухудшением социально-экономической обстановки, вызванным мировым финансовым кризисом, обострилась ситуация «с детством», которую можно назвать катастрофической, что создает реальную угрозу национальной безопасности государства. В стратегии национальной безопасности Российской Федерации отводится особая роль государства в качестве гаранта безопасности личности, прежде всего несовершеннолетних, совершенствования нормативного правового регулирования, предупреждения и борьбы с преступностью, обеспечения государственной и общественной безопасности путем повышения эффективности деятельности правоохранительных органов и спецслужб, создания единой государственной системы профилактики правонарушений, в первую очередь среди несовершеннолетних.

Уполномоченный по правам человека в своем докладе отметил, что «несовершеннолетние дети – еще одна категория граждан, нередко дискриминируемая при реализации их права на достоинство личности. ...Несовершеннолетние не могут защитить свои права...»¹.

¹ См.: Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2011 год // Рос. газ. 2011. 13 мая.

© Кутищева В. А., 2011

Административная ответственность несовершеннолетних (в том числе и подобная ответственность родителей) определяется как форма реагирования государства на административные правонарушения, выраженная в применении к этим субъектам административного принуждения в виде конкретных административных наказаний, предусмотренных санкциями нарушенных норм, и одновременно как их специфическая обязанность нести неблагоприятные последствия, связанные с применением указанных мер².

В отношении несовершеннолетних действующее законодательство предусматривает общее правило, согласно которому к лицам в возрасте от 16 до 18 лет, совершившим административные правонарушения, применяются меры, предусмотренные Положением о комиссиях по делам несовершеннолетних, утвержденным Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 3 июня 1967 г.³.

Комиссии рассматривают дела в отношении родителей несовершеннолетних или лиц, их заменяющих, об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 5.35 КоАП РФ⁴, а также за нарушение порядка или сроков предоставления сведений о несовершеннолетних, нуждающихся в передаче на воспитание в семью либо в учреждение для детей-сирот или для детей, оставшихся без попечения родителей, предусмотренных ст. 5.36 КоАП РФ.

К составам, непосредственно направленным на охрану прав и законных интересов несовершеннолетних, относятся следующие статьи КоАП РФ: ст. 6.7 – нарушение санитарно-эпидемиологических требований к условиям воспитания и

² См.: *Беженцев А. А.* Отдельные вопросы административной ответственности несовершеннолетних // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права : материалы ежегодной Всероссийской научно-практической конференции, посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф., засл. деятеля науки РФ В. Д. Сорокина (15 марта 2011 г.) : в 2 ч. СПб., 2011. С. 175.

³ Об утверждении Положения о комиссиях по делам несовершеннолетних : указ Президиума ВС РСФСР от 3 июня 1967 г. // Ведомости ВС РСФСР. 1967. № 23. Ст. 536.

⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Рос. газ. 2001. № 256.

обучения; ст. 6.10 – вовлечение несовершеннолетнего в употребление спиртных напитков или одурманивающих веществ; ст. 6.13 – пропаганда наркотических средств, психотропных веществ или их прекурсоров; ст. 20.22 – появление несовершеннолетних в состоянии опьянения, а равно распитие ими алкогольной и спиртосодержащей продукции, потребление ими наркотических средств или психотропных веществ в общественных местах.

В соответствии со ст. 17 упомянутого выше Положения комиссии могут принимать к производству дело о любом ином антиобщественном поступке несовершеннолетнего.

Комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав рассматривают дела об административных правонарушениях по месту жительства лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении (ч. 3 ст. 29.5 КоАП РФ).

Административное наказание может быть наложено не позднее двух месяцев со дня совершения правонарушения, а за нарушения при делящемся правонарушении – не позднее двух месяцев со дня его обнаружения (ст. 4.5 КоАП РФ).

Высшие судебные инстанции постоянно обращают внимание на то, что административное наказание в отношении указанных лиц должно быть подчинено, прежде всего, этим целям⁵.

Цели административных наказаний, применяемых к несовершеннолетним, в определенной мере обуславливают и меньший объем, степень лишения или ограничения прав и свобод таких лиц, которые при прочих равных условиях должны нести более мягкую ответственность, чем в схожих ситуациях взрослые, совершившие административные правонарушения⁶.

⁵ См.: *Беженцев А. А.* Современное состояние и тенденции совершенствования административной ответственности несовершеннолетних // *Закон и право.* 2010. № 5. С. 90.

⁶ См.: *Мотрович И. Д.* Некоторые проблемы административной ответственности за вовлечение несовершеннолетних в совершение антиобщественных действиях // *Законность и правопорядок в современном обществе* : сб. материалов II Междунар. науч.-практ. конф. : в 2 ч. Новосибирск, 2010. Ч. 1. С. 38.

По мнению Л. А. Битюковой, КоАП РФ не предусматривает специальных видов административных наказаний, применяемых только к несовершеннолетним, но существуют особенности при применении некоторых видов административных наказаний⁷.

Например, штраф может назначаться как мера наказания, как правило, при наличии у несовершеннолетнего самостоятельного заработка или имущества. При отсутствии самостоятельного заработка у несовершеннолетнего административный штраф взыскивается с его родителей или иных законных представителей (ст. 32.2 КоАП РФ).

По справедливому замечанию В. А. Минор, при определении административного наказания, назначаемого несовершеннолетнему, должны учитываться его возрастные, психические и индивидуальные особенности, с тем чтобы обеспечить с помощью административного наказания и надлежащего процесса его исполнения формирование у подростка стойкого неприятия антиобщественных, аморальных тенденций⁸.

Административное законодательство устанавливает перечень оснований освобождения от административной ответственности несовершеннолетних лиц. Во-первых, в соответствии с ч. 2 ст. 2.3 КоАП РФ, возлагается обязанность принесения публичного или в иной форме извинения потерпевшему за причинение морального и материального ущерба, предупреждение, выговор, строгий выговор, передача под надзор родителям. Во-вторых, согласно ст. 2.9 КоАП РФ, подростка вправе освободить от административной ответственности при малозначительности совершенного административного правонарушения, ограничившись устным замечанием.

Основаниями для применения мер воздействия к подросткам, совершившим правонарушения, служат характер совершенных правонарушений, их общественная опасность и тя-

⁷ См.: Битюкова Л. А. Институт административной ответственности несовершеннолетних : вопросы теории и практики // Законность и правопорядок в современном обществе : сборник материалов I Междунар. науч.-практ. конф. Новосибирск, 2010. С. 12.

⁸ См.: Минор В. А. Превентивная функция административной ответственности несовершеннолетних : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2010. С. 14.

жесть последствий, причины и условия, способствующие их совершению, условия семейной жизни и воспитания, окружающая подростка среда, возраст и уровень интеллектуального развития правонарушителя, его поведение в прошлом и отношение к совершенному правонарушению⁹.

Согласно ст. 4.5 КоАП РФ, постановление по делу об административном правонарушении не может быть вынесено по истечении двух месяцев со дня совершения лицом административного правонарушения.

Анализ административно-правовых норм, регулирующих ответственность несовершеннолетних, свидетельствует о необходимости совершенствования действующего административного законодательства по следующим направлениям:

– выделение норм, касающихся административной ответственности несовершеннолетних, в отдельную главу, в которую необходимо включить понятие административной ответственности несовершеннолетних, виды административных наказаний и порядок их применения к несовершеннолетним;

– разработка мер воздействия принудительно-воспитательного характера для несовершеннолетних и включение их в КоАП РФ, так как меры, применяемые к несовершеннолетним, должны преследовать, прежде всего, цель исправления и предупреждения совершения новых административных правонарушений и преступлений, как самим несовершеннолетним лицом, так и другими лицами;

– расширение полномочий комиссий по делам несовершеннолетних и защите их прав при применении административных наказаний, предоставление им права применять иные, кроме штрафа, административные наказания, предусмотренные санкциями правовых норм;

– разработка гарантий защиты прав несовершеннолетних, совершивших административные правонарушения.

Таким образом, вопросы административной ответственности несовершеннолетних и их родителей должны рассматри-

⁹ См.: Смагина Т. А. Вопросы эффективности административной ответственности за нарушение прав и законных интересов несовершеннолетних // Актуальные проблемы нормотворчества : сб. статей. Саратов, 2010. С. 242.

ваться комплексно, поскольку возникает необходимость определения рамок ответственности каждого из указанных субъектов за нарушения законодательства несовершеннолетними.

Д. В. Лопатин

КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРАВ ГРАЖДАН В СФЕРЕ ТРУДА В РОССИИ И ЗА РУБЕЖОМ

Состояние законодательства и реального положения дел в области осуществления прав человека в сфере труда является не только показателем цивилизованности общества, но и условием нравственности и эффективности его экономики. В настоящее время в России существует немало проблем в связи с обеспечением трудовых прав граждан, а также регулированием отношений в сфере труда на уровне международных стандартов. В настоящей статье с учетом зарубежного и отечественного позитивного опыта конституционного регулирования отношений в сфере труда обосновываются предложения, направленные на укрепление гарантий трудовых прав граждан.

В советский период уделялось большое внимание регулированию сферы труда: труд и его результаты являлись факторами, детерминирующими положение человека в обществе. Общеизвестное мировое значение Конституции СССР 1936 г.¹ заключалось в том, что в ней впервые на конституционном уровне была закреплена система гарантированных социально-экономических прав граждан, прежде всего: право на труд (ст. 118), а также право на отдых (ст. 119). Существовали следующие особенности конституционно-правового оформления права на труд: 1) гарантировалось получение работы; 2) предусматривалась оплата труда в соответствии с его количественными и качественными характеристиками; 3) право на труд обеспечивалось социалистической организацией народного хозяйства; 4) праву на труд корреспондировало пра-

¹ Конституция СССР : утв. Постановлением Чрезвычайного VIII Съезда Советов СССР от 5 декабря 1936 г. // Известия ЦИК СССР и ВЦИК. 1936. № 283.

© Лопатин Д. В., 2011

во на отдых; 5) устанавливалась возможность осуществления женщинами трудовых прав наравне с мужчинами; 6) устанавливалась недопустимость какого бы то ни было прямого или косвенного ограничения прав или установления преимуществ в зависимости от расовой или национальной принадлежности; 7) обеспечивалось право на объединение в профсоюзы.

Конституция СССР 1977 г. сохранила общие подходы к конституционно-правовому регулированию прав граждан в сфере труда. Однако появились некоторые дополнения. В главе 3 Конституции 1977 г.² закреплялись обязанности государства по улучшению условий труда, его научной организации, повышению уровня оплаты труда и реальных доходов трудящихся. Конституция СССР 1977 г. расширила содержание права на труд: оно стало включать не только право на получение гарантированной работы с оплатой труда в соответствии с его качеством и количеством, но и право на выбор профессии, рода занятий и работы в соответствии с призванием, способностями, профессиональной подготовкой, образованием, а также с учетом общественных потребностей.

Принятие Конституции РФ 1993 г. ознаменовало новый этап в правовом регулировании трудовых отношений. С учетом новой концепции Конституции РФ можно говорить об изменении самого подхода к труду и его конституционному закреплению. Статья 37 Конституции 1993 г. гласит: «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию»³. Эта формулировка свидетельствует об отступлении от норм предыдущих конституций страны, гарантировавших каждому право на труд и защищавших его трудовые права. Из содержания ст. 37 можно сделать вывод о том, что государство не только не гарантирует право на труд, но и практически самоустраивается от своей активной роли в регулировании данного права⁴.

² Конституция СССР : принята ВС СССР 7 октября 1977 г. // Свод законов СССР. М, 1990. Т. 3. С. 14.

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов о поправках от 30.12.2008 г.) // Рос. газ. 2009. 21 янв.

⁴ См.: Колобова С. В. Защита конституционных прав граждан РФ в сфере труда : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 15.

Действующая Конституция гарантирует право на вознаграждение за труд без какой бы то ни было дискриминации, не ниже установленного законом минимального размера оплаты труда. В настоящее время минимальный размер оплаты труда составляет 4330 руб. в месяц⁵. Данная сумма вряд ли способна обеспечить достойную жизнь и свободное развитие человека.

Безусловно, объективности ради, необходимо отметить, что Конституция РФ 1993 г. содержит и ряд прогрессивных положений. Так, в нынешней Конституции была существенно расширена возможность по защите трудовых прав. В ней закреплен ряд норм, направленных на обеспечение этого права (ст. 30, 33, 37, 45, 46). Конституция РФ 1993 г. впервые в истории российских конституций признала и гарантировала право на индивидуальные и коллективные трудовые споры с использованием установленных федеральным законом способов их разрешения, включая право на забастовку. Действующий Основной закон России также закрепил право на защиту от безработицы.

Однако норма ст. 37 Конституции РФ нуждается в корректировке, в первую очередь в связи с необходимостью приведения ее в соответствие с международно-правовыми стандартами. Речь идет о закреплении свободы труда с элементами тех прав, которые содержатся в общепризнанных международных актах. Так, в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах сказано: «Участвовавшие в настоящем Пакте государства признают право на труд... (ст. 6), разумное ограничение рабочего времени... (ст. 7), вознаграждение, обеспечивающее, как минимум, всем трудящимся справедливую зарплату и равное вознаграждение за труд равной ценности... удовлетворительное существование трудящихся и их семей»⁶. 3 июня 2009 г. была ратифицирована Европейская социальная хартия⁷; Российская Федерация приняла на себя обязательства по обеспечению закреплен-

⁵ О минимальном размере оплаты труда : федер. закон от 19 июня 2000 г. № 82-ФЗ (с изм. и доп., в ред. от 01.06.2011 г.) // Рос. газ. 2011. № 119.

⁶ Об экономических, социальных и культурных правах : междунар. пакт от 16 декабря 1966 г. // Бюл. Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

⁷ Европейская социальная хартия : справочник. М., 2000.

ных в Хартии социальных прав. В Европейской социальной хартии, в частности, закрепляются обязанности государства «принять как одну из главных целей достижение и поддержание по возможности высокого и стабильного уровня занятости, имея в виду достижение полной занятости», «обеспечить разумную дневную и недельную продолжительность рабочего времени с последовательным сокращением продолжительности рабочей недели». Для обеспечения права на справедливое вознаграждение государствам-участникам Хартии необходимо «признать право работников на такое вознаграждение, которое обеспечит им и их семьям достойный жизненный уровень»⁸.

К сожалению, нормы Европейской социальной хартии в Российской Федерации реализуются не достаточно эффективно. Согласно Индексу развития человеческого потенциала за 2010 г. Россия занимает лишь 65-е место из 169 стран (для сравнения: наша страна по различным оценкам занимает первые места в мире по числу миллионеров, причем число их постоянно растет)⁹.

Следует использовать положительный опыт зарубежных стран по конституционному закреплению прав граждан в сфере труда. В частности, ст. 58 Конституции Португалии¹⁰ говорит об обязанности государства гарантировать право на труд, обеспечивая проведение политики полной занятости. Аналогичные положения содержатся в конституциях Польши (ст. 65)¹¹ и Нидерландов (ст. 19)¹². В ст. 36 Конституции Ита-

⁸ См.: Там же.

⁹ См.: Велетминский И., Гладунов О. Удвоение миллиардеров. Что это значит для России // Рос. газ. 2004. 27 мая; Меринов С. Нью-Йорку на зависть // Рос. газ. 2011. 11 марта.

¹⁰ См.: Конституция Португальской Республики от 2 апреля 1976 г. // Конституции государств Европейского Союза / под ред. Л. А. Окунькова. М., 1997. С. 551–552.

¹¹ См.: Конституция Польской Республики от 2 апреля 1997 г. // Конституции государств Центральной и Восточной Европы / отв. ред. Н. В. Варламова. М., 1997. С. 243.

¹² См.: Конституция Королевства Нидерландов от 17 февраля 1983 г. // Конституции государств Европейского Союза / под ред. Л. А. Окунькова. С. 482.

льянской Республики (1947 г.)¹³ закреплено право на вознаграждение, соответствующее количеству и качеству его труда, достаточное для обеспечения трудящемуся и его семье свободного и достойного существования. В ст. 59 Конституции Португалии закреплена обязанность государства «установить и индексировать единую для всей страны минимальную заработную плату, учитывая среди прочих факторов потребности трудящихся, рост стоимости жизни, уровень развития производительных сил, требования стабильности экономики и финансов...»¹⁴.

Таким образом, в соответствии с принципом преемственности идей ранее действовавших конституций, исходя из международно-правовых стандартов и положительного опыта зарубежных государств, в Конституции РФ наряду со свободой труда должен быть закреплён принцип гарантированности права на труд и оплату труда в соответствии с его характером, количеством и качеством. Право на вознаграждение за труд в размере не ниже установленного в законе минимального размера оплаты труда необходимо дополнить обязанностью государства индексировать МРОТ, учитывая потребности трудящихся, рост стоимости жизни, уровень развития производительных сил, требования стабильности экономики и финансов. Кроме того, в Конституции РФ необходимо закрепить норму следующего содержания: «Государство проводит деятельность, направленную на обеспечение полной занятости населения». На наш взгляд, внесение названных изменений и дополнений в Конституцию РФ, обеспечило бы существенное повышение уровня гарантированности прав граждан в сфере труда.

¹³ Конституция Итальянской Республики от 22 декабря 1974 г. // Конституции буржуазных государств / сост. В. В. Маклаков. М., 1982. С. 128–131.

¹⁴ См: Конституция Португальской Республики от 2 апреля 1976 г. С. 551–552.

А. И. Ляхова

К ВОПРОСУ О НОВАЦИЯХ В СПОСОБЕ ФОРМИРОВАНИЯ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

Особую актуальность проблема муниципальных выборов приобрела в свете обращения Президента РФ к Федеральному Собранию, которое было опубликовано в Российской газете 1 декабря 2010 г. Касаясь вопроса модернизации, Дмитрий Анатольевич утверждает, что сей процесс «требует умной политики». Под ней он подразумевает действия, направленные на введение новых стандартов в современные формы участия граждан в развитии своего города и села, а именно «обязательное использование пропорциональной или смешанной избирательной системы на выборах представительных органов в городских округах и муниципальных районах с численностью депутатов не менее 20 человек»¹. По мнению Президента, эти преобразования представляют собой еще один шаг по укреплению демократической власти.

Так как в России обращения и даже рекомендации Президента давно приобрели фактически обязательный характер, то с большой долей вероятности уже в декабре 2010 г. можно было говорить о грядущих изменениях в избирательном законодательстве.

Преобразования не заставили себя долго ждать, и 20 марта 2011 г. вступил в силу новый Федеральный закон № 38-ФЗ «О внесении изменений в статьи 35 и 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с применением пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов».

Теперь в соответствии с новой редакцией ст. 35 Федерального закона от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гаран-

¹ Послание Президента РФ Дмитрия Медведева Федеральному Собранию Российской Федерации // Рос. газ. 2010. 1 дек. С. 3.

© Ляхова А. И., 2011

тиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» муниципальных районах и городских округах, где представительный орган состоит из двадцати и более депутатов, не менее половины состава будет избираться по пропорциональной системе. Таким образом, закон допускает возможность избрания по пропорциональной системе уже десяти депутатов представительного органа. В чем же заключается проблема при использовании пропорциональной избирательной системы на выборах данного уровня? Проблема – в соблюдении самого принципа пропорциональности распределения мандатов. ЦИК РФ в Постановлении от 25 декабря 2002 г. № 167/1419-3 указывала на данное обстоятельство: «При малом числе депутатских мандатов высока вероятность возникновения ситуации, когда два списка кандидатов, за один из которых проголосовало существенно больше избирателей, чем за другой, получают равное число депутатских мандатов, что может поставить под сомнение сам принцип пропорциональности такого распределения мандатов и, следовательно, соблюдение пункта 16 статьи 35 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»². Приведем пример.

Зарегистрировано 5 списков кандидатов, и голоса избирателей распределились следующим образом:

Список	Процент голосов (от проголосовавших за списки)
А	43
Б	27
В	14
Г	10
Д	6

² О внесении изменений в статьи 35 и 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с применением пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов : федер. закон от 20 марта 2011 г. № 38-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 13. Ст. 1685.

В соответствии с методом наибольших остатков, в зависимости от числа мандатов, распределяемых по пропорциональной системе, результаты выборов будут выглядеть так:

Список	% голосов	Число мандатов					
		5	Итого	10	Итого	20	Итого
А	43	$43 \cdot 5/100 = 2,15$	2	$43 \cdot 10/100 = 4,3$	4	$43 \cdot 20/100 = 8,6$	9
Б	27	$27 \cdot 5/100 = 1,35$	1	$27 \cdot 10/100 = 2,7$	3	$27 \cdot 20/100 = 5,4$	5
В	14	$14 \cdot 5/100 = 0,7$	1	$14 \cdot 10/100 = 1,4$	1	$14 \cdot 20/100 = 2,8$	3
Г	10	$10 \cdot 5/100 = 0,5$	1	$10 \cdot 10/100 = 1$	1	$10 \cdot 20/100 = 2$	2
Д	6	$6 \cdot 5/100 = 0,3$	0	$6 \cdot 10/100 = 0,6$	1	$6 \cdot 20/100 = 1,2$	1

Из приведенного примера видно, что в случае распределения по пропорциональной системе пяти мандатов списки Б и Г будут представлены равным числом депутатов, хотя за первый из них проголосовало в 2,7 раз больше избирателей, чем за второй. При распределении десяти мандатов равным числом депутатов будут представлены списки В и Д, хотя за список Д проголосовало в 2,3 раза меньше избирателей, чем за список В³.

Вспомним основные преимущества пропорциональной системы. Обычно указывают, что при использовании данной системы голоса, поданные за различные партии, не пропадают, а учитываются при распределении мандатов, т.е. речь идет об уже упоминавшемся принципе пропорционального распределения мандатов. Кроме того, указывают, что «пропорциональная система – это выборная конкуренция не отдельных кандидатов, а политических команд, в результате чего обеспечивается политическое структурирование законодательного органа»⁴. Однако о политической структуре и реальном представительстве говорить не приходится, если система при-

³ О Методических рекомендациях по выбору вида пропорциональной системы при подготовке проекта закона субъекта Российской Федерации о выборах депутатов законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации : постановление Центральной избирательной комиссии Рос. Федерации от 25 декабря 2002 г. № 167/1419-3 // Вестник ЦИК РФ. 2002. № 11. С. 159–192.

⁴ Горяинов Л. Математика демократии // Парламентская газета. 2009. 25 дек. С. 12–13.

меняется при распределении небольшого числа мандатов. И в Постановлении ЦИК РФ от 25 декабря 2002 г. № 167/1419-3 данное положение нашло убедительное обоснование.

Во избежание подобных ситуаций ЦИК РФ рекомендует применять пропорциональную систему, при распределении не менее 20 депутатских мандатов. И хотя данные рекомендации были составлены относительно выборов в законодательные (представительные) органы государственной власти субъекта, они применимы и к муниципальным выборам, ибо уровень выборов, по сути, не должен отражаться на применяемой избирательной системе.

Итак, убедившись в неэффективности пропорциональной избирательной системы при распределении небольшого числа мандатов и учитывая, что в соответствии с новым Федеральным законом № 38-ФЗ при наличии определенных условий применение данной системы является обязательным, какую реакцию со стороны представителей власти в субъектах можно предвидеть? Думается, что здесь возможны несколько вариантов развития событий. Чтобы применение пропорциональной избирательной системы было эффективным, некоторые субъекты РФ, ранее использовавшие мажоритарную или смешанную систему, должны перейти исключительно к пропорциональной либо использовать смешанную систему, увеличив при этом количество депутатских мандатов, которые будут распределяться по пропорциональной системе, до двадцати и более. Такое искусственное увеличение штата является негативным фактором, так как влечет за собой необходимость дополнительного финансирования. Также возможно, что, не желая переходить на пропорциональную систему, в ряде субъектов количество распределяемых мандатов представительных органов муниципальных районов и городских округов будет снижена до 19, и, таким образом, они не подпадут под императив норм Федерального закона № 38-ФЗ.

Попутно заметим, что внедрение пропорциональной системы одновременно отменяет и возможность отзыва депутатов, избранных по партийным спискам.

Теперь хотелось бы обратить внимание на общий вопрос – обоснованно ли в принципе применение пропорциональной системы на выборах местного уровня? И здесь ответ скорее от-

рицательный. Прежде всего, чтобы понять, почему нежелательно применение пропорциональной системы на муниципальных выборах, необходимо осмыслить суть и назначение института местного самоуправления. Статья 1 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления Российской Федерации»⁵ содержит два определения местного самоуправления. Согласно первому, местное самоуправление – одна из основ конституционного строя Российской Федерации, которая признается, гарантируется и осуществляется на всей территории РФ. Нас интересует второе определение: местное самоуправление – форма осуществления народом своей власти, обеспечивающая в пределах, установленных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами, а в случаях, установленных федеральными законами, – законами субъектов РФ, самостоятельное и под свою ответственность решение населением непосредственно и (или) через органы местного самоуправления вопросов местного значения исходя из интересов населения с учетом исторических и иных местных традиций. Из ч. 2 ст. 1 указанного Закона № 131-ФЗ следует, что назначением данного института является решение вопросов местного значения, таких как, например, организация в границах поселения электро-, тепло-, газо- и водоснабжения населения, водоотведения, снабжения населения топливом. По сути, это текущая хозяйственная деятельность по обслуживанию потребностей населения, обеспечивающая нормальное развитие и функционирование муниципального образования.

Цели и назначение института местного самоуправления в данном контексте не соотносятся с целями и назначением политических партий. В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ «О политических партиях» политическая партия – это общественное объединение, созданное в целях участия граждан РФ в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

и органах местного самоуправления⁶. Целями политической партии являются формирование общественного мнения, политическое образование и воспитание граждан, выражение мнений граждан по любым вопросам общественной жизни и т.д. Однако их достижение вряд ли сможет повлиять на эффективность организации сбора и вывоза мусора. Эффективность решения этих вопросов местного значения напрямую зависит от знания ситуации в конкретном муниципальном образовании, осведомленности о текущих делах и потребностях. Здесь имеют ценность не идеология и политические взгляды, а конкретный жизненный опыт, которым может располагать только человек, а не общественное объединение.

Хотелось бы обратить внимание, что до принятия нового Федерального закона № 38-ФЗ практика применения пропорциональной системы при выборах в представительные органы местного самоуправления даже административных центров субъектов являлась достаточно редкой. Ряд субъектов принципиально отказались применять систему при выборах депутатов представительных органов местного самоуправления административных центров. В частности, провалом завершилась попытка внедрения смешанной избирательной системы в Екатеринбурге и Челябинске⁷. И представительные органы действующего созыва этих административных центров формировались по мажоритарным избирательным системам. На сегодняшний день Представительные органы местного самоуправления административных центров субъектов РФ действующего созыва сформированы в 79 субъектах РФ. Полностью по пропорциональной избирательной системе сформированы представительные органы 8 административных центров субъектов РФ: Собрание депутатов городского округа «Город Махачкала» (Республика Дагестан), Городской совет муниципального образования «Городской округ город Магас» (Республика Ингушетия), Дума муниципального образования города Черкесска (Карачаево-Черкесская Республика), Собрание представителей города Владикавказа (Республика

⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 29. Ст. 2950

⁷ См.: Кынев А. Правовые особенности муниципальных выборов 1 марта. URL: <http://www.regnum.ru/news/1130385.html>

Северная Осетия – Алания), Ставропольская городская Дума, Брянский городской Совет народных депутатов, Тверская и Тульская городские Думы. По смешанной избирательной системе сформированы 19 представительных органов административных центров, по мажоритарной избирательной системе – 52 представительных органа административных центров субъектов РФ. Всего в представительных органах административных центров замещались 2567 депутатских мандатов: по пропорциональной избирательной системе – 580 (22,59 %), по мажоритарной избирательной системе – 1987 (77,41 %)⁸.

В административном центре Воронежской области, коим является г. Воронеж, выборы в Городскую Думу в соответствии с Уставом городского округа г. Воронежа проводятся по мажоритарной избирательной системе относительного большинства по двухмандатным округам. Городская Дума состоит из 36 депутатов, избираемых сроком на 5 лет. Теперь в связи с принятием нового Федерального закона № 38-ФЗ будет необходимо внести поправки в Устав г. Воронежа, в соответствии с которыми как минимум 18 депутатов должны будут избираться по пропорциональной системе. В принципе, подобные изменения затронут большинство административных центров. Изменения столь же неотвратимые, сколь и нежелательные. Данная ситуация является крайне сложной, ибо, как уже ранее отмечалось, внедрение пропорциональной избирательной системы не соответствует целям, задачам и назначению института местного самоуправления. Возможно ли разрешение данной проблемы? Думается, что да. Наше предложение сводится к следующему. Необходимо принять новый федеральный закон «О признании утратившим силу Федерального закона № 38-ФЗ «О внесении изменений в статьи 35 и 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в

⁸ Сведения о выборах депутатов представительных органов местного самоуправления и глав муниципальных образований – административных центров субъектов Российской Федерации // Региональные выборы : партийная динамика : информ.-аналит. бюл. 2010. Вып. 6. С. 89.

связи с применением пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов». В данном случае возврат «к старому» не будет шагом назад. Право по своему усмотрению применять избирательную систему (а чаще всего на муниципальных выборах применяется мажоритарная система) соответствует самой природе института местного самоуправления. Лишение же данного права на самостоятельный выбор избирательной системы подрывает конституционное положение о самостоятельности местного самоуправления и умаляет значение данного института.

Е. А. Макушина

**ЗАПРЕТ НА РАСПРОСТРАНЕНИЕ ИНФОРМАЦИИ
О ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ЛИЦА
В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ**

За последние десятилетия значительную актуальность приобрели проблемы информационной безопасности. Информационные процессы, в том числе и связанные с конфиденциальной информацией, оказывают активное влияние на развитие всех сфер общественной жизни. Поэтому конфиденциальная информация служит объектом пристального внимания законодателя и правоприменителя как в России, так и за рубежом.

Одним из наиболее важных и сложных для правового регулирования видов конфиденциальной информации является личная тайна или тайна частной (личной) жизни гражданина. Она связана с обеспечением конституционных и иных прав личности. Право на личную тайну принадлежит всем гражданам, так как эта информация затрагивает их личную жизнь. Г. Б. Романовский определяет его как естественное право, принадлежащее человеку в силу его особой природы, отличающееся неотъемлемостью и неотчуждаемостью¹.

¹ См.: Романовский Г. Б. Право на неприкосновенность частной жизни. М., 2001. С. 50.

© Макушина Е. А., 2011

Право человека на тайну частной жизни как абсолютное правовое благо определено в Международном стандарте ООН в области защиты прав и свобод человека (ст. 17 Международного Пакта о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г.)². Законодательство большинства стран мира обеспечивает гражданам защиту от посягательства на личную тайну. Конституция РФ гарантирует гражданам право на конфиденциальность сведений о частной жизни, на личную и семейную тайну (ст. 23, 24)³. Необходимо отметить, что в Конституции различаются понятия «информация о частной жизни» (ч. 1 ст. 24) и «личная тайна» (ч. 1 ст. 23). Первое понятие несколько шире второго. Сведения о частной жизни включают в себя личные тайны, но не исчерпываются ими. К ним относятся и те сведения, которые лицо в принципе не скрывает, но сбор такого рода информации без его согласия допускается только в строго определенных законом случаях (например, в связи с проведением в отношении данного лица оперативно-розыскных мероприятий).

Действующее российское уголовное законодательство предусматривает ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни (ст. 137 Уголовного кодекса РФ)⁴.

В законодательстве зарубежных стран по-разному формулируется запрет на распространение информации о частной жизни лица. Долгое время конституции ограничивались гарантиями неприкосновенности жилища и тайны переписки (позднее также других видов коммуникации – телеграфных сообщений, телефонных переговоров и т.д.). «Жилище неприкосновенно», – гласит ч. 1 ст. 14 Конституции Итальянской

² Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 19 декабря 1966 г.) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. С. 291.

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, № 7-ФКЗ) // Рос. газ. 2009. 29 янв.

⁴ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

Республики⁵. Точно также ст. 15 гарантирует свободу и тайну переписки и всех других форм коммуникации с тем, что их ограничение может иметь место лишь в силу мотивированного акта судебной власти с соблюдением установленных законом гарантий. Конституционные акты последнего времени наряду с типичными гарантиями неприкосновенности жилища и тайны коммуникации прямо предусматривают охрану частной жизни и личных данных. Например, Конституция Венгерской Республики гласит, что «каждый имеет право на доброе имя, неприкосновенность жилища, а также защиту собственной тайны и личных данных»⁶, причем закон об охране личных данных принадлежит к числу законов, принимаемых парламентом в усложненном порядке (§ 59).

В ст. 51 Конституции Республики Польша запрет на распространение информации о частной жизни гражданина раскрывается следующим образом: «Никто не может быть обязан иначе, чем на основании закона, раскрывать информацию, касающуюся его личности. Публичные власти не могут приобретать, собирать иную информацию, касающуюся граждан, чем та, которая необходима в демократическом правовом государстве, и открывать к ней доступ»⁷. В Конституции Польши даются прямые указания на законодательные акты, регулирующие описываемые нормы, и отсылка на соответствующие этой сфере законы. Устанавливается, что получение личной информации о человеке, его частной жизни возможно только при наличии постановления судьи. Каждый гражданин имеет право, в случае предоставления о нем неверной или искаженной информации, требовать ее устранения либо официального опровержения.

Сходным образом построена ст. 32 Конституции Республики Болгарии, на содержание которой, вероятно, наложило

⁵ Конституция Итальянской Республики 1947 г. // Конституционное право зарубежных стран : хрестоматия / сост. О. В. Ганин, В. В. Захаров. Тамбов, 2006. С. 40.

⁶ Конституция Венгерской Республики 1949 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/118>

⁷ Конституция Республики Польша 1997 г. URL: <http://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/rosyjski/kon1.htm>

отпечаток недавнее социалистическое прошлое страны. Она направлена в том числе и на недопущение тоталитарных методов осуществления власти: «Личная жизнь граждан неприкосновенна. Каждый имеет право на защиту от незаконного вмешательства в его личную и семейную жизнь и от посягательства на его честь, достоинство и доброе имя. Никто не может подвергаться слежке, фотографированию, киносъемке, записи или другим подобным действиям без своего ведома или вопреки выраженному несогласию, кроме случаев, предусмотренных законом»⁸. Конституции некоторых государств, где ранее существовал тоталитарный политический режим, предусматривают право граждан на доступ к информации о них самих. Так, согласно ст. 35 Конституции Португальской Республики 1976 г., все граждане имеют право знать информацию о себе, занесенную в электронные картотеки и реестры, и о целях, для которых она предназначена, причем они могут требовать обновления информации и внесения в нее изменений без ущерба для положений закона о государственной тайне и о судебной тайне⁹.

Таковы положения о тайне частной жизни в некоторых кодифицированных конституциях. Но отдельного упоминания заслуживает Великобритания. В Великобритании отсутствует единая писаная кодифицированная конституция, но право на тайну частной жизни, безусловно, входит в число основных прав и свобод личности. Тайна частной жизни входит в сферу так называемого конфиденциального права (law of confidence), издавна развивавшегося на основе судебных прецедентов. В настоящее время Правительство Великобритании рассматривает возможность принятия нового закона о защите частной жизни, считая, что прецедентное право не способно полностью урегулировать этот вопрос. Об этом заявил в августе 2010 г. министр юстиции лорд МакНелли. По его словам, правительство достигнет консенсуса в отношении того, что в стране необходим закон, который «уточняет, сводит воедино

⁸ Конституция Республики Болгарии 1991 г. URL: <http://constitutions.ru/archives/167>

⁹ Конституция Португальской Республики 1976 г. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/141>

некоторые наиболее важные аспекты законодательства в этой области»¹⁰.

Таким образом, правовое регулирование тайны частной жизни гражданина в законодательствах зарубежных стран существенно различается. Изучение мирового опыта построения норм о неприкосновенности частной жизни и ответственности за распространение информации о ней может быть полезно для оценки норм российского законодательства и их дальнейшего совершенствования. Едва ли стоит вносить изменения в ст. 23 и 24 Конституции России, так как в них достаточно детально изложена суть права на неприкосновенность частной жизни гражданина. Однако уголовная и административная ответственность за его нарушение, а также регулирование тайны частной жизни как гражданско-правовой категории требуют более тщательной правовой регламентации. Так, в ст. 137 Уголовного кодекса РФ используются термины «разглашение» и «распространение» информации о частной жизни лица – очевидно, что первый термин поглощается вторым. Поэтому, на наш взгляд, необходимо исключить слово «разглашение» из диспозиции ст. 137 Уголовного кодекса РФ.

¹⁰ URL: <http://www.pravo.ru/interpravo/news/view/36162/>

Я. К. Матюшенко

**АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ
В АДМИНИСТРАТИВНЫХ РЕГЛАМЕНТАХ
ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ФУНКЦИЙ
И ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УСЛУГ**

Для нашей страны весьма актуальна проблема взаимодействия органов государственной власти, с одной стороны, и граждан, юридических лиц – с другой, особенно в настоящее время, в рамках проводимой в стране административной реформы, целями которой являются: обеспечение правопорядка в исполнительно-распорядительной деятельности государства, повышение эффективности и качества осуществления государс-

твенных функций, формирование административно-правового механизма предоставления государственных услуг их потребителям. Как мы знаем, управленческий процесс осуществляется не только путем использования определенных административно-правовых форм, но и в рамках установленных административных процедур. Так что же понимается под термином «административная процедура» в административном праве?

Административная процедура является неотъемлемой частью административного процесса, поэтому представляется необходимым обратиться к понятию административного процесса, а затем выяснить и определение такого термина, как «административная процедура». В науке административного права нет ясного и четкого представления не только о содержании относительно нового понятия административной процедуры, но и административного процесса в целом. Это объясняется имеющимися разногласиями исследователей в вопросе о сущности, содержании и структуре административного процесса, несмотря на то, что данные проблемы изучаются в административно-правовой науке с начала 60-х гг. прошлого века. И. И. Евтихийев в 40-х гг. XX в. отмечал, что перед административно-правовой наукой стоит задача определения понятия, объема и основных черт советского административного процесса¹.

К настоящему моменту выделились три основных взгляда в вопросе о границах понятия административного процесса. Одни ученые (С. С. Студеникин, Г. И. Петров, Д. Н. Бахрах, А. П. Алехин, Ю. А. Тихомиров, Ю. Н. Стариков и др.) рассматривают административный процесс в широком смысле, как порядок реализации любых материальных норм административного права во всех сферах государственного управления, не отделяя процессуальную деятельность от управленческой и отождествляя их. Д. Н. Бахрах отмечает, что административный процесс регулирует не только юрисдикционную деятельность, но и деятельность по реализации регулятивных норм, имеющую положительный характер². Иной точки зрения придерживается другая группа исследователей

¹ См.: *Евтихийев И. И.* Виды и формы административной деятельности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1948. С. 32.

² См.: *Бахрах Д. Н.* Административное право России. М., 2009. С. 217.

(Н. Г. Салищева, М. И. Пискотин, А. А. Демин и др.), выступающих за ограничительное понимание административного процесса и связывающих с понятием административного процесса лишь принудительное осуществление материальных норм при рассмотрении спора о праве соответствующего участника административно-правового отношения. Третья группа ученых (О. М. Якуба, В. А. Воробьев и др.) выступает за самое узкое понимание административного процесса, признавая его наличие лишь там, где применяются меры административного принуждения, дисциплинарные и административные санкции. Мнение Н. Г. Салищевой, на наш взгляд, обобщает различные точки зрения на административный процесс: это особый вид процессуальной деятельности органов публичной власти (преимущественно органов исполнительной власти) и судов (административное судопроизводство – специфическая деятельность судов); совокупность последовательно совершаемых юридических действий по реализации норм материального права, защищаемых методами административного права; юридически властная деятельность, регулируемая административно-процессуальными нормами³.

Как отмечалось ранее, административные процедуры – это часть административного процесса. Ю. А. Тихомиров и Э. В. Талапина говорят о том, что «наиболее актуален сейчас вопрос об административных процедурах, без которых трудно наладить эффективную государственную и социально-экономическую деятельность»⁴. Так что же представляет собой административная процедура? Различные ученые трактуют этот термин по-разному. О. С. Беркутова определяет административные процедуры как урегулированную административно-процессуальными нормами правоприменительную деятельность органов исполнительной власти, направленную на реализацию своих полномочий во взаимоотношениях с не подчиненными им гражданами и их организациями и не связанную рассмотрением спо-

³ См.: Салищева Н. Г. Административный процесс // Административное право России : курс лекций / под ред. Н. Ю. Хаманевой. М., 2007. С. 503.

⁴ Тихомиров Ю. А., Талапина Э. В. Административные процедуры и право // Журн. рос. права. 2002. № 4. С. 3.

ров или применением мер принуждения⁵. Н. Г. Салищева под административными процедурами понимает установленные в нормативном порядке действия органов исполнительной власти и уполномоченных государственных учреждений, направленных на разрешение индивидуальных дел по реализации прав и законных интересов граждан и организаций. С. Д. Хазанов отмечает, что административная процедура – это нормативно установленный последовательный порядок реализации административно-властных полномочий, направленный на разрешение юридического дела или выполнение управленческих функций⁶. Итак, наиболее приемлемым определением может быть следующее: административная процедура – это установленный порядок деятельности органов публичного управления по рассмотрению и разрешению подведомственных административных дел, определяющий основания, стадии, формы, сроки и последовательность совершения соответствующих административных действий.

К настоящему времени на практике четко выделились некоторые проблемы: наличие в компетенции исполнительных органов излишних полномочий, отсутствие единообразного осуществления функций и предоставления государственных услуг, отсутствие механизмов контроля административной деятельности и т.д. В связи с этим можно сделать вывод о недостаточно эффективном государственном управлении, обусловленном неудовлетворительным состоянием норм административного права, а именно бессистемностью, спонтанностью развития процедурных и процессуальных норм, неупорядоченностью имеющихся нормативных правовых актов. Законодательство зарубежных стран давно впитало в себя институт административных процедур. Строгие, формализованные правила совершения управленческих действий существуют в странах запада в виде законов. Так, в Австрии соответствующие законы были приняты в 1928 г., в США – в 1946 г., Германии – в 1976 г. Идея принятия Административно-процес-

⁵ См.: Беркутова О. С. Административно-процедурные производства в сфере исполнительной власти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

⁶ См.: Хазанов С. Д. Административные процедуры : определение и систематизация // Рос. юрид. журн. 2003. № 1. С. 58.

суального кодекса РФ по-прежнему остается идеей. Проект такого же федерального закона «Об административных процедурах» выдвигался в 2001 г., но он так и остался без движения в Государственной Думе Федерального Собрания РФ.

В последнее время активно развивается институт административных регламентов. Анализ действующего законодательства и существующей научной литературы позволяет свидетельствовать об отсутствии единого, полного определения административного регламента. К. В. Давыдов дает наиболее развернутое определение. По его мнению, под административным регламентом федеральных органов исполнительной власти следует понимать принятые в установленном порядке компетентными федеральными исполнительными органами в целях оптимизации управленческой деятельности (упорядочения и упрощения административных процедур и действий, устранения избыточных процедур и действий) нормативные административные акты, закрепляющие как общие правила организации деятельности соответствующих исполнительных органов в установленной сфере ведения (в том числе правила, процедуры внутренней организации деятельности органов), так и сроки и последовательность действий (административные процедуры) этих органов, порядок взаимодействия между их структурными подразделениями и должностными лицами, а также порядок взаимодействия самих федеральных органов исполнительной власти и организаций при исполнении государственных функций и предоставлении государственных услуг⁷. Несмотря на высокий темп принятия в нашей стране довольно большого количества административных регламентов, в правовом оформлении этого института отсутствует единая, полная нормативно-правовая база для разработки, принятия и реализации таких регламентов. Понятие, виды и положение регламентов в системе законодательства не определены. Для определения положения административных регламентов в системе административных актов недостаточно простого включения регламентов в существующий перечень ведомственных актов – необходима модернизация системы актов федеральных органов исполнительной власти. Давыдов также говорит о том,

⁷ Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации : теоретико-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2009. С. 3. 142

что во-первых, необходимо сократить число видов указанных актов и привести в строгое взаимное соответствие их содержание и наименования. Во-вторых, предлагается выстроить иерархию по юридической силе традиционно рассматриваемых нормативных актов федеральных исполнительных органов (закрепив за административными регламентами определенный уровень общеобязательности).

Проблема административного регламентирования в России также связана с необходимостью обеспечения правового единообразия исполнения государственных функций и предоставления услуг федеральными и региональными органами исполнительной власти. Л. Ю. Грудцына считает, что данное положение требует унификации подходов к регламентированию, а для этого необходима разработка типовых регламентов, соответственно, и административных процедур в них⁸.

Резюмируя все сказанное выше, необходимо отметить следующее. Достижение поставленных целей административной реформы невозможно без высокого уровня научного осмысления процессуальных вопросов и законодательной базы административного процесса и административных процедур. Многие административно-процессуальные и административно-процедурные проблемы, в частности в науке административного права, только поставлены и разрешены лишь в своей первоначальной стадии. Правовая регламентация отдельных административных процедур осуществляется рядом регламентов, именно они имеют наиболее детальную трактовку данного вопроса. На сегодняшний день особого внимания заслуживает проблема отсутствия систематизированной нормативной базы. Разрозненные правовые акты, содержащие нормы, зачастую противоречащие друг другу, давно требуют упорядочения. Необходимо помнить о том, что административная процедура, являясь частью административного процесса и неотъемлемым элементом государственного управления, призвана служить гарантией защиты прав и свобод граждан от произвола административных органов и средством контроля их деятельности.

⁸ См.: *Грудцына Л. Ю.* Роль и значение административного регламента исполнения государственной функции по государственной регистрации прав на недвижимость // *Административное и муниципальное право.* 2008. № 3. С. 21.

А. Е. Матющенко

ПРАВОВЫЕ АСПЕКТЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ И ОТРЕШЕНИЯ ОТ ДОЛЖНОСТИ ПРЕЗИДЕНТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Конституционно-правовая ответственность является обязательным элементом правового статуса всех органов власти и должностных лиц, поскольку имеет важную регулятивную функцию. Не случайно в последние годы возник значительный интерес к этому институту конституционного права.

Выделяются следующие формы конституционно-правовой ответственности главы государства.

1. *Парламентская форма*, получившая название импичмента и означающая отрешение президента от занимаемой должности по решению парламента.

2. *Парламентско-судебная*, когда дело по обвинению президента возбуждает парламент, а отрешение его от должности принимает высший суд государства.

3. *Парламентско-плебисцитная*, когда обвинение, предъявленное парламентом, выносится на референдум.

Так, согласно Конституции Италии (ст. 90),¹ основанием ответственности Президента является совершение им государственной измены или посягательства на Конституцию. В Польше (ст. 145 Конституции Республики Польша²) основанием ответственности Президента является нарушение Конституции, закона или совершение преступления. Президент США (ст. 2, разд. 4 Конституции США³) отстраняется от должности, если при осуждении в порядке импичмента он будет признан виновным в измене, взяточничестве или других тяжких преступлениях или проступках⁴.

¹ Конституция Итальянской Республики // Конституции зарубежных стран : учеб. пособие. М., 1997. С. 223–275.

² Конституция Республики Польша // Конституции зарубежных стран : учеб. пособие. С. 153–177.

³ Конституция США // Конституции зарубежных стран : учеб. пособие. С. 12–63.

⁴ См.: Цалиев А. М. Конституционно-правовая ответственность Президента РФ // Вестник Владикавказского научного центра. 2009. № 2. С. 20–23.

© Матющенко А. Е., 2011

Энциклопедия мировой истории определяет импичмент как вид производства в парламенте, применяемый, главным образом, для таких категорий дел, как тяжкие преступления и проступки, в обход обычного судопроизводства и по отношению к таким правонарушителям, которые не могут быть привлечены к ответственности никакой другой инстанцией⁵.

Конституционное законодательство РФ не знает понятия «импичмент», но данный термин вошел в словарный обиход россиян как конституционная акция отрешения Президента РФ от должности. В ст. 93 Конституции РФ речь идет о возможности отрешить Президента РФ от должности Советом Федерации только на основании выдвинутого Государственной Думой обвинения в государственной измене или совершения иного тяжкого преступления⁶. Данная формулировка столь же традиционна, сколь и не ясна.

Во-первых, государственная измена (ст. 275 УК РФ⁷) – это преступление особой тяжести, предполагающее лишение свободы сроком от двенадцати до двадцати пяти лет. В соответствии со ст. 15 УПК РФ⁸ наказание за тяжкие преступления не превышает десяти лет лишения свободы, особо тяжкие – свыше десяти лет или более строгое наказание. По смыслу же Конституции государственная измена – один из видов тяжких преступлений. Видимо, содержание данной статьи находится в противоречии не только с УК РФ, но и со смыслом данной конституционной нормы.

Во-вторых, неясно, как быть в том случае, если Президент РФ совершает любое другое из особо тяжких преступлений или какое-нибудь из преступлений небольшой и средней тяжести. Иными словами, Конституция не исключает того факта, что лицо, нарушившее уголовный закон, вправе оставаться в должности главы государства⁹.

⁵ Цит. по: *Осакве К.* Суть американского права импичмента : процессуальный // Эдилет : науч. тр. 1999. № 2. С. 48–49.

⁶ Рос. газ. 2009. 21 янв.

⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 25. С. 2954.

⁸ Рос. газ. 2011. 22 дек.

⁹ См.: *Колбая С. Г.* Отрешение президента от должности : мировой опыт и проблема российского законодательства // Журн. рос. права. 2004. № 4. С. 99–107.

В-третьих, Конституция не предусматривает ситуации, при которых действующий Президент, формально не нарушая ни одного закона, наносит серьезный ущерб государству. Поскольку основания для отрешения от должности не только сугубо уголовно-правовые, но и представляют собой конкретные составы преступлений, глава государства не несет политической ответственности. Имеется в виду несоответствие деятельности Президента мандату доверия: неспособность вырабатывать и осуществлять политику, принимать и реализовывать решения с максимальной пользой для блага народа; наконец, дискредитация Президента в глазах общественности в силу тех или иных причин. Получается, что в российских условиях о политической ответственности главы государства можно говорить постольку, поскольку последний может быть не переизбран на второй срок полномочий.

Однако сложности могут возникнуть именно после переизбрания: при отсутствии политической ответственности Президента нет никакого другого «рычага» воздействия на него; фактически нет ничего, что могло понуждать его и к выполнению своих обязанностей на должном уровне, и к самоограничению. В конституциях ряда государств Европы прямо говорится о том, что Президент не несет политической ответственности (например, ст. 90 Конституции Италии¹⁰, ст. 103 Конституции Болгарии¹¹). Логика состоит в следующем. Подавляющее большинство актов Президента подлежат контрасигнации премьер-министром и соответствующими министрами; соответственно, если с принятием и претворением в жизнь какого-то нормативного правового акта наступают неблагоприятные последствия, то отвечать за них будут контрасигновавшие его лица. В России института контрасигнатуры нет. Более того, Президент вправе издавать акты не только по вопросам, относящимся к его ведению, но и по вопросам, составляющим предмет закона. В силу того, что Президент является гарантом Конституции РФ и обеспечивает согласован-

¹⁰ Конституция Итальянской Республики // Конституции зарубежных стран : учеб. пособие. С. 223–275.

¹¹ Конституция Республики Болгария // Конституции зарубежных стран : учеб. пособие. С. 276–294.

ное функционирование и взаимодействие органов государственной власти, издание им указов, восполняющих пробелы в правовом регулировании по вопросам, требующим законодательного решения, не противоречит Конституции РФ при условии, что сами указы не противоречат Конституции РФ и федеральным законам, а их действие во времени ограничивается принятием соответствующих законодательных актов¹².

В-четвертых, российская Конституция закрепляет положения об ответственности Президента в дискреционной форме: «Президент может быть отрешен от должности...» Подобная формулировка дает основания Совету Федерации как конечной инстанции в процедуре отрешения Президента от должности подходить к каждому подобному делу индивидуально: он может поддержать обвинения, выдвинутые Государственной Думой, а может и не согласиться с ними¹³.

Итак, все указанные выше противоречия позволяют констатировать о том, что действующая Конституция РФ устанавливает такие основания для постановки вопроса об отрешении главы государства, при которых они практически невозможны.

Автор поддерживает предложение о подготовке и принятии специального федерального конституционного закона, который бы определял суть, рамки и процедуру отрешения Президента РФ от должности, регулировал бы практику его применения не только в отношении глав государства, но и руководителей субъектов РФ¹⁴.

В 1999 г. была предпринята попытка реализовать процедуру отрешения от должности Президента РФ на основании Конституции РФ 1993 г., которая подтвердила, что механизмы, заложенные в Конституции РФ, обеспечивают многогранные гарантии для действующего Президента РФ. Трудности отрешения связаны не только с процедурами возбуж-

¹² См.: Авакьян С. А. Досрочное прекращение полномочий Президента РФ : проблемы, требующие законодательного решения // Законодательство. 1999. № 3. С. 91.

¹³ См.: Колбая С. Г. Указ. соч. С. 99–107.

¹⁴ См.: Коровникова Е. А. Отрешение Президента от должности как форма парламентского контроля // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 17. С. 18–22.

дения отрешения и его осуществления. Нельзя оставить без внимания и то, что участвующие в этом процессе субъекты конституционного права в Российской Федерации в сильной степени связаны с Президентом РФ. Государственная Дума состоит более чем на две трети из депутатов от партии «Единая Россия», полностью поддерживающей Президента РФ. Половина состава Совета Федерации – это представители исполнительной власти субъектов РФ, при этом назначающие их главы субъектов сами предлагаются на свои должности Президентом РФ. Кандидаты на должности судей высших судов России предлагаются Совету Федерации также Президентом РФ.

Необходимо упростить процесс отрешения Президента РФ от должности и сделать его более прозрачным, что повысит имидж главы государства и ответственность Президента РФ за свою деятельность. К процедуре отрешения Президента РФ от должности целесообразно привлекать лишь палаты Федерального Собрания, депутаты (члены) которых, как и Президент РФ, прямо или косвенно избираются всеми гражданами. Участие в процедуре Конституционного и Верховного Судов РФ, судьи которых назначаются по представлению Президента РФ, некорректно и не вполне гармонирует с демократическими принципами организации и деятельности нашего государства¹⁵.

¹⁵ См.: *Жилинский С. Э.* Наш Президент : как он правит и как его избирают. М., 2004. С. 98.

И. О. Миневич

ПРЕЗИДЕНТ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ПРАВИТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ПРОБЛЕМЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

В соответствии со ст. 10 Конституции РФ государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны¹.

Особенностью российской структуры власти является то, что, согласно концепции разделения властей, президентская власть обычно рассматривается как исполнительная, однако, по российской Конституции 1993 г., Президент РФ – глава государства, а исполнительную власть осуществляет Правительство РФ. Это позволяет сделать вывод, что Президент РФ как глава государства в России не входит в систему разделения властей, осуществляя координирующие функции². Он обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти (ст. 80 Конституции РФ).

Однако если посмотреть внимательнее на компетенцию, порядок назначения и отставки Правительства РФ, взаимоотношения Правительства РФ и Президента РФ, а также на практику их взаимодействия, можно поставить под сомнение положения Конституции РФ, закрепляющие статус Президента РФ по отношению к исполнительной власти и статус Правительства РФ как высшего органа исполнительной власти.

В соответствии с Федеральным конституционным законом «О Правительстве Российской Федерации», Правительство РФ в своей деятельности должно руководствоваться Кон-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г. № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 г. № 7-ФКЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

² См.: Николаев А. Проблемы реализации принципа разделения властей в Конституции РФ // Право и жизнь. 2000. № 25. С. 12–13.

© Миневич И. О., 2011

ституцией РФ, федеральными конституционными законами, федеральными законами и нормативными указами Президента РФ³.

Президент РФ имеет право председательствовать на заседаниях Правительства РФ и на заседаниях Президиума Правительства РФ. Он руководит непосредственно и через федеральных министров деятельностью федеральных органов исполнительной власти, ведающих вопросами обороны, безопасности, внутренних дел, юстиции, иностранных дел, предотвращения чрезвычайных ситуаций и ликвидации последствий стихийных бедствий. По представлению Председателя Правительства РФ Президент РФ утверждает положения о федеральных органах исполнительной власти и назначает руководителей и заместителей руководителей этих органов. Кроме того, как Верховный Главнокомандующий Вооруженными Силами РФ и Председатель Совета Безопасности РФ, Президент РФ осуществляет иные полномочия (ст. 32 Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации»). В случае изменения в установленном порядке системы и структуры федеральных органов исполнительной власти до принятия федеральных законов о внесении соответствующих изменений в федеральные законы Президент РФ может перераспределять установленные федеральными законами функции федеральных органов исполнительной власти, деятельностью которых он руководит.

Таким образом, осуществление значительной части важнейших полномочий в области обороны, безопасности, правоохранительной деятельности и международных отношений лежит на Президенте РФ, и это, безусловно, подрывает статус Правительства РФ как высшего органа исполнительной власти.

Президент может отменить постановления и распоряжения Правительства РФ в случае их противоречия Конституции РФ, федеральным конституционным законам, федеральным законам и указам Президента РФ.

³ О Правительстве Российской Федерации : федер. констит. закон от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ (в ред. от 28.12.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 51. Ст. 5712.

С согласия Государственной Думы, Председателя Правительства РФ, по предложению Председателя Правительства РФ Президент РФ назначает на должность и освобождает от должности заместителей Председателя Правительства РФ, федеральных министров.

Правительство РФ слагает свои полномочия перед вновь избранным Президентом РФ. Решение о сложении Правительством РФ своих полномочий оформляется распоряжением Правительства РФ в день вступления в должность Президента РФ. В случае, когда Правительство РФ подает в отставку, она принимается или отклоняется Президентом РФ. Президент РФ вправе принять решение об отставке Правительства РФ, в том числе и в предусмотренных Конституцией РФ случаях выражения Государственной Думой недоверия Правительству РФ либо отказа Государственной Думы в доверии Правительству РФ. В случае отставки или сложения полномочий Правительство РФ по поручению Президента РФ продолжает действовать до формирования нового Правительства РФ.

Таким образом, исходя из содержания Конституции РФ и Федерального конституционного закона «О Правительстве Российской Федерации», можно сказать, что Президенту РФ принадлежат практически все полномочия по формированию кабинета министров во главе с Председателем Правительства РФ. Президент РФ вправе отменять акты Правительства РФ, противоречащие его актам. Тем самым законодательство фактически ставит Президента РФ во главе исполнительной власти.

В условиях современной России, когда Премьер-министра РФ и Президента РФ связывают не просто общие политические взгляды, но и дружественные отношения, Правительство РФ и Президент РФ работают, можно сказать единым блоком и о какой-либо независимости Правительства России как высшего исполнительного органа говорить не приходится. Сам Премьер-министр России В. В. Путин на заседании Правительства РФ 29 декабря 2010 г. сказал: «Я хочу поблагодарить Вас (Президента РФ Д. А. Медведева) и Администрацию Президента за то, что мы работаем в очень тесном контакте, нам удалось создать единую команду, ...без

прямой поддержки Президента такая работа была бы невозможна»⁴.

Подобные заявления наглядно показывают, что по существу руководство Правительством РФ и, соответственно, исполнительной властью осуществляется Президентом РФ, поскольку сам Президент РФ представляет кандидатуру на должность Председателя Правительства РФ, а также оказывает влияние на подбор кандидатур других членом Правительства РФ. Все это делает Правительство РФ чисто «президентским». В связи с чем положение, вытекающее из Конституции РФ, о том, что Правительство РФ осуществляет государственную власть наравне с Президентом РФ, Федеральным Собранием РФ и судами, является довольно спорным.

⁴ Команда года // Рос. газ. : столичный выпуск. 2010. 30 дек.

О. В. Назаренко

ПОСЛЕДСТВИЯ НЕСОБЛЮДЕНИЯ ПРАВИЛ О ПОДСУДНОСТИ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Соблюдение правил подсудности является неотъемлемым условием для реализации гражданами их конституционного права на обращение в суд.

В ст. 47 Конституции РФ¹ закреплено, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Однако возникает вопрос: является ли рассмотрение дела с нарушением правил его подсудности безусловным основанием для отмены вынесенного судебного решения?²

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

² См.: Грось Л. А. О значении правильного определения подсудности гражданского дела // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 3. С. 5–8.

© Назаренко О. В., 2011

Гражданский процессуальный кодекс РФ³ содержит, казалось бы, однозначный ответ на поставленный вопрос. Согласно ст. 364 ГПК РФ нарушение или неправильное применение норм процессуального права является основанием для отмены решения суда первой инстанции **только** при условии, если это нарушение или неправильное применение привело или могло привести к неправильному разрешению дела. Подобная позиция также закреплена в ст. 387 ГПК РФ, в которой основанием отмены судебного решения в порядке надзора признаются существенные нарушения норм материального и процессуального права, повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав. Нетрудно заметить, что критерием отмены судебного акта выступает не сам факт нарушения норм процессуального права, а его последствия, в форме неправильного разрешения дела по существу. Противоречие заключается в самих нормах ГПК РФ.

В то же время в ст. 389 ГПК РФ (само существование которой многими авторами оценивается отрицательно⁴) в целях обеспечения единства судебной практики предусмотрена возможность пересмотра в порядке надзора судебных постановлений, принятых с нарушением правил подведомственности и подсудности, независимо от правильности разрешения дела по существу.

По этому пути пошла и судебная практика⁵. Так, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменила решение краевого суда, оправдавшее гражданина И. и признавшее его законное право на реабилитацию, направив дело на новое рассмотрение. Основанием подобного решения коллегии послужили нормы ГПК РФ и УПК РФ, закрепляющие, что иски реабилитированного о компенсации за причиненный моральный вред в денежном выражении предъявляются в порядке гражданского судопроизводства, а именно в

³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 23.12.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532.

⁴ См.: Терехова Л. А. Споры вокруг статьи № 389 ГПК РФ // Рос. юстиция. 2007. № 2. С. 51–52.

⁵ Бюл. Верховного Суда Рос. Федерации. 2008. № 11. С. 17–18.

районный суд, а рассмотрение данного вопроса краевым судом явилось нарушением правил подсудности, хотя по существу дело было разрешено верно. В обоснование приводится статья Конституции РФ, закрепляющая право на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, кому оно отнесено по подсудности.

Такая позиция Верховного Суда РФ представляется нецелесообразной по следующим основаниям. Во-первых, при таком подходе нарушаются нормы ст. 364, 387 ГПК признающие право на отмену решения, принятого с нарушением правил подсудности, только при условии, что такое нарушение повлекло неправильное рассмотрение дела по существу, а в приведенном выше примере дело было разрешено верно. Во-вторых, указанное решение коллегии Верховного Суда РФ явно противоречит Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 12 февраля 2008 г. № 2⁶, в котором указано, что перечень оснований для отмены решения в надзорной инстанции сведен к требованиям ст. 363 и 364 ГПК, предусматривающих одно очень важное условие для отмены, а именно, что нарушение применения норм процессуального права привело или могло привести к неправильному разрешению дела. Очевидно, что коллегия Верховного Суда РФ явно данное Постановление Пленума Верховного Суда РФ во внимание не принимала. В-третьих, в обоснование решения приведены нормы Конституции РФ. Однако в такой интерпретации право гражданина на рассмотрение дела в том суде и тем судьей, которому оно подсудно, превращается не в право, а в некую обязанность, поскольку правоприменитель, в отличие от законодателя, не предусматривает возможности защитить права и интересы сторон (в случае их обоюдного согласия) решением, вынесенным, хоть и с нарушением правил подсудности, но верным по существу. В данном случае имеется подмена приоритетов судебной защиты. Главной целью и задачей судебной власти является защита нарушенных прав и закон-

⁶ О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 12 февраля 2008 г. № 2 // Рос. газ. 2008. № 34.

ных интересов личности. А подобные меры, направленные на пересмотр решений, уже вступивших в законную силу и верных по существу, приводят к затягиванию процесса, и, как в нашем примере с решением краевого суда, к лишению личности его восстановленного нарушенного права на денежное возмещение в связи с реабилитацией.

Таким образом, целесообразным представляется внести некоторые изменения в ГПК РФ, касающиеся устранения противоречия ст. 389 и 387, закрепив обязательным условием отмены судебного решения в порядке надзора наличие нарушений процессуального права, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов личности. Данная позиция подкреплена уже принятым Постановлением Пленума ВС РФ от 12 февраля 2008 г., которое пока по неизвестным причинам не принимается к сведению правоприменителем. Устранение данного противоречия в нормах ни в коей мере не направлено на умаление значения института подсудности в современном гражданском процессе (правила которого, бесспорно, должны соблюдаться как неотъемлемое условие на обращение в суд), а скорее, своей целью имеет устранение «фетишизации подсудности»⁷ и изменение законодательства в сторону увеличения гарантий своевременной защиты прав, свобод и законных интересов граждан.

Многие авторы признают ст. 389 ГПК РФ важной предпосылкой формирования в России единства судебной практики⁸ и признания судебного прецедента, хотя и косвенно, но источником права⁹. В связи с этим хотелось бы, чтобы законодатель четко сформулировал свою позицию в отношении судебного прецедента, является он источником права в России или нет. Возможно, характер судебного прецедента в нашем понима-

⁷ См.: Терехова Л. А. Фетишизация правил подсудности в гражданском судопроизводстве // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 6. С. 10–12.

⁸ См.: Пасленов А. К вопросу о единстве судебной практики // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 5. С. 28–30.

⁹ См.: Жуйков В. М. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : разрешение коллизий // Рос. юстиция. 2003. № 5. С. 29.

нии будет сводиться лишь к обобщению судебной практики, разъяснениям и толкованию существующих норм права, даваемых высшими судебными инстанциями, в отличие от смысла данного правового института в англо-саксонской системе. Необходимым также представляется установить соответствующую дисциплинарную ответственность судей за несоблюдение их обязанности правильно определять подсудность дела конкретному суду, поскольку некомпетентность уполномоченных лиц не должна отражаться на своевременности и профессионализме защиты нарушенных прав и законных интересов личности.

М. В. Негрובה

ОСОБЕННОСТИ ПОЛУПРЕЗИДЕНТСКОЙ РЕСПУБЛИКИ (НА ПРИМЕРЕ РОССИИ И ФРАНЦИИ)

Форма правления имеет основополагающее значение для исследования конституционно-правового функционирования государства и раскрывает способ организации верховной государственной власти, порядок образования ее органов, их взаимодействия между собой и с населением. При изучении данного института необходимо остановиться на рассмотрении именно полупрезидентской республики в силу нескольких причин.

Во-первых, это связано со стремлением России определить для себя наиболее приемлемую форму правления, отвечающую общим требованиям нации, собственным культурным, историческим и конституционным традициям. Усиление реальной президентской власти породило немало сторонников и противников существующей политической системы.

Во-вторых, сейчас уже имеется определенный практический опыт применения норм Конституции РФ, и оценивать основы взаимоотношений Президента и парламента можно не только путем теоретических исследований норм Основного закона, но и с учетом сложившейся политической ситуации. При этом нельзя не учитывать опыт, накопленный зарубежными государствами.

В этом смысле опыт Франции может оказать неоценимую услугу. Именно Франция «перепробовала» самые разные формы правления, остановившись на смешанной республике. Сегодня она является одной из ведущих держав в мире, страной, которую отличает достаточная стабильность, отсутствие глобальных конституционных кризисов. Схожие процессы наблюдались в очень сжатом виде и в России, впоследствии чего в 1993 г. страна взяла курс на формирование полупрезидентской формы правления.

Поэтому выявление особенностей полупрезидентской республики в России и Франции важно для использования опыта Французской Республики и оценки практического функционирования данной формы правления.

Впервые полупрезидентская республика была введена во Франции в 1958 г. по инициативе Шарля де Голля, который стремился к сильной президентской власти, но должен был учитывать длительные традиции парламентаризма в стране. Длительное время полупрезидентская республика в отечественной и зарубежной науке конституционного права рассматривалась не как самостоятельная форма правления, а как переходная либо к президентской, либо к парламентской республике. Практика функционирования полупрезидентской республики в ряде стран, прежде всего во Франции, позволила французскому правоведам М. Дюверже сделать вывод о самостоятельном существовании подобной формы правления¹. Однако следует отметить, что не все ученые согласны с устоявшимся мнением относительно существования в Российской Федерации полупрезидентской формы правления², хотя формально Россия отвечает ее минимальным требованиям³. И. В. Левакин считает, что в России устоялась президентская

¹ См.: Дюверже М. Новая политическая модель системы : полупрезидентское Правительство. // Европ. журн. полит. исследований. 1980. № 8. С. 167.

² См.: Краснов М. А. Россия как полупрезидентская республика : проблемы баланса полномочий // Государство и право. 2003. № 10. С. 16.

³ См.: Зазнаев О. И. Российская форма правления : прошлое, настоящее и будущее // Сравнительное конституционное обозрение. 2006. № 4(57). С. 4.

республика⁴. В. Е. Чиркин же, учитывая сильную президентскую власть в стране, отмечает, что фактически складывающиеся отношения между высшими органами государства имеют нередко более важное значение, чем правовые нормы, определяющие форму правления юридически⁵.

Россия, исходя из существующей классификации форм правления, относится именно к полупрезидентской республике с присущими ей особенностями, что необходимо проявляется при сопоставлении с классической смешанной Республикой Франции. Рассмотрим особенности проявления признаков, характерных для данной формы правления в России и Франции.

Особое положение Президента Республики. Он избирается всенародным голосованием (внепарламентским путем) и является главой государства. Президент наделяется обширными властными полномочиями. По конституциям России и Франции на Президента возлагается роль арбитра во взаимоотношениях органов государственной власти и гаранта прав и свобод граждан. Однако если во Франции его относят к исполнительной власти, то в России выводят за триаду разделения властей.

Ответственность Правительства перед парламентом. Президент Франции может сформировать Правительство только в том случае, если оно пользуется поддержкой большинства депутатов Национального собрания. Президент РФ, благодаря угрозе роспуска Государственной Думы, может сформировать любое Правительство. Президент Франции может отправить в отставку Правительство только в том случае, если оно утрачивает доверие большинства депутатов. Президент РФ может беспрепятственно отправить Правительство в отставку.

Возможность роспуска парламента Президентом. Особенность Французской Республики в том, что Президент Франции при принятии такого решения руководствуется собственными соображениями и лишь консультируется

⁴ См.: Левакин И. В. Современная российская государственность : проблемы переходного периода // Государство и право. 2003. № 1. С. 6.

⁵ См.: Чиркин В. Е. Конституционное право : Россия и зарубежный опыт. М., 1998. С. 284.

с Премьер-министром и председателями палат парламента. Президент РФ распускает Государственную Думу лишь в том случае, если она троекратно отвергает предложенную им кандидатуру главы Правительства либо при выражении недоверия Правительству. На практике, если во Франции данная возможность выступает чаще всего в качестве средства разрешения политического кризиса, то в России – как способ предотвращения политического кризиса, так как парламент всегда находится под угрозой роспуска в случае возникновения противоречий с исполнительной властью.

Дуализм исполнительной власти. Данный признак проявляется в разделении исполнительной власти между Президентом и Премьер-министром, возглавляющим Правительство, каждый из которых обладает собственными полномочиями. Особенность проявления данного признака в России в том, что фактическим руководителем Правительства, исходя из уже обозначенных полномочий, является Президент, однако ответственность за деятельность Правительства конституционно возлагается на его Председателя, следовательно, причиной тех или иных просчетов будет не политический курс Президента, а плохое проведение этого курса Правительством.

Гибкость политической системы: периоды «сосуществования». В Конституции Франции заложены два способа функционирования политической системы. Первый реализуется, когда глава государства и назначенный им Премьер-министр представляют собой один и тот же политический лагерь, и Правительство, по сути, единолично возглавляет Президент. Второй – период «сосуществования», имеет место в случае победы на парламентских выборах оппозиционной Президенту партии, так как при назначении Премьер-министра приходится учитывать политические силы, имеющие большинство в Национальном Собрании, которое утверждает программу нового Правительства. Из-за отсутствия реально функционирующей системы сдержек и противовесов, а именно, из-за ограниченного положения парламента по отношению к роли исполнительных органов, в России складывается иная ситуация, объективно ведущая к отсутствию конкуренции у действующей власти.

«Контроль» за принятием решений Президентом.

Президент Франции принимает решения после обсуждения в Совете министров. Большинство его актов подлежит контрасигнатуре. Без подписи Премьер-министра и соответствующих министров в силу они не вступают. Президент РФ ни с кем свои решения обсуждать не должен, и все акты, по Конституции, принимаются им единолично. Этот факт подтверждает мнение о существовании дисбаланса органов государственной власти в Российской Федерации.

Таким образом, во Франции проявляются все признаки полупрезидентской формы правления, которая характеризуется весьма высокой степенью демократичности, чутко реагирует на изменения политического климата в стране и оперативно учитывает мнение избирателей. К преимуществам данной системы можно отнести и исполнительное двоевластие (и даже возможность его установления) как надежный гарант от узурпации власти в государстве.

Главной особенностью формы правления в России является ее президенциализация – внедрение в полупрезидентскую республику черт президентской. М. Дюверже выделял несколько переменных, способствующих этому: конституционные правила, традиции и условия существования данного режима, состав парламентского большинства и отношение Президента к этому большинству⁶. В настоящее время президентской властью используются все четыре составляющие. Поэтому необходимо предоставить парламенту более широкие полномочия по формированию Правительства, например, предлагать собственную кандидатуру Премьер-министра, и ввести институт контрасигнатуры актов Президента, чтобы обеспечить механизм «сдержек и противовесов».

⁶ Дюверже М. Указ. соч. С. 177.

М. П. Никулина

**ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ИНТЕРНЕТ-ИНФОРМАЦИИ
В ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ**

Компьютер, связанные с ним технологии, Интернет стали неотъемлемой частью жизни как всего общества в целом, так почти и каждого его отдельного представителя. Все чаще мы сталкиваемся с давно существующими отношениями в совершенно новой и весьма специфической сфере, так называемом «виртуальном пространстве». И примеров, подтверждающих это, множество: электронная коммерция, электронные деньги, отношения по поводу результатов интеллектуальной деятельности, документооборот, осуществляемый посредством электронной почты и т.п.

С правовым регулированием рассматриваемых случаев возникает немало проблем, причем как с точки зрения материального, так и процессуального права. В доказательственной деятельности сложности появляются не только, когда отношения существуют в сети Интернет, но и в случае необходимости использования размещенной информации в качестве доказательства, например, признание такой информации общеизвестной.

Первый вопрос, который встает в случае обращения к Интернет-информации в качестве доказательства, заключается в его допустимости. В АПК РФ не предусмотрен закрытый перечень доказательств (ч. 2 ст. 64, 89 АПК РФ). Тем самым Интернет-информацию можно отнести к иным документам и материалам, в связи с чем «арбитражные суды без каких-либо оговорок рассматривают подобную информацию в качестве доказательств»¹. Так, первые споры о доменных именах возникли еще в 1990-х гг.² А поскольку чаще всего в суде рассматривалось

¹ Решетникова И. В., Семенова А. В., Царегородцева Е. А. Комментарий судебных ошибок в практике применения АПК РФ. М., 2006. С. 129–130.

² См.: Решение Арбитражного суда г. Москвы от 30 августа 1999 г. по делу № А40-25314/99-15-271. URL: <http://www.zakon.ru>

© Никулина М. П., 2011

соотношение доменного имени и товарного знака, то выписки из реестра доменных имен было недостаточно, поскольку важным было и исследование непосредственно размещенной на сайте информации, что позволяло установить или опровергнуть нарушения прав лица, которому принадлежит товарный знак³.

Немало споров вызывают вопросы, связанные с правовым регулированием документооборота, осуществляемого с помощью электронной почты. Но сегодня этот способ является одним из ярких примеров использования Интернет-информации в доказательственной деятельности. Например, в Постановлении ФАС Поволжского округа от 8 июля 1999 г. № А06-176-6/98 было указано, что факт отгрузки товаров подтвержден актами сверки расчетов и накладными, переданными по электронной почте⁴.

Подтверждением того, что в арбитражном суде Интернет-информация признается в качестве возможного доказательства, служит также применение в отношении нее обеспечительных мер⁵.

В практике же судов общей юрисдикции однозначного подхода к использованию Интернет-информации не сложилось. Позиции Верховного Суда даже в похожих делах не отличаются единством⁶. Во многом подобная ситуация объясняется тем, что перечень доказательств, представленных в ст. 55 ГПК РФ, является исчерпывающим.

Но нередко Интернет упоминается в постановлениях Пленума ВС РФ, что наталкивает на мысль о невозможности игнорирования Интернет-информации в доказывании. Приме-

³ См.: Постановление ФАС Московского округа от 6 ноября 2007 г. № КГ-А40/11286-07 по делу № А40-80056/06-27-379. URL: <http://www.kolosoov.info>

⁴ См.: *Дашян М.* Дело об электронной почте слушается в суде // Бизнес-адвокат. 2003. № 5.

⁵ Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер : приложение к информационному письму Президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 г. № 78 // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8.

⁶ Ср.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 29 ноября 2003 г. по делу № 49-Г03-139 и Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 18 декабря 2003 г. по делу № 64-Г03-13.

нительно к авторскому праву абзац 2 п. 34 Постановления от 26 марта 2009 г. Пленума ВС РФ № 5, Пленума ВАС № 29 «О вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» констатирует следующее: «Нарушением исключительного права на произведение является изготовление одного экземпляра произведения или более, осуществленное с контрафактного экземпляра либо при неправомерном доведении до всеобщего сведения (в том числе при неправомерном размещении в сети Интернет)». Интернет упоминается как сфера возможного распространения сведений в Постановлении Пленума ВС РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц»: «Таким образом, в свете руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда РФ можно сказать, что информация, почерпнутая из Интернета, должна признаваться в качестве допустимого доказательства и, что касается существования этой информации, то она должна оцениваться судами с точки зрения относимости, достаточности и достоверности. Разумеется, при этом должны учитываться специфические особенности информации в Интернете»⁷.

Но возможно, проблемы и в данном случае нет, если Интернет-информация является лишь одной из разновидностей, представленных в ст. 55 ГПК РФ доказательств. В связи с этим мы сталкиваемся с необходимостью определения природы Интернет-информации. Существует три подхода к трактовке данной категории.

Ряд исследователей предлагают рассматривать Интернет-информацию в качестве письменного документа. Но одной из главных отличительных черт этих доказательств выступает фиксация их содержания письменными знаками (буквами, цифрами, стенографическими изображениями и т.п.)⁸, в то время, как Интернет-информация, любой электронный документ, в первую очередь, являются цифровым кодом.

⁷ См.: *Боннер А. Т.* Доказательственное значение информации, полученной из Интернета. URL: <http://www/recoveryfiles.ru>

⁸ См.: *Вершинин А. П.* Электронный документ : правовая форма и доказательство в суде. М., 2000. С. 105.

Другие ученые относят Интернет-информацию к вещественным доказательствам. Так, И. В. Решетникова, анализируя ситуацию, связанную с обеспечением арбитражными судами доказательств, расположенных на соответствующих сайтах в Интернете, полагает, что здесь «скорее всего, речь идет о фиксации вещественного доказательства путем его осмотра, о чем составляется протокол»⁹.

Однако анализ норм, регулирующих применение вещественных доказательств, приводят к выводу о том, что их использование применительно к Интернет-информации весьма затруднительно. В частности, ст. 74 ГПК РФ и ст. 77 АПК РФ посвящены хранению вещественных доказательств. Совершенно очевидно, что сайты в процессуальном значении этого слова не могут храниться ни в суде, ни вне суда. Сайты не могут быть и опечатаны. Вряд ли суд также в состоянии принимать меры по сохранению соответствующих сайтов в неизменном состоянии. Правда, суд может их осмотреть, и относимая к делу информация может быть зафиксирована в протоколе осмотра либо протоколе судебного заседания и приложенных к нему документах. Но такой осмотр может быть проведен судом не непосредственно, а не иначе как с применением специально предназначенной для этого сложной электронной системы – компьютера. В осмотре сайта может принимать участие специалист, а вот реально подвергнуть экспертизе находящуюся там информацию вряд ли возможно.

Исходя из изложенного выше, предпочтительнее выглядит третья позиция, согласно которой Интернет-информация представляет собой отдельный, самостоятельный вид доказательств, поскольку носит смешанный характер с точки зрения представленного в гражданско-процессуальном законодательстве перечня доказательств.

Как уже отмечалось, без применения Интернет-информации в настоящее время разрешение многих дел в судах не представляется возможным. Но при обращении к подобным доказательствам возникает проблема того, как доказать их наличие. Трудности связаны с особенностями свойств данной

⁹ Решетникова И. В., Семенова А. В., Царегородцева Е. А. Указ. соч. С. 129–130.

информации. Ее легко можно преобразовать, просто убрать с сайта, на котором она размещается. Эта проблема наиболее актуальна в случаях, когда в Интернете неправомерно размещается чье-то произведение, и при обращении этого лица в суд информация или удаляется вообще, или перемещается на другой сайт. Чаще всего в подобных ситуациях правообладатели не предпринимают мер, направленных на фиксацию факта нарушения, в результате чего они могут лишь рассчитывать на прекращение нарушения их прав в дальнейшем, но ни о какой компенсации речи идти уже не может. Также сложности возникают при доказывании подлинности электронного документа, поиске лица, которое данную информацию разместило или вам отправило в случае электронного документооборота.

Наиболее оптимальным на сегодняшний день представляется составление протокола осмотра сайта нотариусом (ст. 102, 103 Основ законодательства о нотариате¹⁰). Но при обращении к подобному способу фиксации мы сталкиваемся с рядом проблем. Во-первых, сегодня далеко не каждый нотариус возьмется за подобное дело. А во-вторых, отсутствует ясный и четкий механизм составления данного протокола. В ряде случаев суд признавал доказательством просто распечатку сайта, удостоверенную нотариусом, с датой осмотра, в других случаях суд признавал данное доказательство недопустимым, ссылаясь на необходимость подробного описания всех действий нотариуса по осмотру сайта и полученных результатов. При этом, несмотря на сложность, второй подход выглядит более приемлемым, так как не всегда напечатанный вид сайта позволяет в полной мере отразить все его особенности, например, при наличии на странице в Интернете гиперссылки.

Вторым вариантом, приемлемым при подтверждении наличия Интернет-информации, является использование справок, выписок, иных письменных доказательств, представленных хостинг-провайдером. Это достаточно распространенный

¹⁰ Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

в судебной практике способ: в ряде случаев он позволяет получить гораздо больше информации, чем протокол осмотра, составленный нотариусом (в частности, можно понять, что было раньше на сервере, когда были загружены те или иные сведения, когда они модифицировались или были удалены – «логи»). Но обращение к хостинг-провайдерам имеет и свои отрицательные стороны. Например, провайдер, как правило, состоит в договорных отношениях с одной из сторон конфликта (иначе доказательственная информация не появилась бы у него) и, может быть, так или иначе, заинтересованным лицом¹¹. К тому же на сегодняшний день отсутствует обязанность провайдеров хранить «логи», обычно они удаляются через полгода.

Весьма затруднительна ситуация, когда возникают сомнения в подлинности и верности представленных суду сведений из Интернета. Единственным возможным, но далеко не бесспорным способом разрешения представляется проведение экспертизы компьютера (сервера).

Очевидно, что без использования Интернет-информации в доказательственной деятельности по ряду гражданских дел обойтись невозможно, поэтому необходимо создать должный механизм правового регулирования данной сферы. При этом, судя по всему, уровень развития технологий указывает на то, что Интернет-информация в процессуальном законодательстве должна быть обозначена в качестве самостоятельного вида доказательства (как когда-то было в отношении аудио- и видеозаписи). А также видится необходимым формирование четкого механизма фиксации и представления данных доказательств.

¹¹ См.: *Серго А. Г.* Проблемы собирания доказательственной информации о правонарушениях в сфере интеллектуальной собственности, совершенных с использованием сети Интернет // *Рос. право в Интернете.* 2008. № 3.

О. А. Новиков

РОЛЬ И НАЗНАЧЕНИЕ ПРОКУРОРА В ДОСУДЕБНЫХ СТАДИЯХ РОССИЙСКОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Роль прокурора в досудебных стадиях современного российского уголовного процесса уникальна ввиду своей высокой значимости. Прокурор является гарантом реализации основного назначения уголовного судопроизводства, что обязывает его инициативно и своевременно предупреждать нарушение законов любыми участниками уголовного судопроизводства¹. Правовые основы процессуального статуса прокурора на стадиях досудебного производства по уголовному делу составляют Уголовно-процессуальный кодекс РФ от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (с изм. и доп.)² и Федеральный закон от 17 ноября 1995 г. № 2202-1 (с изм. и доп.) «О прокуратуре Российской Федерации»³. Статья 5 УПК РФ предлагает дефиницию термина «прокурор», под которым предписывается понимать Генерального прокурора РФ и подчиненных ему прокуроров, их заместителей и иных должностных лиц органов прокуратуры, участвующих в уголовном судопроизводстве и наделенных соответствующими полномочиями Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации». Несколько иначе определяет правовой статус прокурора ч. 1 ст. 37 УПК РФ, которая устанавливает, что прокурор является должностным лицом, уполномоченным в пределах компетенции, предусмотренной настоящим Кодексом, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства, а также надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия.

¹ См.: Крюков В. Ф. Курс лекций по прокурорскому надзору : учеб. пособие для юрид. вузов и факультетов. Курск, 2000. С. 27; Его же. Прокурорский надзор : учебник для вузов. М., 2006. С. 32–33.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

³ Там же. 1995. № 47. Ст. 4472.

© Новиков О. А., 2011

Приведенная норма четко указывает на два аспекта деятельности прокурора:

1) обязанность в силу и в пределах компетенции, установленной УПК РФ, осуществлять от имени государства уголовное преследование в ходе уголовного судопроизводства;

2) обязанность осуществлять надзор за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия.

Данный факт свидетельствует о двойственности роли прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса. Разноплановость полномочий, представленных прокурору уголовно-процессуальным законодательством, обусловила появление в юридической литературе научных дискуссий по вопросу о роли и назначении прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса. В частности, обострился вопрос о целесообразности сохранения прокуратуры как многофункционального органа. В связи с этим в научной литературе нередко обсуждается целесообразность резкого сужения функций прокуратуры, вплоть до осуществления ею только функции уголовного преследования. Указанная проблема напрямую касается роли и назначения прокурора в досудебных стадиях уголовного процесса.

Так, Ю. П. Синельщиков ставит под вопрос правильность упоминания в законодательстве функции прокурора по осуществлению уголовного преследования применительно к досудебным стадиям уголовного процесса. По его мнению, по результатам реформы, происшедшей на основе Федерального закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации» прокурор потерял большую часть полномочий, содержащихся в ч. 2 ст. 37 УПК РФ и направленных на осуществление уголовного преследования. Автор отмечает: «Совершенно очевидно, ... функция надзора за законностью становится главной, а по нашему мнению, и единственной на досудебных стадиях уголовного процесса... Хотя прокурор и может осуществлять уголовное преследование на досудебных стадиях уголовного процесса, однако такая его деятельность утратила специфику, присущую функции, и поэтому

является одной из задач, решаемых в рамках надзора за законностью»⁴.

Активным оппонентом Синельщикову по данному вопросу выступает профессор Г. Н. Королев, который, в свою очередь, утверждает, что «среди органов, призванных от имени государства осуществлять уголовное преследование, прокуратура занимает (и впредь должна занимать) ключевое ведущее положение... Именно на прокурора в уголовном процессе возложена основная обязанность по процессуальной подготовке и обоснованию материально-правовых притязаний к обвиняемому в совершении преступления от имени государства»⁵.

Подводя итог изложенной выше дискуссионной линии, представляется правильным согласиться с мнением В. А. Ефановой. Автор отмечает, что «ограничение полномочий не влияет на принципиальную оценку роли прокурора как руководителя всей системы уголовного преследования. В ч. 1 ст. 21 УПК РФ законодатель именно прокурора назвал основным субъектом уголовного преследования... Активно уголовное преследование прокурор начинает осуществлять лишь после утверждения им обвинительного заключения (акта), ...а до этого прокурор осуществляет уголовное преследование лишь в форме надзора за исполнением законов в деятельности органов дознания и предварительного следствия по возбуждению и расследованию уголовных дел»⁶.

Действительно, целостность российского уголовного процесса обуславливает целостность роли прокурора на всем его протяжении. Ввиду подчиненности целей предварительного расследования судебному разбирательству можно утверждать, что деятельность прокурора в стадии предварительного расследования обусловлена стоящей перед ним задачей в судебном разбирательстве по обоснованию перед судом выдвиг-

⁴ Синельщиков Ю. П. О функциях прокурора на досудебных стадиях уголовного процесса // Рос. следователь. 2008. № 17.

⁵ Королев Г. Н. Реорганизация досудебного производства : проблемы и перспективы // Законность. 2008. № 1. С. 10.

⁶ Ефанова В. А. О функциях прокурора в досудебных стадиях современного российского уголовного процесса // Воронежские криминологические чтения : сб. науч. тр. Воронеж, 2010. Вып. 12, Право и личность. С. 159–166.

нутого органами предварительного расследования и предъявленного конкретному лицу обвинения. Данная задача может быть реализована только при условии законности проведенного предварительного расследования и обоснованности обвинения достаточной совокупностью доказательств⁷.

По данным статистической отчетности прокуратуры Воронежской области за 2007–2010 г., отмечен постоянный рост числа выявленных нарушений законов при производстве дознания и предварительного следствия. Всего органами прокуратуры области в 2007 г. (который стал отправной точкой в проведении реформ правового положения участников уголовного процесса) выявлено 4336 случаев нарушения закона при производстве дознания и предварительного следствия, в 2008 г. – 5724 нарушения, в 2009 – 8945, в 2010 – 11 525⁸. Данные факты объясняются низким качеством расследования уголовных дел, которое является следствием недостаточной профессиональной подготовки должностных лиц, ведущих расследование, отсутствием должного ведомственного контроля. Поэтому в целях повышения качества расследования уголовных дел следует активизировать прокурорский надзор, повысить его качество, расширить полномочия прокурора, утраченные в связи с законодательными новеллами, а также устранить недостатки в механизме взаимодействия органов прокуратуры и следствия. В частности, необходимо:

1) установить путем внесения дополнений в УПК РФ порядок вынесения требования прокурора об устранении нарушений, допущенных органами предварительного следствия, в том числе порядок и срок его исполнения;

2) предусмотреть в УПК РФ две процессуальные формы ознакомления прокурора с материалами уголовного дела, а также проверки сообщения о преступлении: а) представление прокурору таких материалов по его требованию; б) непосредственное ознакомление прокурором с указанными мате-

⁷ См.: *Алексеев С. Н.* Надзор за соблюдением прав и свобод участников уголовного процесса в системе конституционных гарантий прав и свобод человека и гражданина и полномочий прокурора (досудебные стадии) : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2002.

⁸ Архив прокуратуры Воронежской области за 2007–2010 годы.

риалами на месте, т.е. в месте производства проверки либо предварительного расследования. При этом целесообразно предусмотреть срок представления указанных материалов прокурору, который не может превышать 24 часов с момента поступления соответствующего требования, либо немедленно, в случае ознакомления с данными материалами на месте⁹.

В свете изложенного можно заключить: в настоящее время правовое положение прокурора в досудебных стадиях российского уголовного процесса существенно отличается от правового положения следователя, руководителя следственного органа, руководителя органа дознания, начальника подразделения дознания и дознавателя, имеющих достаточные полномочия для осуществления уголовного преследования. Но целостность российского уголовного процесса влечет за собой целостность роли прокурора на всем его протяжении. Поэтому назначение прокурора в этих условиях подразумевает не только осуществление надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия в целях недопущения злоупотреблений должностными полномочиями и причинения вреда законным интересам личности и общества (поскольку уголовное преследование и процессуальное руководство могут способствовать достижению целей уголовного судопроизводства только при условии их законности), но и осуществление уголовного преследования (в частности, обоснование перед судом обвинения, выдвинутого органами предварительного расследования и предъявленного конкретному лицу). Функция уголовного преследования обусловлена основной надзорной функцией, соподчинена ей и является дополнительной функцией прокурора. В целях предупреждения, выявления и устранения нарушений закона со стороны органов расследования прокурор осуществляет надзор за законностью их процессуальной деятельности.

⁹ См.: *Смирнов Г. К.* Проблемы совершенствования института участия прокурора в досудебном производстве // *Рос. юстиция.* 2008. № 11. С. 50–54.

Е. Е. Подкопаева

**РОЛЬ ПРИНЦИПОВ И НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА
В РЕАЛИЗАЦИИ ИНСТИТУТА ЗАЩИТЫ
КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ
В РОССИИ
(НА ПРИМЕРЕ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ
О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД)**

За 2009 г. в Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) за защитой своих нарушенных права обратилось 33 550 российских граждан (28,1 % от всего количества жалоб, поданных в ЕСПЧ)¹; за 2010 г. – 40 300 граждан (28,9 %)². В 2009 г. по итогам 219 судебных разбирательств было вынесено 49 итоговых решений, связанных с защитой права собственности³; в 2010 г. по итогам 217 разбирательств – 44 итоговых решения⁴. По состоянию на 31 марта 2011 г. в ЕСПЧ уже поступило 41 900 жалоб от граждан России (28,1 % от всех жалоб, поданных в ЕСПЧ за начало 2011 г.)⁵. Вопрос о причине столь активного обращения в ЕСПЧ за защитой прав остро стоит уже долгое время – с появления возможности граждан РФ обращаться в ЕСПЧ (с 5 мая 1998 г.).

Часть 4 ст. 15 Конституции РФ включает общепризнанные принципы и нормы международного права в правовую

¹ European Court of Human Rights. Pending applications chart 2009. URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BBFE7733-3122-40F5-AACA-9B16827B74C2/0/Pending_applications_chart.pdf

² European Court of Human Rights. Pending applications chart 2010. URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/99F89D38-902E-4725-9D3D-4A8BB74A7401/0/Pending_applications_chart.pdf

³ European Court of Human Rights. Table of violations 2009. URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/E8F73EC8-AF6A-4205-BAF2-F6043F67F651/0/Tableau_de_violations_2009_ENG.pdf

⁴ European Court of Human Rights. Table of violations 2010. URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/596C7B5C-3FFB-4874-85D8-F12E8F67C136/0/TABLEAU_VIOLATIONS_2010_EN.pdf

⁵ European Court of Human Rights. Pending applications chart 2011. URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/92D2D024-6F05-495E-A714-4729DEE6462C/0/Pending_applications_chart.pdf

© Подкопаева Е. Е., 2011

систему РФ. Статья 17 Конституции РФ предусматривает гарантию прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права. Казалось бы, подобные конституционные положения должны способствовать широкому применению международно-правовых норм и принципов в правовой действительности России, однако российские суды, как суды общей юрисдикции, так и арбитражные, не столь часто оперируют ими в своих решениях и неохотно принимают во внимание ссылки заявителей на нормы и принципы международного права.

К примеру, более 100 определений Высшего Арбитражного Суда РФ за 2010 г., отказывающих в передаче дела в Президиум ВАС РФ, наглядно демонстрируют отсутствие фактического применения общепризнанных принципов и норм международного права в судебной деятельности и нежелание судей учитывать ссылки заявителей, кроме как на нормы российского права, несмотря на то, что международно-правовые нормы являются неотъемлемой частью российской правовой системы.

В последнее время Конституционный Суд РФ стал все чаще ссылаться на решения ЕСПЧ, используя их в качестве дополнительной мотивировки своих выводов. Однако Председателем Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькиным в конце 2010 г. была высказана позиция, согласно которой российскому Конституционному Суду следует прибегнуть к практике Федерального Конституционного Суда Германии, где решения ЕСПЧ подлежат обязательной перепроверке на соответствие их Основному закону ФРГ⁶. Формально-юридически данный подход не противоречит ни Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., ни позиции ЕСПЧ, ни национальному законодательству, однако, полагаем, для России он не является рациональным: будет затруднен процесс правовой глобализации, и без того слабо развивающийся в Российском государстве; наличие сверхинстанции в лице Конституционного Суда РФ затормозит совершенствование законодательства в виду создания единственно возможной судебной практики.

⁶ См.: Зорькин В. Д. Предел уступчивости // Рос. газ. 2010. 29 окт.

Трудность применения принципов и норм международного права в защите права собственности в Российской Федерации также связана с различным пониманием круга объектов права собственности по российскому и международному законодательству. В России применяется узкое толкование содержания права собственности. Анализ же практики ЕСПЧ показывает, что право собственности включает в себя как привычные для российского права объекты, так и многие прочие, к примеру: право на клиентуру (Постановление ЕСПЧ от 25.03.1999 г. по делу «Иатридис против Греции»), право на деловую репутацию (Постановление ЕСПЧ от 26.06.1986 г. по делу «Ван Марле и другие против Нидерландов»), право на финансовую помощь (Постановление ЕСПЧ от 16.09.1996 г. по делу «Гейгусус против Австрии»), право на исполнение судебного решения (Постановление ЕСПЧ от 07.05.2002 г. по делу «Бурдов против России»), экономический интерес (Постановление ЕСПЧ от 07.07.1989 г. по делу «Тре Тракторер против Швеции»). Идею о расширении круга объектов права собственности в свое время активно выдвигал судья Конституционного Суда РФ Н. С. Бондарь, однако на практике она так и не реализовалась⁷.

Для разрешения данного вопроса в целях реализации института защиты права собственности в Российской Федерации Конституционному Суду РФ не следует ограничивать объекты права собственности ст. 35 Конституции РФ. Защита рассматриваемого права может также осуществляться посредством включения в содержание права собственности иных конституционных прав граждан, как то: право на труд (ст. 37), на занятие предпринимательской деятельностью (ст. 34), на жилище (ст. 40), на социальное обеспечение (ст. 39). Это будет соответствовать объему имущественных прав, охватываемых ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Давно назрела необходимость создания официального источника опубликования решений ЕСПЧ, что требует спе-

⁷ См.: *Бондарь Н. С.* Местное самоуправление и конституционное правосудие : конституционализация муниципальной демократии в России. М., 2008.

циального органа (учреждения), занимающегося их официальным переводом. Отсутствие такого источника затрудняет возможность Конституционного Суда РФ и иных российских судов прибегать к использованию позиций ЕСПЧ в своей деятельности.

Н. В. Подобедова

РЕЦЕПЦИЯ НОРМ РИМСКОГО ПРАВА О ПОНЯТИИ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Рецепция (от лат. *rescriptio* – «принятие») в юридическом смысле – это заимствование одной правовой системой элементов другой правовой системы, вызванное целым рядом различных факторов (правовыми, социально-экономическими, религиозно-этническими и т.д.). Причем указанные элементы могут быть заимствованы как из прошлого правового опыта, так и из современных правовых систем.

В настоящее время Россия восстанавливает и развивает частноправовые традиции, основанные на положениях римского права, с учетом современного мирового опыта. Наиболее ярким примером служит Гражданский кодекс РФ, закрепивший и развивший в своих правилах наиболее прогрессивные постулаты цивилистики.

Общее построение ГК РФ совпадает с системой изложения в Институциях Гая и Юстиниана: структура изложения ГК РФ идентична заимствованной при кодификации Юстиниана у Институций Гая (II в. н.э.) институциональной системе: лица – вещи – обязательства (п. 1 ст. 2 ГК РФ)¹.

Римские юристы в своих трудах не только сформировали собрание практических рекомендаций по конкретным случаям, но и охарактеризовали и обозначили наиболее важные принципы обязательственного права. Рассмотрение вопросов, связанных с рецепцией норм римского права о понятии

¹ См.: Царапкин П. Ф., Сэруа В. С. К вопросу о влиянии Кодекса Юстиниана на современный Гражданский кодекс Российской Федерации // История государства и права. 2008. № 14.

© Подобедова Н. В., 2011

обязательства необходимо начать с анализа и сопоставления терминологических баз, сформированных в Древнем Риме и Российской Федерации.

Наиболее полные дефиниции, приведенные в трудах древнеримских юристов, можно схематично представить следующим образом.



Анализируя рассмотренные позиции, можно прийти к выводу, что древнеримские юристы не сошлись во мнениях относительно трактовки понятия обязательства. Оба представленных определения имеют ряд недостатков, некоторые из которых являются общими. Например, целесообразнее дополнить определение, данное в Институциях Юстиниана, указанием на то, что обязанность должника может заключаться в том, чтобы воздержаться от определенного действия; а позицию Павла расширить соответствующим требованием кредитора. Среди них дефиниция, изложенная в Институциях Юстиниана, представляется более полной и определенной. Предложенная Павлом в Дигестах Юстиниана расшифровка понятия сущности обязательства, в отличие от «обязательства» по Институциям Юстиниана, помимо различных углов рассмотрения, не учитывает следующий важный момент: «связать другого перед нами, дабы он дал что-нибудь или сделал, или предоставил» возможно не только при помощи правовых средств, поэтому с правовой позиции для достижения коррект-

ности понимания данное определение предполагает ограничительное толкование.

Наиболее интересным и практически значимым представляется рассмотрение определения «обязательство», данного ГК РФ, и дальнейшее его сопоставление с позициями древнеримских юристов и зарубежным опытом.

Согласно п. 1 ст. 307 ГК РФ «в силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и т.п., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности». Следует отметить, что в числе «определенных действий» перечислены наиболее распространенные и часто встречающиеся в хозяйственной практике. При этом их список можно было бы дополнить такими, как услуга и внесение вклада в совместную деятельность, необходимость чего также подтверждает Проект изменений в разделы I, II, III, VI, VII ГК РФ². Однако стоит отметить, что данный перечень остается открытым, поэтому констатация лишь некоторых деталей списка не позволяет назвать дефиницию полной.

В зарубежных странах по-разному относятся к вопросу об определении обязательства в законе. Реципировав нормы римского права в прошлом, многие европейские государства и в последующем сохранили приверженность описанным еще римскими юристами положениям. Например, во Франции в качестве подхода для рассмотрения категории обязательства избрана изложенная в Институциях Юстиниана позиция со стороны дебитора. Германия же остановилась на предложенной Павлом в Дигестах Юстиниана трактовке с позиции кредитора.

Затрагивая рецепцию римского права Россией, нельзя не сказать, что во многом заимствованные положения прошли корректировку временем и впитали в себя выработанные в Европе дополнения и уточнения. Иными словами, Россия реципировала общеевропейское право. Возвращаясь к определениям, данным древнеримскими юристами, можно сделать следующие выводы.

² Проект изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации по состоянию на 7 декабря 2010 г. URL: <http://www.consultant.ru/law/hotdocs/11059.html>

1. Определение понятия «обязательство» в ГК РФ представляет собой некое объединение позиций, представленных в Институциях и Дигестах Юстиниана. Зарубежный опыт показывает, что законодательно установленные или доктринально представленные термины в большей части затрагивают лишь одну из позиций, рассматривая другую позднее в качестве оппонирующей. Наглядное влияние римского права на право зарубежных стран, в особенности европейских, позволяет сделать вывод о том, что выбранные за основу точки зрения римских юристов со временем претерпели не столь значительные изменения, сохранив свою суть. Несмотря на то, что в ГК РФ сделана попытка раскрыть перечень определенных действий должника, в определении, данном Павлом, более наглядно и просто представляется сущность обязательства, даже при рассмотрении категории с позиции кредитора.

2. Не только действие, но и бездействие может выступать в качестве обязанности должника и становится объектом требования кредитора – именно данное положение не просматривается в определениях древнеримских юристов и конкретно излагается в ГК РФ, а также закреплено в законодательствах европейских государств.

3. Критическая оценка понятия «обязательство», данного в ст. 307 ГК РФ, позволяет сделать вывод, что оно воплощает в себе лишь простейшую модель одностороннего обязательства, когда на стороне должника только обязанность, а на стороне кредитора соответствующее право требования. Подобная модель отвечает требованиям, предъявляемым к внедоговорным обязательствам (таким, как вследствие причинения вреда, неосновательного обогащения). В гражданско-правовой действительности подобный вид обязательств возникает из реальных договоров (займа, хранения, доверительного управления имуществом), но и в них зачастую предусматриваются как минимум кредиторские обязанности, возлагаемые на сторону, располагающую правом требования. Аналогичная модель простейшего одностороннего обязательства характерна и для римского права, основы которого впоследствии передались и европейским странам.

М. С. Пушкаренко

ЗАЩИТА АВТОРСКИХ ПРАВ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

В настоящее время в связи с расширением сферы действия информационных технологий, а также активно развивающимися процессами информатизации представляется особо актуальной возможность уделить пристальное внимание публикации результатов интеллектуальной деятельности (РИД) в сети Интернет и на примере авторских прав проиллюстрировать способы защиты контента¹ от несанкционированного использования (хотя приведенные ниже рекомендации могут быть использованы не только для защиты авторских прав, но также в той или иной мере относятся ко всему перечню объектов РИД, поименованных в ст. 1225 ГК РФ)².

Учитывая, что информация, располагаемая на страницах «всемирной паутины», обладает общим признаком – цифровой формой, – это позволяет ее легко воспроизводить, копировать, распространять. В этой связи, несмотря на то, что ГК РФ (ст. 1257) закрепляет положение о том, что автором произведения признается гражданин, творческим трудом которого оно создано, а следовательно, не требует соблюдения каких-либо формальностей для признания авторства, необходимо, во избежание проблемы *присвоения авторства другим лицом* – «пиратства», уделить особое внимание превентивной защите авторского права (т.е. осуществить предварительный сбор доказательств, подтверждающих, что произведение создано именно Вами для будущих потенциальных исков о защите права). Если же не зафиксировать свои авторские права, то в будущем велика вероятность возникновения ситуа-

¹ Контент (англ. *Content* – «содержимое») – любое информационно значимое наполнение информационного ресурса (например, веб-сайта), вся информация, которую пользователь может скопировать (загрузить) на диск компьютера с соблюдением соответствующих законностей, как правило, только для личного пользования. См.: URL: <http://ru.wikipedia.org>

² Гражданский кодекс Российской Федерации : части первая, вторая, третья, четвертая : с изм. и доп. на 1 июня 2010 года. М., 2010. 656 с.

© Пушкаренко М. С., 2011

ции, при которой Вы не сможете запретить лицам несанкционированно пользоваться Вашим контентом. Также не исключено то, что данные лица могут зафиксировать доказательства владения данным контентом на определенную дату, и запретить Вам пользоваться результатами Вашего интеллектуального труда.

Во избежание обозначенной проблемы в качестве превентивной защиты авторского права можно предложить следующие способы:

– *водяные метки*: нанесение скрытого кода определенного формата в файлы с помощью специального программного обеспечения. Они устойчивы к сжатию, изменению размеров и формата. Данные файлы содержат специальную информацию, указывающую на лицо, ее записавшее;

– *Web-депозитарий* – специальное хранилище, в котором с помощью совокупности технических и юридических процедур создается возможность подтвердить факт и время публикации. Депозитарии бывают с открытым доступом для широкого круга лиц и с доступом для ограниченного круга лиц, куда вход осуществляется по средством введения пароля³;

– *депонирование информации*, находящейся на Web-сайте в печатном виде, в Российское авторское общество (РАО) – в качестве альтернативы депозитарию. В результате на руках у автора остается свидетельство о депонировании и регистрации, а все материалы будут храниться в заверенном виде в депозитарии РАО;

– *регистрация произведения* у нотариуса: достаточно представить нотариусу произведение на бумажном носителе (можно в опечатанном виде), чтобы он зарегистрировал время предъявления произведения.

Таким образом, из предложенных выше способов защиты регистрация произведения в электронной форме (водяные метки, Web-депозитарий) является менее надежным способом защиты авторского права, так как опытные программисты с помощью использования определенных видов программного

³ Подробнее о системе депонирования см.: URL: <http://tut-content.info/?p=1935>

обеспечения могут изменить, удалить и даже перерегистрировать на другое лицо информацию, находящуюся в цифровой форме. В качестве наиболее эффективного способа превентивной защиты прав автора все-таки остается регистрация произведения в печатном виде, а именно регистрация у нотариуса и депонирование в РАО.

А. К. Рябчикова

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИЗБИРАТЕЛЬНЫХ КАМПАНИЙ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В настоящее время в России существует кризис избирательной системы, в результате которого выборы свелись к борьбе различных выборных «грязных» технологий. Среди ставших уже обыденностью в ходе избирательного процесса нарушений избирательного законодательства отметим: 1) махинации со списками избирателей (включение в них «мертвых душ»); 2) подкуп избирателей; 3) использование административного ресурса; 4) порча бюллетеней; 5) фальсификация избирательных документов; 6) подделка протоколов избирательной комиссии; 7) фальсификация итогов голосования; 8) бездействие избирательных комиссий, прокуратуры, милиции и судов на нарушения выборного законодательства и др.¹

Для того чтобы эффективно бороться с данными нарушениями избирательного процесса, следует внести соответствующие изменения в Уголовный кодекс РФ (ст. 141, 141.1, 142, 142.1 УК РФ), ужесточив наказания за воспрепятствование осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий, фальсификацию избирательных документов, документов референдума, итогов голосования. За эти виды преступлений, обязательным наказанием должен являться штраф (варьирующийся в диапазоне от 100 до 500 тыс. для

¹ См.: *Елишев С. О.* О реформе избирательной системы в Российской Федерации. URL: <http://oko-planet.su/politik/politikdiscussions/62111-sergey-elishev-o-reforme-izbiratelnoy-sistemy-v-rf.html>

© Рябчикова А. К., 2011

граждан и на порядок выше для должностных лиц и организаций).

Кроме того, в существующей политической системе депутат, представляющий своих избирателей, не связан своими обещаниями с ними. В своей предвыборной программе депутаты хотят привлечь внимание электората яркими, но пустыми обещаниями, которые не выполняются после победы на выборах. Решение данной проблемы можно найти в недавно опубликованном Проекте концепции Федерального закона «Об обязательности исполнения предвыборных программ». По словам А. Е. Загоруйко, во время предвыборной агитации кандидаты стараются пообещать народу больше, чем потенциальные конкуренты, т.е. брать на себя повышенные обязательства. Как результат, перечень обещанных мероприятий, заявленных в период избирательной кампании, может не соответствовать перечню мероприятий, реально исполненных в период осуществления полномочий. Поэтому предвыборные программы должны быть детально разработаны, с четко раскрытым механизмом реализации поставленных кандидатом в депутаты задач, а именно:

- декларируемые в предвыборных программах цели (мероприятия) должны поддаваться однозначному измерению и контролю;
- программа минимум должна быть составлена в форме календарного плана;
- каждый количественный показатель должен сопровождаться ссылкой на методику оценки.

Таким образом, избиратели голосуют не только за провозглашенную в программе задачу, но и за конкретную методику ее осуществления. Программы должны содержать перечень ожидаемых от кандидата действий в период исполнения им полномочий в случае его победы на выборах².

Существующую проблему электоральной пассивности можно решить внедрением механизма оценки итогов деятельности лиц, занимавших выборные должности, что скажется на заин-

² См.: Загоруйко А. Е. Проект концепции Федерального закона «Об обязательности исполнения предвыборных программ». URL: <http://www.gosbook.ru/node/17261>

тересованности избирателей. Способ такой оценки может заключаться в проведении обязательного социологического опроса определенного количества граждан, участвующих в выборах. Рационально предложение оценить деятельность кандидата или партии по шкале, например, от одного до пяти. Однако вероятность того, что результаты проводимого опроса будут достоверны («не куплены»), – мала. Такой способ подходит для оценки деятельности выборных лиц только на местном уровне.

Предложенные меры позволят поднять авторитет института выборов в Российской Федерации, уменьшить абсентеизм граждан.

А. Ю. Седых

ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЛИЦ, НЕ УЧАСТВОВАВШИХ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

Признание важности судебной защиты прав лиц, о правах и обязанностях которых суд вынес судебное постановление без привлечения их к участию в деле, является одной из тенденций развития гражданского процессуального законодательства РФ. Однако, несмотря на практическую значимость, данный вопрос долгое время не был урегулирован. С целью устранения пробела в законе Конституционный Суд РФ принял ряд решений, в которых разъяснил, что лица, не принимавшие участия в деле, также имеют право на обжалование судебных постановлений, затрагивающих их права и обязанности¹. По-

¹ По делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Е. В. Алейниковой и Общества с ограниченной ответственностью «Три ю» и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы : постановление Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2010 г. № 10-П; По делу о проверке конституционности положения статьи 336 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан К. А. Инешина, Н. С. Никонина и Открытого акционерного общества «Нижнекамскнефтехим» : постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2006 г. № 1-П; По

следние изменения² в Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ³ основаны на такой позиции Конституционного Суда РФ.

В работе автор проводит общую характеристику лиц, не участвовавших в судебном разбирательстве, рассматривает некоторые вопросы защиты их прав.

Нарушением прав лица, не участвовавшего в судебном разбирательстве, будет уже само принятие судебного постановления без его участия. При этом нарушаются не только субъективные процессуальные, но и материальные права лица (незаконное лишение, ограничение его прав, неправомерное возложение на него дополнительной обязанности⁴ и т.д.). Таким образом, лицо обладает заинтересованностью в обжаловании постановления суда, которая основана на том, что лицо является действительным участником спорного материального правоотношения, но при этом не значилось среди участников процесса, не извещалось о днях судебного заседания.

Следовательно, под лицами, не привлеченными к участию в деле, права и охраняемые законом интересы которых нарушены решением суда, понимаются субъекты спорного правоотношения, не наделенные процессуальным статусом при производстве по делу в суде первой инстанции.

Данные лица не обладают указанным процессуальным статусом и после вынесения итогового постановления судом

жалобе гражданки Румянцевой Юлии Германовны на нарушение ее конституционных прав абзацем вторым части первой статьи 209, частью второй статьи 376, статьей 377 и пунктом 5 части первой статьи 379.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 4 июня 2009 г. № 848-О-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 9 декабря 2010 г. № 353-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 50. Ст. 6611. С. 44–48.

³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Рос. газ. 2002. 20 нояб. С. 9–16 (в действ. ред.).

⁴ См.: *Иванова О. В.* Лица, не привлеченные к участию в деле, права которых нарушены решением суда, в российском гражданском и арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

первой инстанции. В случае обращения одного из них с жалобой в суд второй или третьей инстанции и принятия жалобы к производству такое лицо станет «лицом, участвующим в деле в суде соответствующей инстанции», а по отношению к прошедшему процессу в суде первой инстанции останется «лицом, не привлеченным к участию в деле». Как только оно воспользуется возможностью вступить в процессуальное правоотношение, автоматически приобретет статус лица, участвующего в деле, и вместе с ним весь комплекс процессуальных прав и обязанностей. Иными словами, у лица, не привлеченного к участию в деле, нет никаких специфических процессуальных прав и обязанностей, которые бы сохранялись у него при вступлении в процесс. В связи с этим границы существования рассматриваемой категории лиц можно обозначить от момента принятия судом постановления, нарушающего их права и законные интересы, до момента их самостоятельного обращения в суд.

Реализация права на судебную защиту лицом, не привлеченным к участию в деле, обусловлена характером нарушения прав и законных интересов такого лица. С одной стороны, права и интересы нарушаются постановлением суда по чужому делу (а не вследствие недобросовестного поведения другого участника гражданского оборота), с другой – существует неопределенность, спорность правоотношения, субъектом которого является соответствующее лицо.

Лица, не участвовавшие в деле, права которых нарушены судебным актом, должны быть свободны в выборе способа защиты нарушенного права. Любой из способов защиты нарушенных прав лиц, не участвовавших в деле, (предъявление самостоятельного иска и, соответственно, оспаривание в другом процессе установленных по чужому делу фактов, а также подача жалобы на судебный акт в инстанционном порядке) обладает как преимуществами, так и недостатками.

Возможность обращения с самостоятельным иском, которая является элементом гарантированного Конституцией РФ⁵ права на судебную защиту, не обеспечивает лицам, не участвовавшим в деле, полноценной судебной защиты. Иск не мо-

⁵ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Рос. газ. 2009. 21 янв. С. 2–5 (в действ. ред.).

жет быть направлен против постановления суда по чужому делу; при предъявлении самостоятельного иска существует опасность вынесения судами первой инстанции двух противоречащих друг другу постановлений по одному и тому же спорному материальному правоотношению.

О. И. Иванова считает, что для защиты нарушенных прав указанных субъектов более правильным будет закрепление в ГПК РФ самостоятельного отдельного производства: «Возобновление производства по делу по заявлениям лиц, не участвующих в деле», которое должно быть более простым, доступным и удобным для заинтересованных лиц⁶. Согласно другой точке зрения, необходимость в специальном порядке защиты прав не участвовавших в деле лиц отсутствует, а защиту их прав вполне можно осуществлять при помощи существующей модели пересмотра судебных актов⁷. Именно по второму пути пошел законодатель, реформируя в 2010 г. систему пересмотра судебных постановлений.

В то же время представляется, что установленное в ч. 2 ст. 376 ГПК РФ правило, ставящее возможность обращения в суд надзорной инстанции (а с 1 января 2012 г. – кассационной инстанции) в зависимость от исчерпания иных способов обжалования, не может применяться в отношении рассматриваемой категории лиц, поскольку заведомо ставит их в неравное положение с лицами, участвовавшими в деле и знавшими о состоявшемся постановлении. По этому поводу в п. 3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 12 февраля 2008 г. № 2⁸ указано, что надзорные жалобы заинтересованных лиц, вне зависимости от их участия в деле, на судебные

⁶ См.: *Иванова О. В.* Указ. соч. С. 10, 28–30; *Рехтина И. В.* Проблемы судебной защиты прав и законных интересов лиц, не участвовавших в деле // Юрист. 2008. № 6. С. 48–53.

⁷ См.: *Масаладжиу Р. М.* О возможности лиц, не участвовавших в деле, обжаловать судебный акт, нарушающий их права, в гражданском и арбитражном процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 4. С. 25.

⁸ О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Фе-
186

постановления, не прошедшие стадию апелляционного или кассационного обжалования, подлежат возвращению без рассмотрения по существу как поданные с нарушением правил подсудности, установленных ст. 377 ГПК РФ.

Таким образом, в настоящее время в надзорном производстве гражданского процесса закреплен механизм последовательного обжалования судебного акта: условием принятия к рассмотрению жалобы на вступившее в законную силу решение суда является обжалование соответствующего акта в предусмотренном законом порядке до его вступления в законную силу. Это ставит возможность защиты прав лиц анализируемой категории в зависимости от воли лиц, участвовавших в деле, и фактически закрывает доступ лица, не привлеченного в процесс, к проверке нарушающего его права решения суда в порядке надзора. Такая ситуация возникает по причине того, что ст. 320 ГПК РФ, содержащая в себе перечень лиц, которые могут обжаловать в апелляционном порядке решения мировых судей, ничего не упоминает о лицах, права которых нарушены решением суда, но при этом не участвовавших в процессе. Такое же положение содержится и в ст. 336 ГПК, регламентирующей порядок кассационного обжалования: в ней указывается на то, что в кассационном порядке могут быть обжалованы решения судов первой инстанции только сторонами и другими лицами, участвовавшими в процессе.

Кроме того, ГПК РФ установил шестимесячный срок на обжалование в порядке надзора (с 1 января 2012 г. – в порядке кассации) и положение о том, что он может быть восстановлен не позднее одного года со дня вступления обжалуемого судебного постановления в законную силу (ч. 4 ст. 112 ГПК РФ). Как верно отмечает В. М. Жуйков, этого срока для лиц, не участвовавших в деле, но права которых нарушены вступившим в законную силу постановлением, может оказаться недостаточно⁹. В противном случае установление подобных предельных сроков может стать непреодолимым препятствием

«дереации»: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 12 февраля 2008 г. № 2 // Бюл. Верховного Суда РФ. 2008. № 4. С. 38–40.

⁹ См.: Жуйков В. М. О некоторых проблемах проверки судебных постановлений по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2010. № 6. С. 26–30.

ем для реализации указанными лицами права на судебную защиту, гарантированного ст. 46 Конституции РФ. В этом плане интерес представляет зарубежный опыт. Например, во Франции по общему правилу жалоба такого лица может быть подана в течение 30 лет со дня вынесения судебного постановления, причем допускается подача жалобы в суд, принявший решение, который и осуществляет его пересмотр¹⁰.

Подводя итог вышесказанному, с учетом особенностей статуса лиц, о правах и обязанностях которых суд принял судебное решение, вполне обоснованным представляется закрепление в нормах ГПК РФ норм о рассмотрении жалоб указанных лиц. Разрешение судом вопроса о правах и обязанностях лиц, не привлеченных к участию в деле, является существенным нарушением норм процессуального права, установление которого судом влечет безусловную отмену акта вне зависимости от доводов, изложенных в жалобе.

¹⁰ См.: Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС и СНГ / под ред. Е. А. Борисовой. М., 2007. С. 334–335.

В. В. Смирных

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СМЕРТНОЙ КАЗНИ В РОССИИ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Конституция Российской Федерации провозглашает право на жизнь и допускает смертную казнь в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни. Данная исключительная мера также предусмотрена и Уголовным кодексом РФ¹. Однако смертная казнь не применяется на территории России с 1997 г. В российском обществе более 10 лет обсуждаются вопросы правомерности неприменения указанной меры наказания и необходимости ее исключения из законодательства.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 9.12.2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

© Смирных В. В., 2011

Противники смертной казни убеждены в том, что человек не должен обладать правом лишить жизни другого человека. В. Н. Кудрявцев отмечает, что «не может быть никакого нравственного обоснования для расправы с отдельным, уже беззащитным и теперь неопасным человеком, для применения смертной казни к преступнику. Эту меру необходимо исключить из набора криминологических стратегий»². М. П. Клейменов убежден, что смертная казнь не обладает никаким предупредительным воздействием на осужденного: «Наивная вера в эффективность предупредительного воздействия смертной казни основана на мифологических представлениях о том, что ужесточение наказания, применение наиболее суровых мер снижают уровень тяжких преступлений. Между тем давно доказано, что расчет на ужесточение репрессий основан на иллюзиях»³. О. И. Лепешкина высказывается за исключение из Уголовного кодекса РФ наказания в виде смертной казни и считает, что отмена смертной казни обусловлена официальным признанием приоритета прав человека перед интересами общества и государства⁴. За отмену смертной казни выступают и другие ученые и практики⁵.

Сторонники смертной казни, ссылаясь на принцип справедливости при вынесении приговора, считают, что государство имеет право лишить жизни преступника, так как он лишает жизни другого человека. По их мнению, смертная казнь способствует снижению преступности и является сопоставимым наказанием за конкретные преступления⁶. Н. А. Колоколов отмечает, что потерпевшие, их родные и близкие, все

² Кудрявцев В. Н. Стратегии борьбы с преступностью. 2-е изд., испр. и доп. М., 2005. С. 160.

³ Клейменов М. П. Прогнозирование и приоритеты уголовной политики // Проблемы уголовной политики : советский и зарубежный опыт. Красноярск, 1989. С. 127–128.

⁴ См.: Лепешкина О. И. К вопросу о возможности применения смертной казни в России // Рос. юстиция. 2009. № 9. С. 51.

⁵ См.: Борисов А. О покаянии // Рос. юстиция. 2001. № 9. С. 18; Зайцева А. М. Пределы ограничения права на жизнь // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 18. С. 25; Квашин В. Е. Смертная казнь : мировые тенденции, проблемы и перспективы. М., 2008. С. 609.

⁶ См.: Гулиев В. Е. Отмена смертной казни – преступное непротивление злу насилием // Юрид. мир. 2002. № 1. С. 12–13; Костанов Ю. Каз-

сопричастные к чужому горю люди ждут от суда не только законного и обоснованного, но и справедливого приговора, в том числе в части наказания преступника⁷. Ю. Антонян считает, что «казнить нужно только самых страшных преступников, на совести которых два и более убийства, совершенных при отягчающих обстоятельствах»⁸.

Положение со смертной казнью не только немалый раздражитель в отношениях России с Советом Европы, но и эмоционально заряженная проблема внутренней жизни. Сторонники сохранения смертной казни ссылаются на опросы общественного мнения, на якобы сдерживающий эффект, оказываемый ею на потенциальных преступников. Сторонники отмены такого вида наказания упирают на вероятность судебной ошибки, соображения гуманности, непросвещенность общественности и приводят в пример ту же Европу, которая его полностью упразднила.

Если обратиться к опыту зарубежных стран, то можно отметить, что в их конституциях возможность применения смертной казни урегулирована по-разному. Так, в Германии, Португалии, Бельгии смертная казнь отменена на конституционном уровне. В некоторых странах (например, Азербайджане) такая мера наказания допускается лишь в определенных случаях в мирное время; в других (например, в Испании) – только в условиях войны.

Россия на данный момент соблюдает комплексный мораторий на смертную казнь. При вхождении России в Совет Европы принимались обязательства не применять смертную казнь, но это не было оформлено юридически. Конституционно-правовым основанием не вынесения смертных приговоров является Решение Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П⁹. Его действие ограничено во времени моментом

нить нельзя помиловать. Пора бы, в конце концов, поставить пресловутую запятую // Закон. 2002. № 9. С. 88.

⁷ См.: Колоколов Н. А. Смертная казнь глазами судьи // Рос. юстиция. 1998. № 7. С. 26.

⁸ Око за око, или Милость к падшим : нужна ли России смертная казнь? // Аргументы и факты. 2009. № 46 (1515). С. 8.

⁹ По делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, пунктов 1 190

повсеместного введения судов с участием присяжных заседателей, т.е. до 1 января 2010 г. И после 1 января 2010 г., когда истек мораторий, смертная казнь в стране не применяется. В Определении от 19 ноября 2009 г. Конституционный Суд указал, что «...в результате длительного моратория на применение смертной казни сформировались устойчивые гарантии права человека не быть подвергнутым смертной казни и сложился конституционно-правовой режим, в рамках которого – с учетом международно-правовой тенденции и обязательств, взятых на себя Российской Федерацией, – происходит необратимый процесс, направленный на отмену смертной казни как исключительной меры наказания, носящей временный характер («впредь до ее отмены») и допускаемой лишь в течение определенного переходного периода»¹⁰.

Не все ученые согласились с указанным Определением. Так, судья Ю. Д. Рудкин считает, что приведенная правовая позиция Конституционного Суда РФ должна толковаться как допустимость назначения наказания в виде смертной казни с момента создания судов присяжных заседателей на всей территории России. Решение о ратификации Протокола № 6 к

и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судостроительстве РСФСР», Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан : постановление Конституционного Суда РФ от 2 февраля 1999 г. № 3-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 6. Ст. 867.

¹⁰ О разъяснении пункта 5 резолютивной части Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 2 февраля 1999 года № 3-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 41 и части третьей статьи 42 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР, пунктов 1 и 2 Постановления Верховного Совета Российской Федерации от 16 июля 1993 года «О порядке введения в действие Закона Российской Федерации «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О судостроительстве РСФСР», Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, Уголовный кодекс РСФСР и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях» в связи с запросом Московского городского суда и жалобами ряда граждан : определение Конституционного Суда РФ от 19 ноября 2009 г. № 1344-О-Р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 48. Ст. 5867.

Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, запрещающего применение смертной казни, осталось за парламентом. «Ратификация конвенции – исключительно прерогатива одного из высших государственных органов, которыми являются Государственная Дума и Совет Федерации», – сказал тогда глава Конституционного Суда Валерий Зорькин.

Из состояния правовой неопределенности возможен выход: принятие решения об отказе в применении смертной казни на территории Российской Федерации; ратификация Протокола № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод; исключение из Уголовного кодекса РФ смертной казни как вида наказания. В сложившейся ситуации постоянно возникают разночтения по вопросу легитимности неприменения, а также необходимости исключения указанного вида наказания. Длительные дискуссии по этому поводу не приводят к образованию единого мнения, а лишь разбивают общественность на два противоборствующих лагеря, отстаивающих свою позицию.

По нашему мнению, спорным является вопрос о том, какая мера наказания более жестока: смертная казнь или пожизненное лишение свободы. Учитывая условия пребывания лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы, невозможно однозначно ответить на этот вопрос. Как утверждают психологи, строгость режима, отсутствие ярких жизненных впечатлений и иные проявления лишения человека свободы накладывают неизгладимый отпечаток и ведут к «психическому регрессу»¹¹. Доводы же сторонников смертной казни, перечисленные выше, как кажется, обосновывают необходимость отказа от ратификации Протокола № 6. Во-первых, мораторий на применение смертной казни действует без соблюдения всех необходимых условий, был введен неконституционными средствами. Во-вторых, данный вид наказания, безусловно, выступает как справедливое наказание за совершение особо тяжких преступлений против жизни. В-третьих, смертная казнь, по нашему мне-

¹¹ См.: Мухина В. С. Метаморфозы личности пожизненно заключенных // Неволя. 2006. № 9. С. 109.

нию, способна выполнять превентивную функцию. Наконец, можно говорить о том, что применение смертной казни может быть более гуманным, чем применение такой меры, как пожизненное лишение свободы. В этих целях необходимо начать непосредственное применение ст. 20 Конституции РФ и иных федеральных законов, предусматривающих смертную казнь.

Ю. К. Смольянинова

НЕНАЛОГОВЫЕ ДОХОДЫ БЮДЖЕТА

Доходная база бюджетов пополняется из различных источников. Законодатель придерживается разграничения доходов бюджетов на три группы: налоговые доходы, неналоговые доходы, безвозмездные поступления. Такая классификация дана в ст. 41 Бюджетного кодекса РФ. Каждый источник формирования доходов имеет свою специфику и, будучи нацеленным на реализацию определенных направлений финансовой политики государства, служит отражением разного рода теоретических и практических проблем в сфере финансов.

Несмотря на существование достаточного количества научных трудов, прямо или косвенно затрагивающих проблему неналоговых доходов, вряд ли можно признать формирование четкого, концептуального подхода к проблеме. Действующее законодательство также содержит много пробелов и противоречий относительно рассматриваемого института. Указанными причинами во многом и обусловлен интерес к данному вопросу.

Согласно ст. 6 Бюджетного кодекса РФ, доходы бюджета представляют собой денежные средства, поступающие в бюджет, за исключением средств, являющихся источниками финансирования дефицита бюджета. Иными словами, доходы – это денежные средства, поступающие в безвозмездном порядке в соответствии с бюджетным и налоговым законодательством России в распоряжение федеральных органов го-

сударственной власти. Бюджетный кодекс в ст. 41 указывает на неналоговые доходы через простое перечисление, не раскрывая их особенностей и механизма поступления в бюджет. Задача настоящей работы – выявить эти особенности.

В современной финансово-правовой науке вопросам неналоговых доходов уделяется недостаточное внимание. В учебниках по финансовому праву упор делается на изучение налоговых доходов, неналоговым посвящено 1–2 параграфа. Исключение составляет учебник под редакцией профессора М. В. Карасёвой, в котором неналоговые доходы проработаны достаточно подробно¹.

В настоящее время нет четкой научно обоснованной концепции, позволяющей разграничить налоговые и неналоговые доходы. Вполне возможно, что такое положение вызвано тем, что еще с советского периода законодательство о неналоговых доходах не отличается четкостью и системностью. В современной финансово-правовой науке определены следующие характерные признаки неналоговых доходов: их уплата не зависит от дохода плательщика и не связана с результатами его хозяйственной деятельности; они уплачиваются до обращения плательщика к определенному органу власти; носят, как правило, не односторонний, а двусторонний возмездный или компенсационный характер; имеют в своем большинстве целевой характер, т.е. частично-целевое назначение; фактом возникновения правоотношений относительно уплаты платежей может быть волеизъявление самого плательщика; стороной в правоотношениях по поводу уплаты платежа может выступать и неспециализированный финансовый орган; платежное обязательство плательщика возникает лишь в момент обращения к органу государственной власти или бюджетному учреждению и прекращается в момент уплаты². С изложенными признаками можно согласиться, но с оговор-

¹ См.: Финансовое право Российской Федерации : учебник / отв. ред. М. В. Карасёва. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 437–462. (Автор соответствующих глав – канд. юрид. наук. В. В. Стрельников.)

² См.: *Левкович В. В.* Поняття і правова природа неподаткових доходів // *Вісник Львівського університету. Сер.: Юридична.* 2001. Вип. 36. С. 276–280.

кой, поскольку они присущи большинству, но не всем неналоговым доходам.

Сегодня построению стройной, научно обоснованной концепции неналоговых доходов препятствует несколько обстоятельств³. Неналоговые доходы весьма неоднородны. Среди них есть обязательные платежи, по своей природе близкие к налогам и сборам (таможенная пошлина, плата за загрязнение окружающей среды), обязательные платежи как меры уголовного и административного наказания, а также добровольные платежи, взимаемые в соответствии с гражданским, земельным, лесным, водным законодательствами (доходы от проведения аукционов, доходы от приватизации и аренды государственного и муниципального имущества, от платных услуг). Соответственно, в большинстве своем, обязанность уплаты неналоговых платежей возникает не из финансовых, а из иных правоотношений. Исключения составляют таможенная пошлина, таможенные сборы, лицензионные сборы на производство и оборот этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и страховые взносы на обязательное страхование, которые уплачиваются в соответствии с нормами финансового права. Получается, что регулирование неналоговых платежей охвачено нормами разных отраслей права.

Кроме того, внесение в бюджет неналоговых платежей регулируется многочисленными нормативными актами различной отраслевой принадлежности, в силу чего какая-либо их унификация вряд ли возможна. Например, взимание такого вида неналогового дохода, как штраф, регламентируется гражданским, гражданско-процессуальным, арбитражно-процессуальным, административным, уголовным, уголовно-исполнительным, уголовно-процессуальным законодательствами, что делает невозможным объединение в каком-либо одном нормативном правовом акте всего «штрафного» законодательства.

Неналоговые доходы достаточно многообразны. Само по себе многообразие – это неплохо, но оно порождает ряд про-

³ См.: Стрельников В. В. Налоговое право и право «неналоговых доходов» // Бюджетное право Российской Федерации : ежегодник : 2006 / под общ. ред. С. В. Запольского, Д. М. Щёкина ; Международная ассоциация финансового права. М., 2007. С. 135–137.

блем. Во многих случаях видны отсылочные нормы, которые содержатся в Трудовом кодексе РФ, федеральных законах «Об основах обязательного социального страхования», «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» и «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации». Однако в ряде случаев применение Налогового кодекса РФ объективно невозможно. Например, нельзя зачесть излишне уплаченный уголовный или административный штраф в счет будущих штрафов.

Некоторые авторы указывают на то, что неналоговые платежи обязательного характера отличаются от налогов определенной возмездностью, так как их взимание обуславливается предоставлением плательщику права на занятие той или иной деятельностью, получение услуг со стороны государства, имеющих юридическое значение, пользование государственным имуществом. Следовательно, можно требовать совершения государственными органами действий, связанных с платежами. С нашей точки зрения, подобный критерий не всегда позволяет четко разграничить налоговые и неналоговые доходы.

Действующее налоговое и бюджетное законодательство содержит исчерпывающий перечень налоговых доходов, чего нельзя сказать о неналоговых. Определение неналоговых доходов в бюджетном законодательстве построено на методе исключения. Примерный перечень неналоговых доходов бюджетов содержится в п. 3 ст. 41 Бюджетного кодекса РФ и не является закрытым, что говорит о возможности появления впоследствии их новых видов.

Неналоговые доходы можно классифицировать по нескольким основаниям. Например, по признаку обязательности их уплаты неналоговые доходы подразделяются на добровольные и обязательные платежи. Поступления неналоговых доходов в виде добровольных платежей во многом зависит от эффективности собственной экономической деятельности государственных и муниципальных органов. К добровольным платежам относятся доходы от использования и продажи государственного и муниципального имущества, проведения лотерей, самообложения.

По признаку возмездности можно выделить безвозмездные и возмездные платежи. Если платеж возмездный, то между государством и плательщиком возникает правоотношение, по которому государство обязуется в лице своих органов совершить определенные действия в пользу плательщика, а он, в свою очередь, обязан произвести этот платеж. Следовательно, плательщик может требовать от государства выполнения определенных действий, например, платы за проведение государственного технического осмотра транспортных средств. Что касается платежей, которые не обладают признаком возмездности, то к таким относятся меры имущественных наказаний, налагаемых на правонарушителей.

К неналоговым доходам относятся и средства обложения граждан, под которыми понимается форма добровольного участия населения в удовлетворении своих социальных и культурно-бытовых нужд. Некоторые авторы полагают, что институт самообложения граждан в границах муниципальных образований требует квалификации в качестве налогов. Однако в действующей редакции п. 3 ст. 41 Бюджетного кодекса РФ прямо указано, что средства самообложения граждан являются видом неналоговых доходов, – и это потому, на наш взгляд, что их порядок взимания не устанавливается законом, а определяется самими гражданами.

В связи с изложенным можно сделать вывод о том, что законодательство о неналоговых доходах государства, как комплексное образование, включает в себя институты межбюджетного правового регулирования, в котором нашли отражение нормы о неналоговых доходах на федеральном уровне и на уровне субъектов РФ.

А. Ю. Смотров

**КРЕСТЬЯНСКОЕ (ФЕРМЕРСКОЕ) ХОЗЯЙСТВО
КАК СУБЪЕКТ ТРУДОВОГО ПРАВА**

Федеральный закон № 90-ФЗ от 30 июня 2006 г. существенно расширил и изменил ст. 20 Трудового кодекса РФ, устанавливающую стороны трудовых отношений. В частности, впервые на законодательном уровне выделены категории физических лиц, которые могут выступать в настоящее время в качестве работодателей. Данные категории разделены на две большие группы: 1) работодатели – индивидуальные предприниматели; 2) работодатели – физические лица, не являющиеся индивидуальными предпринимателями.

К первой группе законодатель относит индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица, частных нотариусов, адвокатов, учредивших адвокатские кабинеты, иных лиц, чья профессиональная деятельность в соответствии с федеральными законами подлежит государственной регистрации и (или) лицензированию, вступивших в трудовые отношения с работниками в целях осуществления указанной деятельности (при этом подчеркивается, что в том случае, если физические лица вступили в трудовые отношения с работниками в целях осуществления соответствующей деятельности без государственной регистрации и (или) лицензирования, они не освобождаются от выполнения обязанностей работодателя).

Ко второй группе российский законодатель отнес физических лиц, вступающих в трудовые отношения с работниками в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства.

Тем не менее деление физических лиц – работодателей в ст. 20 Трудового кодекса РФ представляется не совсем точным. В частности, не все категории данных лиц, обозначенных нормативно как работодатели – индивидуальные предприниматели, ими фактически являются (нотариус, адвокат и иные лица, осуществляющие профессиональную деятельность). Кроме того, законодатель не выделил глав крестьянских (фермерских) хозяйств, чей правовой статус отличается

определенной спецификой как взаимообусловленный функционированием самого хозяйства. Это упущение породило множество споров юристов относительно их правового положения, подробнее об этом будет указано далее. Не совсем также понятна позиция законодателя, презюмирующего незаконную деятельность физических лиц без государственной регистрации и (или) лицензирования, одновременно вступающих в трудовые отношения с работниками, за что должна наступать юридическая ответственность, и чего в принципе не должно быть в интересах, прежде всего, самих работников.

На наш взгляд, более удачной была бы следующая классификация работодателей – физических лиц в зависимости от цели их деятельности:

1) работодатели – физические лица, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица;

2) работодатели – физические лица, вступившие в трудовые отношения в целях осуществления профессиональной деятельности;

3) работодатели – физические лица, вступившие в трудовые отношения в целях личного обслуживания и помощи по ведению домашнего хозяйства.

К первой группе относились бы индивидуальные предприниматели, зарегистрированные в установленном законом порядке.

Ко второй группе следует отнести адвокатов, учредивших адвокатские кабинеты, нотариусов, аудиторов, частных охранников, частных детективов и иных лиц, но при обязательной государственной регистрации и (или) лицензировании. Спорным остается вопрос о правовом положении главы крестьянского (фермерского) хозяйства. Представляется целесообразным его отнесение к данной группе¹.

Третью группу составляют лица, чей труд используется в личном потребительском хозяйстве (няня, гувернантка, садовник, личный водитель и т.д.). Следует отметить, что су-

¹ См.: Зайцева О. Б. Трудовая правосубъектность как правовая категория : монография. Оренбург, 2006. С. 218.

пеществуют и другие мнения относительно классификации работодателей – физических лиц.

Некоторые авторы особенно подчеркивают специфику правового положения крестьянского (фермерского) хозяйства. В частности, И. Д. Еналеева, Н. В. Мзюн указывают, что юристы-практики выделяют три основные группы граждан, имеющих официальный статус работодателя:

1) лица, привлекающие работников по договорам для обслуживания своего личного потребительского хозяйства, своего быта. Речь здесь идет о помощи в уходе за несовершеннолетними детьми или больными членами семьи, об оказании технической помощи в литературной и иной творческой деятельности, т.е. работа на дому;

2) лица, занятые предпринимательской деятельностью;

3) главы крестьянских (фермерских) хозяйств².

Следовательно, некоторые авторы считают необходимым выделить глав крестьянских (фермерских) хозяйств в отдельную категорию работодателей. Существование различных мнений относительно положения глав крестьянских (фермерских) хозяйств можно объяснить наличием множества неясностей относительно их правового статуса.

Для наиболее полного уяснения особенностей правового положения крестьянских (фермерских) хозяйств рассмотрим более подробно статус главы крестьянского (фермерского) хозяйства как самостоятельного сельскохозяйственного товаропроизводителя.

Правовое положение крестьянского (фермерского) хозяйства определяется Гражданским кодексом РФ (ст. 23, 257 и др.), а также Федеральным законом от 11 июня 2003 г. № 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»³. В соответствии со ст. 1 указанного Закона крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой объединение граждан, связанных родством и (или) свойством, имеющих в общей собственности имущество и совместно осуществляющих производственную и иную хозяйственную деятельность (производство, переработ-

² См.: Еналеева И. Д., Мизюн Н. В. Справочник работодателя // Трудовое право. 2005. № 7–8. С. 17.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 24. Ст. 2249.

ку, хранение, транспортировку и реализацию сельскохозяйственной продукции), основанную на их личном участии.

Главой фермерского хозяйства является один из его членов по соглашению членов хозяйства. Если фермерское хозяйство создано одним гражданином, он является главой фермерского хозяйства.

Закон устанавливает, что фермерское хозяйство осуществляет предпринимательскую деятельность без образования юридического лица и считается созданным со дня его государственной регистрации в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Гражданский кодекс РФ содержит положение, согласно которому с момента государственной регистрации глава крестьянского (фермерского) хозяйства признается индивидуальным предпринимателем.

Таким образом, нормы права о государственной регистрации субъекта, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, когда речь идет о фермерском хозяйстве, противоречивы. По сути, законодатель говорит о государственной регистрации крестьянского (фермерского) хозяйства, однако в результате такой регистрации статус индивидуального предпринимателя получает глава фермерского хозяйства.

Это не единственная проблема, возникающая при детальном рассмотрении правового статуса главы крестьянского (фермерского) хозяйства. Существует множество различных точек зрения относительно того, кто является работодателем в фермерском хозяйстве.

Г. В. Казакова полагает, что «глава фермерского хозяйства представляет собой идеальный образ работодателя – физического лица, поскольку он способен иметь соответствующие права и обязанности, т.е. обладает работодательской правоспособностью; уполномочен приобретать их своими действиями, т.е. является дееспособным; способен нести ответственность за ненадлежащее исполнение обязательств, так как гарантии предоставляет фермерское хозяйство»⁴.

⁴ Казакова Г. В. Проблемы правосубъектности работодателя : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 19.

Эту же позицию занимают А. Б. Канунников, М. А. Гостева. Они отмечают, что при заключении трудового договора с работодателем – физическим лицом, в том числе с главой фермерского хозяйства, работник обязуется выполнять не запрещенную законом работу, определенную этим договором⁵.

М. Ю. Тихомиров утверждает, что трудовые отношения в хозяйстве регламентируются трудовым законодательством с учетом того обстоятельства, что глава хозяйства является работодателем – физическим лицом и, согласно п. 2 ст. 23 Гражданского кодекса РФ, признается предпринимателем⁶.

Ю. П. Орловский также отмечает, что к работодателям – индивидуальным предпринимателям можно отнести глав крестьянских (фермерских) хозяйств⁷.

Таким образом, большинство авторов считают, что работодателем в отношении наемных работников выступает глава крестьянского (фермерского) хозяйства⁸.

Противниками признания главы фермерского хозяйства работодателем по отношению к другим членам хозяйства выступают Т. Левадная и С. В. Разгулин⁹. И. Д. Юцковская так-

⁵ См.: Канунников А. Б., Гостева М. А. Особенности правового регулирования труда в крестьянском (фермерском) хозяйстве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Тихомиров М. Ю. Комментарий к Федеральному закону «О крестьянском (фермерском) хозяйстве». М., 2004. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁷ См.: Комментарий к Трудовому кодексу РФ / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2002. С. 623.

⁸ См.: Петров А. КЗоТ устарел, необходимы срочные поправки // Рос. юстиция. 1998. № 6. С. 23; Крапивин О. М., Власов В. И. Расследование и учет несчастных случаев на производстве : цикл материалов из трех частей // Гражданин и право. 2006. № 8–10; Сошникова Т. А. Некоторые проблемы определения правового статуса работника и работодателя // Законодательство и экономика. 2005. № 12. Доступ из справ.-правовой системы «Гарант».

⁹ См.: Левадная Т. Вопрос : каков порядок налогообложения доходов главы крестьянского (фермерского) хозяйства (КФХ) по истечении пяти лет с года регистрации КФХ, когда утрачивается право на льготу, которая была предусмотрена подпунктом «ш» пункта 1 статьи 3 Закона Российской Федерации «О подоходном налоге с физических лиц»? // Финансовая газета. Региональный выпуск. 2001. № 16; Разгулин С. В. Налог на доходы физических лиц, единый социальный налог и страховые

же считает работодателем не главу, а само фермерское хозяйство¹⁰. Аналогичной позиции придерживается Н. Н. Мельников. Он отмечает, что наемные работники трудятся не в интересах главы, а в интересах хозяйства в целом и их деятельность направлена на достижение прибыли всего фермерского хозяйства, а эта прибыль принадлежит всем членам крестьянского (фермерского) хозяйства. Вознаграждение (зарботная плата) за труд (оказанные услуги) и налоги выплачиваются за счет общего имущества всех членов хозяйства. Трудно представить ситуацию, когда каждый из участников крестьянского (фермерского) хозяйства согласно установленным долям рассчитывается с наемными работниками либо контрагентами хозяйства¹¹.

К. Н. Гусов также подчеркивает, что нормы главы 48 Трудового кодекса не относятся к крестьянским (фермерским) хозяйствам. Стороной трудовых отношений с наемными работниками в таком хозяйстве является оно само в лице главы этого хозяйства, который имеет право принимать на работу в фермерские хозяйства работников и увольнять их¹².

Однако следует отметить, что Закон от 11 июня 2003 г. предоставляет право крестьянским (фермерским) хозяйствам, созданным в качестве юридических лиц в соответствии с Законом РСФСР от 22 ноября 1990 г. № 348-1 «О крестьянском (фермерском) хозяйстве», сохранить статус юридического лица на период до 1 января 2013 г. В связи с этим мнение Тихомирова представляется наиболее корректным. Он полагает, что если крестьянское (фермерское) хозяйство действует без образования юридического лица, то работодателем является глава фермерского хозяйства. Если хозяйство сохранило статус юридического лица, то работодателем будет само хозяйство¹³.

взносы на обязательное пенсионное страхование в 2002 году // Аудиторские ведомости. 2002. № 9.

¹⁰ См.: Юцковская И. Д. Учет оплаты труда и прочих расчетов с персоналом // Финансовые и бухгалтерские консультации. 2002. № 5.

¹¹ См.: Мельников Н. Н. Правовое регулирование труда в крестьянском (фермерском) хозяйстве по законодательству России и стран СНГ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² См.: Гусов К. Н. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. М., 2008.

¹³ См.: Тихомиров М. Ю. Указ. соч.

На наш взгляд, работодателем в фермерском хозяйстве, не имеющем статуса юридического лица, действительно является глава. Хотя на законодательном уровне четкого ответа на этот вопрос нет, на практике именно глава фермерского хозяйства осуществляет прием на работу в фермерское хозяйство работников и их увольнение, ставится на учет в налоговых органах и внебюджетных фондах. Глава крестьянского хозяйства обязан обеспечить безопасные условия труда для членов своего хозяйства и граждан, заключивших договор об использовании их труда. Поэтому труд работников, работающих в крестьянском (фермерском) хозяйстве, регулируется с учетом особенностей, предусмотренных главой 48 Трудового кодекса РФ.

Следующая проблема заключается в том, что довольно трудно определить, с кем же глава крестьянского (фермерского) хозяйства вступает в трудовые отношения в качестве работодателя. Это происходит из-за того, что нет четкого разграничения членов хозяйства и наемных работников. В связи с отсутствием надлежащего правового регулирования происходит смешивание понятий «член фермерского хозяйства» и «наемный работник».

Представляется, что наемные работники и члены фермерского хозяйства – это две различные группы. Участие этих двух категорий физических лиц в деятельности фермерского хозяйства имеет правовые сходства и различия. Прежде всего, члены фермерского хозяйства и наемные работники участвуют в работе своим личным трудом. При этом для члена фермерского хозяйства личное участие трудом является условием членства в хозяйстве, т.е. фактической юридической обязанностью, которая должна быть в этом качестве отражена в соглашении о создании фермерского хозяйства. Для работника, принятого на работу в фермерское хозяйство, это реализация своего права на труд, который каждый свободно выбирает или на выполнение которого свободно соглашается. В первом случае правовая природа отношений личного участия в деятельности хозяйства в виде членства в фермерском хозяйстве имеет основой гражданско-правовую процедуру, так как опосредуется объединением определенного имущества и (или) приемом в члены хозяйства. Во втором случае работник вступает в трудовые отношения и обязан лично выполнять

трудовую функцию, определенную заключенным трудовым договором, и соблюдать действующие правила внутреннего трудового распорядка¹⁴.

При этом перед авторами возникает вопрос о возможности заключения трудовых договоров с членами крестьянского (фермерского) хозяйства. Представляется, что на данный вопрос следует ответить утвердительно. Этому мнению придерживаются Канунников и Гостева, которые указывают, что право гражданина быть членом фермерского хозяйства не противоречит его праву заключать со своим хозяйством трудовой договор, дополнив гражданско-правовые отношения трудовыми. Главное, чтобы трудовые отношения в этом случае возникли на основе взаимного согласия главы фермерского хозяйства как работодателя и самого члена фермерского хозяйства. Подчеркнем, что возникновение таких двойственных правовых отношений – дело сугубо добровольное и служит дополнительной правовой основой для организации производства и управления трудом членов фермерского хозяйства¹⁵.

Однако существует и противоположная позиция. Некоторые авторы полагают, что законодательство запрещает членам КФХ вступать с его главой в трудовые отношения в качестве наемных работников на основании трудового договора¹⁶.

Определив, что работодателем в фермерском хозяйстве выступает глава, следует перейти к следующему вопросу. А именно – решить, следует ли относить его к работодателям – индивидуальным предпринимателям.

Законодатель наделяет главу крестьянского (фермерского) хозяйства статусом индивидуального предпринимателя, однако деятельность главы, а также труд наемных работников направлены на обеспечение деятельности всего хозяйства. В связи с этим мы считаем, что главу фермерского хозяйства не следует объединять в одну группу с работодателями – индивидуальными предпринимателями.

На отличие деятельности крестьянского (фермерского) хозяйства от индивидуального предпринимательства указыва-

¹⁴ См.: Канунников А. Б., Гостева М. А. Указ. соч.

¹⁵ См.: Там же.

¹⁶ См.: Мельников Н. Н. Указ. соч.

ли многие авторы. Например, В. С. Белых отмечал, что крестьянское (фермерское) хозяйство представляет собой коллективное предпринимательство (но без статуса юридического лица) и надо проводить разграничение между статусом главы крестьянского (фермерского) хозяйства и статусом индивидуального предпринимателя¹⁷.

Работодательская правосубъектность главы крестьянского (фермерского) хозяйства косвенно следует из Постановления Правительства РФ от 16 октября 2003 г. № 630 «О едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей, правилах хранения в единых государственных реестрах юридических лиц и индивидуальных предпринимателей документов (сведений) и передачи их на постоянное хранение в государственные архивы, а также о внесении изменений и дополнений в постановления Правительства Российской Федерации от 19 июня 2002 г. № 438 и 439». В данном Постановлении указывается, что государственная регистрация крестьянского (фермерского) хозяйства осуществляется в порядке, установленном для государственной регистрации физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей.

¹⁷ См.: *Белых В. С.* Свобода предпринимательской деятельности как конституционно-правовая категория в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004.

В. С. Соломкина

КОНСТИТУЦИОННОЕ ЗАКРЕПЛЕНИЕ ПРИНЦИПОВ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ СИСТЕМЫ

Экономика – важнейшая сфера жизнедеятельности общества, от ее состояния и степени развитости напрямую зависят стабильность, благополучие государства, выполнение его социальных обязательств. Те материальные и нематериальные блага, которые предоставляет экономика, способствуют реализации индивида во всех сферах жизни общества. В связи

с этим современные конституции закрепляют наиболее важные экономические отношения, отражающие принципиальные стороны функционирования экономики.

Действующая Конституция РФ говорит об отношениях, складывающихся в экономической сфере, достаточно лаконично. К тому же закрепленные положения не соответствуют объективным потребностям экономического развития государства¹. Фактически им посвящены только ст. 8, закрепляющая экономические основы конституционного строя и формы собственности, ст. 9 регламентирующая формы собственности на землю и другие природные ресурсы, ст. 34–37, отражающие экономические права человека и гражданина, ст. 74, раскрывающая принцип единства экономического пространства².

Конституции большинства зарубежных стран, принятые в последней четверти XX в., уделяют гораздо большее внимание экономической сфере. Некоторые из них, такие как Португальская, Итальянская, Швейцарская, Испанская и Бразильская, содержат специализированные главы и разделы³.

Очень интересной в связи с этим представляется Конституция Португалии, обеспечивающая комплексное регулирование экономической сферы: в ней содержатся основные принципы экономической системы, основы государственной политики в хозяйственной сфере, планирования, нормы, посвященные планированию, сельскому хозяйству, промышленности и торговле, а также основам финансовой системы. Этот документ, помимо частной и государственной, выделяет также кооперативную и общественную формы собственности (ст. 80)⁴.

В Конституциях Италии, Германии, Испании и Бразилии получила отражение социальная функция собственности, которая предполагает обязывающий характер, служение не только личному, но и одновременно общему благу, соци-

¹ См.: *Бутусова Н. В.* Конституционно-правовой статус Российского государства. Воронеж, 2006. С. 216.

² См.: Конституция Российской Федерации. М., 1993.

³ См.: *Окуньков Л. А.* Конституции государств Европы : в 3 т. М., 2001. Т. 3. С. 132; Конституции зарубежных стран : сборник / сост. В. Н. Дубровин. М., 2008. С. 73–75, 109–112, 225–227, 357–360.

⁴ См.: *Окуньков Л. А.* Указ. соч. Т. 3. С. 131–136.

альную ответственность собственника. Социальная функция собственности находит свое проявление и в процедуре экспроприации имущества, которое может быть отчуждено, исходя из целей «общественной полезности» и «социальных интересов».⁵ Конституции Португалии, Испании и Бразилии гарантируют государственную поддержку сельского хозяйства, предусматривая кредитование, соответствие цен расходам на производство и гарантии продажи продукции сельского хозяйства, стимулирование развития научных исследований и технологии и т.д. (ст. 187 Основного закона Бразилии). Все упомянутые конституции также закрепляют принцип защиты потребителя. Конституция Испании гарантирует заботу о защите экономических и социальных прав испанских трудящихся за рубежом и проводит политику, направленную на их возвращение (ст. 42)⁶.

Думается, что подобные положения должны быть предусмотрены и в российской Конституции. Этот документ должен наиболее полно отражать существующий экономический порядок, содержать принципиальные положения, касающиеся хозяйственной сферы.

Помимо зарубежного опыта, стоит обратиться к своему собственному – советскому. Основной закон РСФСР 1978 г. содержал такие главы, как «Экономическая система», «Государственный план экономического и социального развития РСФСР» и «Государственный бюджет РСФСР». С учетом изменений вследствие перехода к рыночным отношениям Конституция 1978 г. содержала исчерпывающий перечень форм собственности, имущество не могло использоваться в целях, противоречащих интересам общества, правам и свободам других граждан⁷.

По нашему мнению, в настоящее время необходимость конституционной реформы стала очевидной для всех. В процессе конституционного реформирования экономики необходимо помнить о первостепенной задаче науки и практики в XXI в.:

⁵ См.: Конституции зарубежных стран. С. 75, 132, 208, 290.

⁶ См.: Там же. С. 210, 291.

⁷ Конституция (Основной закон) Российской Федерации – России от 12 апреля 1978 г. (в ред. от 10.12.1992 г.) // Свод законов РСФСР. 1998. Т. 1.

«сделать социальную действительность адекватной естественным (прежде всего, биосферным) законам»⁸. Для этого требуется воплощение в жизнь концепции устойчивого развития, идея которой активно продвигалась в начале нового столетия. Устойчивое развитие предполагает существование цивилизации в гармонии с природой, а это означает и переориентацию экономики на экологические рельсы развития. Природные ресурсы и энергия должны использоваться эффективно и рационально, за счет берегающих и безопасных технологий, на основе научно-обоснованной модели экономического развития⁹.

Представляется необходимым закрепление в новой редакции экономической функции государства, находящей отражение в экономической политике. Следует выделить две специализированные главы, посвященные экономической и финансовой системам. По-видимому, в одной из них должны быть отражены вопросы планирования, государственного регулирования в отдельных отраслях и секторах хозяйства, закреплены основные цели и принципы развития промышленности и сельского хозяйства, торговли, а также определены основные подходы для решения наиболее острых проблем в социально-экономической сфере.

⁸ См.: Бутусова Н. В. Указ. соч. С. 8.

⁹ См.: Стратегия и проблемы устойчивого развития России в XXI веке / под ред. А. Г. Гранберга [и др.]. М., 2002. С. 403–405.

С. О. Суркова

ПУБЛИЧНО-ПРАВОВАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ОРГАНОВ И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

В настоящее время в муниципальном праве становлению и развитию подвержен институт ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления. В науке муниципального права дискутируется вопрос о существовании так называемой «муниципально-правовой ответственности».

Есть две группы ученых, которые либо признают муниципально-правовую ответственность, либо не признают ее в качестве самостоятельного вида юридической ответственности.

Ученые, *не признающие муниципально-правовую ответственность*, в качестве аргументов приводят следующие.

Т. Д. Зражевская, рассматривая публичную ответственность местного самоуправления, считает, что так в местном самоуправлении реализуется конституционно-правовая ответственность: «конституционная ответственность есть ответственность власти, ответственность за состояние законности в правотворческой и правоприменительной деятельности государственного аппарата и его представителей»¹.

В качестве еще одного аргумента выступает то, что ни один из действующих нормативных актов о местном самоуправлении не содержит упоминания о муниципально-правовой ответственности, в отличие от уголовной, административной, дисциплинарной, материальной и гражданско-правовой ответственности². Сразу отметим, что сам по себе этот факт не может быть достаточным аргументом. Ведь конституционно-правовая ответственность, практически получившая всеобщее признание, также неизвестна действующему законодательству, но отсутствие ее нормативно-правового закрепления компенсируется официальной легализацией Конституционного Суда РФ, неоднократно признававшего наличие ее мер в различных федеральных законах.

Следующий аргумент: ни основания, ни процедура ответственности органов и должностных лиц перед населением и государством принципиально не отличаются от оснований и процедуры ответственности законодательных (представительных) органов государственной власти и высших должностных лиц (руководителей высших органов исполнительной власти) субъектов РФ³.

Между тем другая группа представителей науки муниципального права придерживается принципиально иной точки

¹ Зражевская Т. Д. Реализация конституционного законодательства : проблемы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2000. С. 39.

² См.: Князев С. Д. Конституционная ответственность в муниципальном праве : вопросы теории и практики // Журн. рос. права. 2005. № 6. С. 83.

³ См.: Там же.

зрения. Они считают, что *муниципально-правовая ответственность имеет самостоятельный статус*. Каковы же причины, позволяющие говорить о возможности существования в муниципальном праве одноименной отраслевой ответственности?

Во-первых, а что же такое муниципально-правовая ответственность? К этому виду ответственности могут быть привлечены только выборные должностные лица местного самоуправления, как правило, это главы муниципальных образований, депутаты представительных органов местного самоуправления. Можно также выделить несколько основных трактовок:

1) неблагоприятные правовые последствия за принятие органами местного самоуправления противоправного решения; ненадлежащее осуществление своих задач и функций⁴;

2) применение к соответствующему органу или лицу, совершившему правонарушение, предусмотренных законом мер принуждения в установленном порядке⁵;

3) реакция на совершенное правонарушение и обязанность правонарушителя претерпевать неблагоприятные последствия⁶.

Во-вторых, муниципальное право обладает всеми признаками самостоятельной отрасли права, характеризуется особыми отраслевыми правоотношениями, методами правового регулирования, муниципальными нормами и, как следствие, не может обходиться без собственной отраслевой муниципально-правовой ответственности⁷.

В-третьих, в качестве критериев выделения и обособления муниципально-правовой ответственности многие ученые (И. А. Алексеев, Е. В. Измайлова, А. А. Кочерга, В. О. Поно-

⁴ См.: *Кутафин О. Е.* Муниципальное право Российской Федерации : учебник. М., 2008. С. 650.

⁵ См.: *Черногор Н. Н.* Правовое регулирование юридической ответственности органов и должностных лиц местного самоуправления в Российской Федерации. М., 2006. С. 68.

⁶ См.: *Долгополова М. С.* Муниципально-правовая ответственность : проблемы правового регулирования и реализации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С. 43.

⁷ См.: *Чеботарев Г. Н.* Соотношение конституционно-правовой и муниципально-правовой ответственности в системе местного самоуправления // Рос. юрид. журн. 2002. № 4. С. 37–41.

марев, Д. А. Лисовицкий, В. С. Кашо) выделяют специальный субъект ответственности (это органы и должностные лица местного самоуправления), особую инстанцию ответственности (население) и муниципальный уровень⁸. Г. Н. Чеботарев отмечает специфические основания: муниципальные правонарушения (правонарушения, совершаемые в области муниципального управления, которые не подпадают под квалификационные признаки правонарушения ни одного из традиционных видов юридической ответственности), процедуры реализации и связанность с уставами муниципальных образований.

В основе этой дискуссии лежат изменения, внесенные в мае 2009 г. в Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Так, появилась ст. 74.1, предусматривающая введение института удаления главы муниципального образования в отставку. Безусловно, это дополнительный аргумент в пользу самостоятельности муниципально-правовой ответственности. При этом нельзя не сказать о *проблеме качества данной статьи*. Ее содержание говорит нам о том, что законодатель смешал два вида ответственности: ответственность перед населением и ответственность перед государством. Так, одним из оснований ответственности называется нецелевое расходование субвенций, выделенных на исполнение отдельных государственных полномочий.

Подобное основание должно повлечь ответственность *перед государством*, однако решение об удалении в отставку принимается органом местного самоуправления, который не входит в систему органов государственной власти. С другой стороны, высшее должностное лицо субъекта РФ – орган государственной власти – может инициировать удаление в отставку мэра за неисполнение полномочий по решению вопросов местного значения, что должно составлять основание наступления ответственности перед населением. Однако, поскольку окончательное решение принимается представительным органом муниципального образования, представляющего интересы населения муниципального образования,

⁸ См.: Кашо В. С. О критериях выделения муниципально-правовой ответственности // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 2. С. 61–63.

данный вид ответственности должен рассматриваться как *ответственность перед населением*.

Считаем участие государственных органов в отрешении главы муниципального образования от должности за ненадлежащее решение вопросов местного значения недопустимым, поскольку это означает их вмешательство в деятельность органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения, что не соответствует ст. 12, гл. 8 Конституции РФ⁹.

Освещая данный вопрос, нельзя не сказать о *правоприменительной практике*, которая свидетельствует, что процедура, предусмотренная ст. 74.1, применялась около 10 раз.

Первое удаление главы муниципального образования в отставку состоялось в ЗАТО Озерск (Челябинская область) 1 июня 2009 г. Основанием послужило то, что депутаты – по итогам 2007 и 2008 гг. – отказались принимать годовые отчеты мэра. Причем годом раньше отчет за 2007 г. был принят этим же составом депутатов. Прокурор Челябинской области сразу обратил внимание на допущенные нарушения: во-первых, выставили два «неуда» Ч. еще до того, как поправки к закону вступили в силу; во-вторых, депутаты рассматривали вопрос об отставке в отсутствие заинтересованного лица. Решением Озерского городского суда решение Собрании депутатов Озерского городского округа об удалении в отставку главы Озерского городского округа Ч. признано незаконным и отменено¹⁰.

Среди последних – решение городского Совета депутатов Сергиева Посада (Московская область) от 23 декабря 2010 г., которым удален в отставку мэр города. В вину ему вменяются: длительное и систематическое неисполнение своих обязанностей, неисполнение федеральных законов, решений Совета депутатов и норм местного устава. Главой города не публиковались должным образом нормативные документы и муниципально-правовые акты, даже такие важные, как бюджет.

Поскольку дискуссия ведется, а включение ст. 74.1 является еще одним импульсом к обособлению муниципально-пра-

⁹ См.: Заключение Европейского клуба экспертов МСУ // Местное самоуправление. 2009. № 4.

¹⁰ См.: Шугрина Е. С. Совет Европы рекомендует отменить институт удаления глав муниципальных образований в отставку // Муниципальная служба. 2011. № 1. С. 2.

вовой ответственности, представляется необходимым, чтобы в законодательстве нашли отражение следующие положения:

1. Разработать понятийный аппарат: понятие муниципально-правовой ответственности, объект муниципально-правовой ответственности, муниципальное правонарушение, субъект муниципального правонарушения, меры муниципально-правовой ответственности.

2. Установить виды санкций, в частности, такие меры, как вынесение предупреждения выборному органу или должностному лицу местного самоуправления, временное отстранение от должности выборного должностного лица местного самоуправления населением муниципального образования.

3. Определить перечень оснований применения санкций муниципально-правовой ответственности для большинства потенциальных субъектов муниципального правонарушения.

4. Установить механизм применения мер муниципально-правовой ответственности к каждой категории субъектов муниципального правонарушения.

Что ж, ученые активно обсуждают, правоприменительная практика есть. И если законодательство и дальше будет развиваться в том же направлении, если будет происходить дальнейшее совершенствование текста закона и юридической конструкции, то встанет вопрос о выделении муниципально-правовой ответственности.

Т. А. Суханова

**СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ОСНОВНЫХ
ИНСТИТУТОВ КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА
В РОССИИ И СТРАНАХ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ
(НА ПРИМЕРЕ БРАЗИЛИИ, АРГЕНТИНЫ И ВЕНЕСУЭЛЫ)**

Ввиду постоянного изменения и развития правовых систем представляются необходимыми исследование и сравнение основных институтов конституционного права разных стран с целью совершенствования законодательства Российской Федерации. Выбранные страны оптимально подходят для анализа: Аргентина, Бразилия и Венесуэла, как и Россия, являются федеративными государствами с республиканской формой прав-

ления, поэтому их сравнение интересно для выявления общетеоретических проблем, связанных с основами общественного и государственного строя, а также основами конституционного строя в целом. Сравнение конституций было проведено по следующим основным конституционно-правовым институтам: 1) права и свободы человека и гражданина, 2) федеративное устройство государств, 3) форма правления.

Поскольку сущность любой конституции состоит в отражении баланса социальных интересов в конкретном государстве на конкретный исторический период, считаем, что одной из наиболее важных частей конституции является гарантия основных прав и свобод граждан.

С одной стороны, Конституция Федеративной Республики Бразилия¹, Конституция Аргентинской Нации², Конституция Боливарианской Республики Венесуэла³, как и Конституция Российской Федерации⁴, характеризуются такими основными принципами, как: народовластие, суверенитет, политический и идеологический плюрализм, уважение достоинства личности и некоторые другие. С другой стороны, конкретно-исторические условия принятия конституций, обстановка в обществе, а также геополитический фактор сказались на содержании их норм. Представленные конституции можно условно разделить на три уровня по объему закрепленных в каждой из них прав, свобод и гарантий человека и гражданина:

1. Конституция Аргентины с минимальным набором прав и гарантий: не только невелико количество урегулированных прав и свобод, но даже отсутствует отдельная глава (раздел), посвященная этому вопросу.

2. Конституции России и Венесуэлы: закреплены лишь самые основные права и свободы; все дополнительные гарантии регулируются отраслевым законодательством.

¹ См.: Конституции зарубежных стран : сборник / сост. В. Н. Дубровин. М., 2008.

² См.: Аргентинская Республика. Конституционный строй. Права человека. Выборы / Н. М. Миронов. М., 2007.

³ URL: <http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/059.pdf>

⁴ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

3. Конституция Бразилии, имеющая наиболее обширный перечень прав, свобод и гарантий, которым посвящено 2 раздела и 13 глав. Уделяя большое внимание правовому положению в государстве всего общества в целом, Конституция не оставляет «в стороне» коренной народ, которому отведена отдельная глава. Интересным также является тот факт, что государство обращает внимание на проблемы семьи, детства, юношества, пожилого возраста, окружающей среды, социальной коммуникации и многие другие, прямо закрепляя подобные нормы на уровне Основного закона государства.

В результате представляется любопытным, какой же из указанных объемов закрепленных прав, свобод и гарантий является наиболее оптимальным для конституции? Явно, что конституция, являясь гарантом как для всего общества в целом, так и для каждого человека в отдельности, должна закреплять, по крайней мере, основные права и свободы. Именно поэтому, на наш взгляд, Конституция Аргентины нуждается в совершенствовании, особенно в данной сфере. Что же касается максимального объема прав и свобод, такое их закрепление не может быть оценено однозначно. С одной стороны, они чрезмерно расширяют объем конституции (особенно в связи с их детализацией, включением в конституцию разного рода условий и оговорок); но с другой – эти положения (а не вопросы структуры высших органов государства) жизненно важны для широких слоев населения: определенность их решения в конституции представляет собой значительные юридические гарантии⁵. Однако следует отметить, что конституционные гарантии прав личности действительны только тогда, когда они закреплены не только (и не столько) в тексте Основного закона, сколько в развернутой системе устоявшихся процедурных правил, которые на практике реализуют жизненность этих конституционных гарантий⁶.

Тем не менее, думается, содержание столь обширного перечня прав не является «минусом», поскольку свидетельствует о степени важности для государства вопросов, урегулированных конституцией, а именно прав и свобод человека и гражданина. Ведь каждый закон, все ветви власти создаются

⁵ См.: Чиркин В. Е. Конституционное право зарубежных стран. М., 1997. С. 542.

⁶ См.: Мишин А. А. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2001. С. 30.

и действуют как ради отдельного гражданина, так и для всего общества в целом⁷. Именно поэтому один из важнейших конституционных принципов – приоритет прав и свобод человека и гражданина.

В связи с этим Основной закон России можно дополнить более подробным регулированием социально-экономических прав и свобод граждан. Так, более детально следует урегулировать права, свободы и гарантии семьи, детства, юношества, людей пожилого возраста. Кроме того, в Конституции России нужно больше внимания уделить вопросам социального обеспечения, окружающей среды и социальной коммуникации.

Следующий важный вопрос, урегулированный нормами представленных конституций, – это федеративное устройство государства. Конституции всех четырех стран относят свое государство к федеративному, с республиканской формой правления, поэтому больших различий в данном аспекте между конституциями не имеется. Различия же связаны, как правило, с политическим влиянием в государстве в период формирования той или иной конституции.

Однако отдельно следует упомянуть об институте федеральной интервенции. Принципы разграничения полномочий между федеральной властью и властью субъектов Федерации, закрепленные в конституциях, схожи. Конституции Бразилии, Аргентины и Венесуэлы, однако, предусматривают институт федерального вмешательства (федеральной интервенции). Так, в ст. 34 Конституции Бразилии закреплен перечень оснований для применения этой важной меры. К числу таких оснований относятся: угроза сохранению целостности государства; иностранная интервенция или интервенция одного субъекта Федерации в другой; серьезные нарушения общественного порядка, необходимость обеспечения деятельности ветвей власти в субъектах Федерации; грубое посягательство на финансовые интересы Федерации; обеспечение действия федеральных законов или судебных решений на территории субъекта; обеспечение конституционных основ государственного строя⁸. Конституция Аргентины предусматривает возможность вмешательства федерального Правительства в дела провинций для предотвра-

⁷ Приятно отметить, что данное положение закреплено в ст. 18 Конституции РФ.

⁸ См.: Иностранное конституционное право / под ред. В. В. Маклакова. М., 1996. С. 351.

пления нарушений республиканской формы правления; вследствие этого главы провинций часто исполняют роль простых проводников политики Президента. Кроме того, в Аргентине провинции не участвуют в принятии поправок к Конституции.

В сравнении с указанными нормами латиноамериканских конституций Конституция РФ содержит слишком общую и расплывчатую формулировку: Российская Федерация обеспечивает целостность и неприкосновенность своей территории (ч. 3 ст. 4); Президент и Правительство РФ обеспечивают в соответствии с Конституцией РФ осуществление полномочий федеральной государственной власти на всей территории РФ (ч. 4 ст. 78). Полагаем, столь важная процедура федерального вмешательства должна быть более детально регламентирована Основным законом РФ. Необходимо уточнить основания и порядок применения данной процедуры.

Конституция любого государства предусматривает нормы, связанные с организацией государственной власти. Различия между конституциями стран Латинской Америки и Конституцией РФ в данном аспекте существенны. Прежде всего, это связано с тем, что в России Президент не относится ни к одной из ветвей власти, а в Бразилии, Аргентине и Венесуэле – принадлежит к исполнительной ветви. Имеются и другие отличия. *В системе высших органов государственной власти латиноамериканских стран ведущая роль традиционно принадлежала и принадлежит Президенту и возглавляемому им Правительству.* Президентская **власть** фактически определяет функционирование не только системы государственных органов, но и всей политической системы этих стран. От того, какую политическую линию проводит тот или иной Президент, во многом зависят позиция страны на международной арене, характер государственного режима и степень реализации конституционных прав и свобод граждан⁹.

В результате исследования выбранных конституций можно сделать следующий вывод. Имеющиеся специфические отличия, как и некоторые общие черты, связаны с тем, что каждая из конституций формировалась с учетом исторических, культурных, социальных и политико-экономических особенностей той или иной страны.

⁹ См.: Конституционное право зарубежных стран / под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. М., 2004.

Е. А. Сушкова

КОЛЛИЗИИ В РЕГУЛИРОВАНИИ ЗАЩИТЫ ПРАВ РЕБЕНКА

Правовое пространство современного федерального государства характеризуется наличием юридических коллизий, отражающих «столкновение» правовых норм и актов, позиций и юридических действий¹. Долгое время правовой массив конституционного законодательства оставался стабильным, противоречия между правовыми актами были не столь частым явлением. После осуществления конституционной реформы в науке появились труды, в которых исследовались общетеоретические вопросы юридических коллизий и коллизионного права, а также отдельные способы разрешения противоречий норм. Однако до сих пор, к большому сожалению, мало внимания уделяется коллизиям в регулировании защиты прав и свобод человека, еще меньше – прав и свобод ребенка.

В соответствии со ст. 2 Конституции РФ, «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». В связи с этим формулируется конституционный принцип приоритета прав и свобод человека. Однако при принятии законов он не всегда применяется в качестве основного правового начала. Коллизии в регулировании прав и свобод человека присущи и Основному закону России, и текущему законодательству.

Коллизии в праве могут иметь естественный характер, например, при возникновении противоречий в связи с действием норм во времени или пространстве, а могут быть вызваны ошибками в правотворчестве, недостатками в кодификационной работе или при формировании системы права. В настоящее время в России превалирует вторая группа причин.

Один из самых ярких примеров содержится в Конституции РФ. Это коллизия в разграничении предметов ведения и

¹ См.: Четвертакова Е. С. Способы разрешения юридических коллизий в нормативных правовых актах субъектов Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 7. С. 14.

© Сушкова Е. А., 2011

полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами в сфере защиты прав и свобод человека, причиной которой является дефект с точки зрения юридической техники. В соответствии с п. «в» ст. 71 защита прав и свобод человека и защита прав национальных меньшинств относятся к ведению Российской Федерации, а в соответствии с п. «б» ст. 72 – к совместному ведению. В связи с подобным противоречием возникает вопрос по поводу реализации указанных норм. Ведь субъекты РФ не вправе вмешиваться в предметы ведения Федерации и в то же время вправе принимать законы о предметах совместного ведения. Если исходить из принципа приоритета прав и свобод человека, то чем больше механизмов защиты прав существует в государстве, тем лучше для граждан. Практика идет по пути отнесения этого предмета к совместному ведению. В частности, в субъектах Федерации учреждаются уполномоченные по правам человека в качестве дополнительного механизма защиты прав и свобод личности².

Но человек начинается с детства, и уже в эту пору жизни он становится обладателем определенной совокупности прав. Однако до середины прошлого столетия ребенок вообще не рассматривался в качестве носителя прав. И даже в настоящее время, когда ребенок признан субъектом права, непосредственно сама законодательная защита прав и свобод ребенка мало развита и запутанна. Соответственно, проблема не изученности коллизий в законодательстве, затрагивающем регулирование защиты прав и свобод ребенка, обстоит еще более скверно. Пробелы в этой сфере права перемежаются с коллизиями.

20 ноября 1989 г. Генеральная Ассамблея ООН единогласно приняла Конвенцию о правах ребенка, закрепившую его в качестве субъекта прав. Конвенция о правах ребенка создала новую модель отношения к детям, послужила толчком для изменения положения ребенка в семье и обществе. Представляет интерес высказанное в связи с этим мнение, что «никто из современных правоведов не оспаривает более тот факт, что

² См.: *Стародубцева И. А.* Конституционный принцип приоритета прав и свобод человека : коллизии в реализации // Рос. юстиция. 2010. № 8. С. 43.

ребенок является самостоятельным носителем прав – специальным субъектом права».

Конвенция о правах ребенка, в которой Россия участвует в порядке правопреемства после СССР, имеет прямое действие на территории нашего государства, и Россия приняла на себя обязательства, предусмотренные ею, в полном объеме. Поэтому сейчас в стране проводится ряд мероприятий, направленных на то, чтобы поднять уровень жизни детей, обеспечить их правовую защищенность, и реализующих, таким образом, требования Конвенции о правах ребенка.

В конституционно-правовой плоскости важно разработать и закрепить четкие правовые гарантии, обеспечивающие защиту права детей на жизнь (в связи с вооруженными конфликтами, террористическими актами); защиту от злоупотребления свободой массовой информации, наносящей вред несовершеннолетним; государственную поддержку молодежных и детских коммерческих и религиозных организаций, молодежных и студенческих объединений, являющихся профессиональными союзами; государственную поддержку молодежных и детских объединений, учреждаемых либо создаваемых политическими партиями, на сегодняшний день выпавших из объектов государственной поддержки.

Кроме того, в конституционно-правовом поле находятся нормативные акты о гражданстве, гарантиях прав ребенка, средствах массовой информации, молодежных и детских общественных организациях, свободе совести и религиозных организациях, профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних, образовании и другие нормативные акты, содержащие нормы в сфере обеспечения прав ребенка. Вполне вероятно консолидация основных идей этих актов в Законе «О правах ребенка», что выявит дублирование и противоречия, вызовет необходимость их пересмотра и совершенствования, создаст удобство для пользования ими.

Создание ювенальной юстиции – насущная задача современной правовой политики России. Тут «столкновение» происходит не только между нормами права, но и норм с жизненными реалиями. Поэтому в подразделениях судебной власти должна осуществляться особая система судопроизводства при рассмотрении дел в отношении несовершеннолетних. И это

не просто специализированные суды по делам несовершеннолетних, а целостная система – комплекс процедур и схем влияния на подростков, их непосредственное окружение, семью и другие социальные институты. При этом данная система должна обеспечивать максимально щадящую неформальную процедуру судебного разбирательства, учитывать индивидуальные и возрастные особенности психики ребенка, а также реализовать гибкую систему мер воспитательного и восстановительного характера, способную не только защищать детей, но и решать задачи борьбы с преступностью, ее профилактики и ресоциализации оступившихся подростков. Но пакет законов по ювенальной юстиции до сих пор не принят (федеральный конституционный закон «О ювенальных судах в Российской Федерации»; федеральный закон «Об основах системы ювенальной юстиции»)³.

Кроме того, отсутствует федеральный конституционный закон «Об уполномоченном по правам ребенка», несмотря на существование Федерального конституционного закона «Об уполномоченном по правам человека». Должность Уполномоченного при Президенте РФ по правам ребенка была учреждена Указом Президента РФ от 1 сентября 2009 г. № 986 «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка». При этом Уполномоченный по правам ребенка назначается и освобождается от должности Президентом РФ, а Уполномоченный по правам человека – Государственной Думой Федерального Собрания РФ. Существование этих двух должностей без правильного нормативно-правового регулирования неизбежно приводит к проблемам: дублированию, пробелам, коллизиям в законодательстве, а тем более к реальным преградам в осуществлении защиты прав и свобод детей. В настоящее время Уполномоченным при Президенте РФ по правам ребенка является П. А. Астахов.

Существует закон Воронежской области № 101-ОЗ «О защите прав ребенка на территории Воронежской области», принятый 26 июля 1999 г., который является хорошим приме-

³ См.: *Абрамов В. И.* Права ребенка и их защита в России : общетеоретический анализ : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Саратов. гос. акад. права. Саратов, 2007.

ром конкретизации и заполнения пробелов федерального законодательства. Тем не менее, огромная масса нормативных правовых актов, вновь принятых или вносящих изменения в старые акты, порождает необходимость большего уточнения данного закона или даже пересмотра отдельных частей. К примеру, право ребенка на получение бесплатного воспитания и обучения необходимо максимально конкретизировать, чтобы у ребенка была возможность не просто получения основной базы знаний, но и многогранного развития с детства.

До настоящего времени федеральный закон «О нормативных правовых актах Российской Федерации», в котором необходимо, прежде всего, закрепить иерархию нормативных актов, не принят. В то же время коллизии возникают между нормами равной и неравной юридической силы, а коллизионные нормы, способствующие устранению данных противоречий, отсутствуют. Именно поэтому требуется скорейшее принятие указанного закона.

П. А. Сысоева

ОСОБЕННОСТИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРУДА РАБОТНИКОВ АВТОМОБИЛЬНОГО ТРАНСПОРТА

В правила регулирования трудовых отношений Трудовым кодексом РФ внесены некоторые изменения (исключения и дополнения), составившие особенности регулирования труда для отдельных категорий работников (в нашем случае работников транспорта – глава 51 Трудового кодекса РФ). Основанием для установления данных особенностей служит работа в таком специфическом виде деятельности, как транспорт. Они касаются порядка приема на работу, установления особых режимов труда и отдыха, дисциплины работников, а также установления различного вида гарантий работникам транспорта¹.

¹ См.: Корнийчук Г. А. Особенности регулирования труда отдельных категорий работников. М., 2004.

© Сысоева П. А., 2011

Вопрос, касающийся труда работников транспорта, актуален, и это вытекает из объективных причин. Каждый день, так или иначе, приходится сталкиваться с результатами труда данной категории работников (мы используем общественный транспорт в качестве передвижения, становимся участниками движения на личном транспорте наряду с маршрутными такси и т.д.).

Существующее разнообразие владельцев транспортных средств, во-первых, требует четкого правового регулирования рабочего времени и времени отдыха, так как работа транспорта протекает, как правило, в непрерывном режиме. Во-вторых, повышенные требования к исполнению работниками транспорта своих трудовых обязанностей, знанию правил дорожного движения, правил техники безопасности, технических инструкций по обслуживанию технических средств требуют надлежащего контроля и надзора за деятельностью владельцев транспортных средств.

Организация труда и отдыха работников, которые непосредственно связаны с управлением и движением транспортных средств, имеет свои особенности, обусловленные спецификой перевозок грузов и пассажиров. Их труд протекает, в основном, за пределами места нахождения транспортной организации и не может быть обеспечен непрерывным учетом и контролем, что, на наш взгляд, является неправильным и требует исправления. Также труд работников транспорта не поддается строгому нормированию из-за влияния негативных факторов: пробки, гололед, туман на дороге². Следует учесть и тот факт, что на организм работника транспорта воздействуют физическая и нервно-эмоциональная нагрузки. Вследствие этого, согласно ст. 329 Трудового кодекса РФ устанавливается, что работникам, труд которых связан с управлением транспортными средствами или управлением движением транспортных средств, не разрешается работа по совместительству, непосредственно связанная с управлением транспортными средствами или управлением движением транспортных средств³.

² См.: Вопросы трудового права. 2008. № 4. С. 60–62.

³ См.: Там же. 2009. № 10. С. 31–33.

Необходимо обратить внимание и на то, что нормальная продолжительность рабочего времени водителей не может превышать 40 часов в неделю⁴. К сожалению, на практике во многих транспортных организациях данная норма нарушается, и работник в дневное время, например, осуществляет перевозки грузов, а в вечернее и ночное время работает (по совместительству) водителем такси с целью увеличения материального источника средств к существованию, что связано с низким уровнем заработной платы по основному месту работы. Безусловно, подобные факты и влекут за собой аварийные ситуации на дорогах, так как водители в силу усталости и ослабленного физиологического состояния не могут выполнять свою трудовую функцию надлежащим образом без соответствующего отдыха. Поэтому, чтобы разрешить данную ситуацию, необходимо ввести такие компенсации за опасные условия труда, которых бы хватало для того, чтобы работнику не требовалось работать по совместительству.

Транспортные средства всегда относились к источникам повышенной опасности, и в связи с этим законодатель устанавливает как общие требования ко всем работникам транспортных организаций (например, в отношении прохождения профессионального отбора и профессиональной подготовки, состояния здоровья), так и специфические, в частности наличие специальных квалификационных свидетельств, сертификатов.

В ст. 328 Трудового кодекса РФ говорится, что прием работника на работу, непосредственно связанную с движением транспортных средств, производится после обязательного предварительного медицинского осмотра (обследования). Также, в соответствии со ст. 213 Трудового кодекса РФ, работники, чья трудовая функция связана непосредственно с движением транспортных средств, должны проходить периодические медицинские осмотры. Целесообразно было бы проводить медицинский осмотр работников транспорта ежедневно, что, к сожалению, не делается в настоящее время, а за невыполнение этого правила предусмотреть ответственность. В СМИ зачастую сообщают о том, что все чаще за рулем обще-

⁴ См.: Там же. 2007. № 7. С. 51–53.

ственного транспорта оказываются люди с психическими расстройствами и алкогольной/наркотической зависимостью, что приводит к трагическим последствиям. Это связано с тем, что в современный период большинство общественного транспорта держится в частных руках, где вмешательство государства минимально. Поэтому следовало бы сделать упор на то, чтобы транспортная сеть была в руках государства, а не частных лиц.

Следует обратить внимание на такую проблему, как нелегальная деятельность работников транспорта. В первую очередь речь идет о водителях такси. Например, в Воронежской области из 10 тыс. легковых такси только 675 работают легально, по лицензии. Таким образом, отсутствует контроль над состоянием водителя при выезде на трассу. Отсюда – неизбежный рост аварийности на дорогах, более того, совершение тяжких преступлений водителями такси.

Таким образом, нормативно-правовая база в области транспортного контроля несовершенна. Следовательно, нужно подготовить новые законы о возврате в лицензионное поле коммерческих перевозчиков.

Стоит отметить, что в настоящее время водители такси, осуществляющие перевозки пассажиров, как работники, в основном, состоят в трудовых отношениях с индивидуальными предпринимателями или частными коммерческими организациями, при этом одним из условий заключения трудового договора с водителем является наличие у него собственного транспортного средства. В связи с этим следует иметь в виду, что в ст. 188 Трудового кодекса РФ установлено право работника на возмещение расходов при эксплуатации личного имущества, в частности личного транспорта, при использовании которого с согласия или ведома работодателя и в его интересах должна выплачиваться денежная компенсация за использование, износ (амортизацию) транспортного средства с выплатой всех расходов, связанных с его эксплуатацией. Между тем практика показывает, что подобные компенсационные выплаты водителям личного автотранспорта, осуществляющим перевозки грузов и пассажиров и состоящим в трудовых отношениях с транспортными организациями и индивидуальными предпринимателями, производятся рабо-

тодателями крайне редко⁵. Вывод: необходимо найти рычаги давления, которые будут включать не только штраф, но и лишение права заниматься данной деятельностью на долгий срок.

Итак, Трудовое законодательство предусматривает возможность законодательного закрепления особенностей труда отдельных категорий работников, однако эта возможность до настоящего времени полностью нереализована применительно к работникам транспорта. Пути решения проблем, связанных с применением труда водителей автомобильного транспорта, могут быть сформулированы следующим образом.

Во-первых, необходимо принять конкретизирующие нормативно-правовые акты, регулирующие труд работников автомобильного транспорта.

Во-вторых, повысить качество первоначальной подготовки водителей, разработать и внедрить системы последующей переподготовки (повышения квалификации водителей) путем включения в трудовой договор для сторон следующих обязанностей: водитель обязан в связи с изменением Правил дорожного движения пройти переподготовку (повысить свою квалификацию), а работодатель должен создать необходимые условия для ее повышения.

В-третьих, работодателям при приеме на работу водителей одним из условий трудового договора предусмотреть прохождение стажировки для подтверждения опыта вождения определенным типом автомобиля и изучения маршрута следования.

В-четвертых, работодатель транспортной организации обязан планировать перерыв для отдыха и питания водителей и с учетом норм Трудового кодекса РФ и норм специального законодательства закреплять вышеуказанный перерыв в локальном нормативном акте (коллективном договоре, правилах внутреннего трудового распорядка).

Внесение указанных предложений в трудовое законодательство Российской Федерации позволит повысить уровень

⁵ См.: Зайцева О. Б. Специфика правового регулирования труда работников автомобильного транспорта // Справочник кадровика. 2008. № 1.

обеспечения интересов субъектов трудовых правоотношений, складывающихся в транспортных организациях.

Таким образом, только комплексное соблюдение норм рабочего времени, времени отдыха, правил по охране труда и будет способствовать действенному правовому регулированию труда многочисленных работников транспорта, осуществляющих свою трудовую деятельность в интересах всего населения Российской Федерации⁶.

⁶ См.: *Зайцева О. Б.* Работники транспорта : право на работу и его ограничения // *Справочник кадровика.* 2006. № 9. С. 9–16.

И. С. Сычева

ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ КАЧЕСТВА ЛИЧНОСТИ СЛЕДОВАТЕЛЯ

В последнее время особо актуален вопрос нехватки профессиональных следователей. О данном факте свидетельствует не только количество служебных единиц на отдельно взятой территории, но и количество уголовных дел, которые приходится расследовать одному следователю (в зависимости от района это количество варьируется от 3–4 до 10 и более уголовных дел в месяц).

В соответствии с Федеральным законом «О следственном комитете Российской Федерации», сотрудниками Следственного комитета «могут быть граждане Российской Федерации, имеющие высшее юридическое образование, полученное в имеющем государственную аккредитацию образовательном учреждении высшего профессионального образования, обладающие необходимыми профессиональными и моральными качествами и способные по состоянию здоровья исполнять возлагаемые на них служебные обязанности»¹.

Требования относительно гражданства и наличия высшего юридического образования, достаточного состояния здоровья не вызывают никаких нареканий, но требование о

¹ Рос. газ. 2010. 30 дек.

© Сычева И. С., 2011

наличии необходимых профессиональных и моральных качеств вызывает ряд вопросов. Как определить, обладает ли кандидат на должность следователя необходимыми профессиональными и моральными качествами или нет? Если в профессионализме кандидата можно убедиться (например, получив отзывы с предыдущих мест работы соответствующего профиля, устного собеседования на обладание необходимым набором знаний), то каковы критерии соответствия моральным качествам и кто будет определять, обладает ли кандидат искомыми качествами или нет? Аналогичные положения содержатся в нормах, закрепляющих требования, предъявляемые к кандидатам на должность следователя иных следственных органов (употребляются такие понятия, как личные и деловые качества; деловые, личные и нравственные качества).

Все-таки, какими же качествами должен обладать следователь, чтобы не только быть принятым на указанную должность, но и успешно выполнять свои функции по борьбе с преступностью? На этот вопрос нет и не может быть однозначного ответа, так как невозможно сформировать набор качеств личности следователя, которые гарантировали бы высокий профессиональный уровень последнего.

Проблемой изучения профессиональных качеств следователя занимались такие видные деятели науки, как А. Р. Ратинов (один из основоположников отечественной юридической и криминальной психологии, основатель отдела судебной психологии НИИ Генеральной прокуратуры РФ), А. М. Столяренко, Г. Г. Шиханцов, Ю. Ф. Чуфаровский и др.

Длительное время существовало мнение, что следователем рождаются, а не становятся, что расследование – это искусство, которым либо обладают, либо нет, и научиться ему невозможно. Однако такая позиция является не совсем верной. Да, врожденные качества, так называемые задатки, способствуют упрощенному, ускоренному развитию тех или иных способностей, однако те же самые способности при должном усердии и времени развиваются и у лиц, не обладавших врожденными задатками. Это правило применимо и в отношении профессиональных качеств следователя. Следственная работа относится к виду деятельности, в которой добиться успеха может

лицо, обладающее высоким уровнем развития личности, не зависимо от природных способностей².

Несомненно, каждый человек обладает теми или иными способностями и работа в следственных органах позволяет не только развить их применительно к данному виду деятельности, но и дает возможность взаимно компенсировать недостатки одних способностей другими. Так, одно и то же обстоятельство по делу может быть установлено разными следователями по-разному. Например, следователь, обладающий большими коммуникативными способностями для выяснения, где обвиняемый спрятал орудие преступления, скорее, проведет ряд допросов лиц, обладающих значимой информацией, чем будет проводить обыски, а следователь, который обладает большей внимательностью, в совершенстве владеет тактикой осмотра/обыска, наверняка решит самостоятельно отыскать искомый предмет – орудие преступления в нашем случае. Однако не каждое обстоятельство конкретного уголовного дела позволят следователю осуществить такую замену. Поэтому «следователь-профессионал» должен обладать всеми необходимыми профессиональными качествами, постоянно совершенствовать свое мастерство, расширять свою теоретическую и практическую базу, которая отвечала бы уровню развития, в первую очередь, науки криминалистики, уголовного права и процесса.

Склонность следователя к выполнению отдельных видов работ должна быть во время замечена руководителем следственного органа и учитываться при его работе (например, при распределении функций в следственной группе, профилировании следователя по отдельным категориям преступлений).

Выделяют различные классификации качеств следователя. Например, А. Р. Ратинов выделяет морально-волевые и интеллектуальные качества следователя. Кроме того, в теории есть деление на мировоззренческие, интеллектуально-волевые, психологические и физические качества следователя и др. Все они правильные, и каждый сам для себя решает, какой придерживаться.

² См.: Ратинов А. Р. Судебная психология для следователей. М., 2001. С. 82–83.

Мировоззрение является ключевым элементом в личности любого человека. Мировоззрение в профессии следователя приобретает более высокий уровень – оно опосредуется в правосознании. Чтобы разобраться в понятии «правосознание», целесообразно рассмотреть две его составляющие: правовую идеологию и правовую психологию. «Как правовая идеология – это совокупность правовых знаний, идей, взглядов; как правовая психология – это совокупность социальных чувств, переживаний, привычек, связанных с действием права»³. Высокое правосознание следователя включает: глубокое понимание им действующих законов, принципов и институтов права; веру в их правильность и справедливость; неприятие каких-либо нарушений закона; чувство неотвратимости уголовной ответственности за совершенное преступление.

Правосознание следователя составляет основу всех значимых для следователя моральных качеств. К блоку морально-волевых качеств следователя относятся: принципиальность, критичность, решимость, трудолюбие, усидчивость, работоспособность, выдержка, внимание и др. Подробнее хотелось бы остановиться на внимании.

Для следователя внимательность имеет особое значение, от ее уровня зависит как качество отдельных следственных действий, так и всего расследования в целом. Например, внимание – одно из главных составляющих арсенала следователя при производстве такого следственного действия, как осмотр (места происшествия, местности, жилища и др.) или обыск. Внимание важно также и в процессе всего производства по делу: следователь должен не упустить ни одного «нюанса» в материалах дела, «подметить» все «несостыковки». К тому же внимание «спасает» следователя от так называемых механических ошибок по расследуемому уголовному делу, которые в дальнейшем могли бы быть восприняты стороной защиты (например, обнаружение вовремя отсутствия в одной из граф протокола допроса свидетеля подписи обеспечит возможность рассмотрения его в качестве доказательства, в случае повторного допроса данного свидетеля, для устранения такой ошибки следователя). Внимание характеризуется различными по-

³ Там же. С. 87.

казателями: устойчивость, концентрация, распределенность, переключаемость и прочее. Для следователя все эти характеристики одинаково значимы и выделение из них каких-либо более приоритетных представляется нерациональным. Разумеется, качество внимания у каждого человека различно, поэтому для следователя целесообразно развивать внимание при помощи различных методик. Эта цель вполне достижима, однако требует определенного усердия и труда. Тем не менее никакие тренировки не смогут заменить опыта, получаемого в процессе естественной деятельности следователя. В первые периоды работы следователю потребуются большие затраты энергии, но впоследствии нужное свойство станет чертой личности следователя.

К группе интеллектуальных качеств следователя относится воображение. «Воображение – это психическая деятельность, состоящая в создании представлений и мысленных ситуаций, никогда в целом не воспринимавшихся человеком в действительности»⁴. Воображение имеет огромное значение в деятельности следователя. Когда следователь знакомится с материалами дела, ему необходимо восстановить «картинку» произошедших событий, при допросе лиц следователь должен достоверно зрительно представить, о чем говорит допрашиваемый. Воображение следователя чаще всего носит ретроспективный характер: он пытается установить обстоятельства, имевшие место в прошлом. Однако воображение следователя работает и «в перспективу»: при любом планировании представляется результат, на достижение которого направлены все запланированные действия.

Однако стоит заметить, что какими бы не были фантазии, они всегда носят в себе элементы реальных вещей и явлений, известных человеку. Из ничего воображение творить не может. Для следователя таким «фундаментом» являются сведения, содержащиеся в материалах уголовного дела. В расследовании не должно быть места беспочвенным фантазиям, – только образы, вытекающие из реальной обстановки, основанные на определенной информации. Если же такой дейс-

⁴ URL: http://www.mirslouvrei.com/content_psëy/VOOBRAZHENIE-37418.html

твительной информации нет, то созданные образы приведут следствие в тупик⁵. Следователь в своем воображении как бы дописывает подтертый рисунок.

Кроме того, воображение имеет немаловажное значение при построении следственной версии. Под следственной версией понимается «обоснованное собранным материалом предположение следователя о формах, связи и причине отдельных явлений расследуемого события (или его в целом) как одно из возможных объяснений установленных к этому времени фактов и обстоятельств дела»⁶. Из приведенного понятия видно, что основу выдвигаемых следователем версий составляет воображение последнего, которое основано на имеющихся фактах.

Большую роль в профессии следователя играют навыки, знания и умения последнего. Для эффективной работы следователь должен постоянно совершенствовать свои знания не только в сфере своей профессиональной деятельности, но и вообще быть разносторонне развитым человеком. Как говорят, преступник всегда идет на шаг впереди следователя. На самом же деле, как правило, тут нельзя ограничиться одним и даже несколькими «шагами». Профессиональные преступники обладают более глубокими знаниями и материально-технической базой в своей сфере деятельности, следователь же не обладает ни первым, ни вторым. Немаловажным в повышении уровня знаний следователя является служебный коллектив. Общение с опытными коллегами порой дает информацию о «тонкостях» следственной деятельности, которую не всегда можно найти в учебной и тем более художественной литературе.

Следователь должен обладать хорошей памятью, глубоким, быстрым, самостоятельным, критичным и гибким умом. Также следственная деятельность невозможна без общения следователя с людьми. Профессиональное общение следователя, в большей своей части, является регламентированным нормами Уголовного процессуального кодекса РФ. Весь ход коммуникативных форм в уголовном процессе определен про-

⁵ См.: Ратинов А. Р. Указ. соч. С. 123–129.

⁶ Пещак Ян. Следственные версии. М., 1976. С. 132.

цессуальными нормами, нарушение которых может служить основанием признания недопустимым результата следственных действий. Наряду с процессуально-регламентированным следователь вступает в общение, не опосредованное уголовно-процессуальным законодательством⁷.

Изучением проблемы тактико-коммуникативных качеств следователя в настоящее время плодотворно занимается М. В. Боева. Она вводит такое понятие, как «тактико-коммуникативная компетентность – основанное на личностных качествах следователя умение с использованием объективных закономерностей перцепции, коммуникации и интеракции, а также тактических рекомендаций и приемов взаимодействовать с лицами, вовлеченными в расследование преступлений, имеющее целью предупреждение потенциального и преодоление реального противодействия с их стороны установлению истины по расследуемому уголовному делу»⁸. От уровня тактико-коммуникативной компетенции следователя зависит эффективность всей следственной деятельности.

Говоря о профессиональных качествах личности следователя, нельзя не затронуть проблему профессиональной деформации следователя. «Профессиональная деформация личности – изменение качеств личности, наступающее под влиянием выполнения профессиональной деятельности»⁹. Деформации способствуют субъективные (особенности отдельно взятого человека) и объективные (относящиеся к определенным видам деятельности) факторы. Напряженная сложная деятельность, ограниченные сроки расследования, ненормированность рабочего дня могут привести к таким отрицательным качествам, как спешка и неаккуратность, которые сменяются периодами волокиты и пассивности.

Некоторые следователи, проработав длительное время в данной должности и наработав определенный механизм рас-

⁷ См.: Образцов В. А., Богомоллова С. Н. Криминалистическая психология : методы, рекомендации, практика раскрытия преступлений. М., 2002. С. 318–320.

⁸ Боева М. В. Тактико-коммуникативная компетентность следователя. Воронеж, 2002. С. 98.

⁹ URL: <http://www.dp.ru/?ArticleID=572bfb79-3c96-4436-9635-e2007522bcf9>

следования отдельных категорий преступлений, зачастую перестают «живо» мыслить, все действия их отработаны и, как правило, не допускают других вариантов поведения. Данная особенность ограничивает следователя, он может просто «не увидеть» значимых для расследования моментов.

Наличие властных полномочий следователя – неотъемлемый атрибут его деятельности, но в отдельных случаях это приводит к чувству вседозволенности у следователя, что в случае бесконтрольности ведет к злоупотреблениям должностным положением, нарушению закона. Постоянное общение следователя с подозреваемыми, обвиняемыми, которые нередко уже совершали преступления, опасно огрубением следователя, перенесением подобной манеры общения на лиц, не включенных в сферу уголовного преследования.

В последние годы остро обозначилась проблема так называемой «палочной системы». Постоянное давление «начальства» вынуждает следователя работать не на качество, а на количество. Зачастую перед следователями ставятся задачи, которые не соответствуют ни действующему законодательству, ни каким нравственно-этическим нормам. Например, начальником СО перед следователями ставится задача выявить за определенный период некоторое количество преступлений отдельных категорий. Невыполнение данной задачи негативно отражается на следователе, его «депремируют», в «наказание» распределяют ему больше материалов проверки сообщений о преступлениях, уголовных дел. В результате следователи всеми возможными способами пытаются «выявить» преступления. Как итог это не только «разлагает» личность следователя, делает его безразличным к судьбам людей, но и способствует утрате доверия населения к следственным органам.

Чтобы избежать указанных и иных возможных негативных последствий профессиональной деятельности, следователь должен постоянно помнить о важности роли, отведенной ему государством, о том, что он является оплотом законности, призван выполнять функцию по выявлению и расследованию преступлений.

Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод, что работа следователя не просто сложна, но и ответственна. Она

требует высокого профессионального уровня, постоянного развития личных качеств. Разработать группу качеств личности человека, наличие которых необходимо для качественного выполнения следователем своих обязанностей, не только не возможно, но и нецелесообразно. Наличие расплывчатых требований, предъявляемых к должности следователя, ведет к злоупотреблениям со стороны лиц, производящих отбор кандидатов на данную должность, дает им возможность отказать кандидату в виду несоответствия моральным/нравственным качествам.

Необходимо внести изменения в формулировку данных норм, которые позволили бы выделить четкие критерии, по которым бы оценивался будущий следователь. На наш взгляд, чтобы стать хорошим следователем, на высшем уровне выполнять задачи, поставленные уголовно-процессуальным законом и государством, к перечисленным характеристикам требуется еще ряд других качеств. Однако такого идеального человека встретить достаточно сложно. Настоящий следователь – тот, у кого «горят» глаза, есть внутренний запал и желание заниматься таким сложным видом деятельности, как выявление и расследование преступлений. Остальные же необходимые качества можно развить во время работы.

Н. Ю. Трушина

**ПРОБЛЕМЫ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНСТИТУЦИОННОГО
ПРАВА ГРАЖДАН НА ОБРАЩЕНИЕ**

Как известно, конституционное право на обращение (ст. 33 Конституции РФ) является одним из основных гарантий достойного существования человека, способом защиты его прав и свобод. В настоящей статье проанализирован общий порядок реализации права на обращение, который опреде-

лен Федеральным законом от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ (в ред. от 27.07.2010 г. № 227-ФЗ) «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹, а также особенности рассмотрения обращения граждан в различных органах государственной власти, который регулируется специально изданными для этого актами (были рассмотрены: инструкции Минприроды, Минобороны, МВД, Минэкономразвития России, Росвязьнадзора, Росрегистрации, ФТС, ФСБ, Генеральной прокуратуры, административный регламент ФСКН России).

На примере инструкций по организации рассмотрения обращений граждан в органах Федеральной Службы Безопасности РФ, системе органов прокуратуры Российской Федерации, а также административного регламента Федеральной Службы РФ по контролю за оборотом наркотиков² можно сделать вывод о том, что они, по общему правилу, не упрощают, а усложняют процедуру рассмотрения обращений граждан, предусмотренную законом, кроме того, в них содержатся противоречивые положения.

Во-первых, едва ли было целесообразно полностью дублировать общие положения Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», поскольку в каждой инструкции (регламенте) говорится, что

¹ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=103155>

² См.: Об утверждении Инструкции об организации рассмотрения обращений граждан Российской Федерации в органах Федеральной службы безопасности : приказ ФСБ РФ от 22 января 2007 г. № 21 (в ред. от 04.04.2008 г. № 149) // Бюл. нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2008. 26 мая; Об утверждении административного регламента Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков по исполнению государственной функции «прием граждан, рассмотрение их предложений, заявлений и жалоб по вопросам, относящимся к установленной сфере деятельности» : приказ ФСКН РФ от 1 июня 2009 г. № 260 // Бюл. нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. 27 июля; О введении в действие Инструкции о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации : приказ Генпрокуратуры РФ от 17 декабря 2007 г. № 200 (в ред. от 27.07.2010 г.). URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=100918>

она разработана именно в соответствии с указанным Законом, а значит, не должна ему противоречить.

Во-вторых, в инструкциях (регламенте) по-разному определяется круг лиц, которые могли бы реализовать свое право на обращение. В частности, в Административном регламенте ФСКН (п. 11), помимо граждан РФ, право на обращение имеют иностранные граждане и лица без гражданства³. Тогда как в Инструкции ФСБ (п. 1) иностранные граждане и лица без гражданства не перечислены⁴. А в Инструкции Генеральной прокуратуры (п. 1.11) субъектов права на обращение намного больше, чем в аналогичных актах ФСКН и ФСБ. Это граждане РФ, иностранные граждане, лица без гражданства, должностные лица, в частности, члены Совета Федерации, депутаты Государственной Думы Федерального Собрания РФ и др.⁵. В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ (в ред. от 21.04.2011 г. № 80-ФЗ) «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»⁶, иностранные граждане пользуются правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, за исключением случаев, предусмотренных Федеральным законом. В федеральных законах ничего не сказано о том, что иностранные граждане не имеют права на обращение. Таким образом, они также должны быть включены в число субъектов права на обращение, несмотря на то, что ст. 33 Конституции РФ признает это право только за российскими гражданами, что, в свою

³ См.: Административный регламент Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков, по исполнению государственной функции «прием граждан, рассмотрение их предложений, заявлений и жалоб по вопросам, относящимся к установленной сфере деятельности»: утв. Приказом ФСКН РФ от 1 июня 2009 г. № 260.

⁴ См.: Инструкция об организации рассмотрения обращений граждан Российской Федерации в органах Федеральной службы безопасности: утв. Приказом ФСБ РФ от 22 января 2007 г. № 21 (в ред. от 04.04.2008 г. № 149).

⁵ См.: Инструкция о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации: утв. Приказом Генпрокуратуры РФ от 17 декабря 2007 г. № 200 (в ред. от 27.07.2010 г.).

⁶ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=113386>

очередь, на наш взгляд, является одной из конституционных коллизий.

В-третьих, в инструкциях (регламенте) отсутствует единое понятие обращения, используется терминология, которая не предусмотрена в Законе. Так, в Инструкции ФСБ (п. 11) виды возможных обращений перечислены в скобках, как дополнение к названию книги учета письменных обращений⁷. В Инструкции же Генеральной прокуратуры (п. 1.11) видов обращений, больше, чем в самом Законе: обращение, предложение, заявление, жалоба, ходатайство, коллективное обращение, первичное обращение, дубликат обращения, повторное обращение, парламентский запрос, запрос, обращение члена Совета Федерации, депутата Государственной Думы Федерального Собрания РФ. Здесь предусмотрено не только много различных видов обращений, но и для каждого из них определен особый правовой режим, особый порядок его рассмотрения, который, не всегда согласуется с Федеральным законом «О порядке рассмотрения обращений граждан». На наш взгляд, если данные разновидности имеют существенное значение, их необходимо включить в действующий Закон, а не регулировать эти вопросы инструкциями.

В-четвертых, в прокурорской Инструкции (п. 3–4), по сравнению с другими, описан наиболее сложный порядок подачи обращения. Слишком много инстанций и препятствий обычный гражданин должен пройти, чтобы его обращение наконец-то было рассмотрено. Также в Инструкции (п. 5.7) Генеральной прокуратуры существует отдельный учет разных категорий обращений: одни из обращений ставятся на особый контроль, другие – нет. Критерии постановок на особый контроль четко в Инструкции не определены. В частности, к обращениям, которые ставятся на особый контроль, относятся: обращения от Президента, высших должностных лиц РФ и т.п.⁸ По-видимому, на особый контроль должны ставиться и

⁷ См.: Инструкция об организации рассмотрения обращений граждан Российской Федерации в органах Федеральной службы безопасности : утв. Приказом ФСБ РФ от 22 января 2007 г. № 21 (в ред. от 04.04.2008 г. № 149).

⁸ См.: Инструкция о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации : утв. Приказом

коллективные обращения граждан, имеющие общественный интерес, обращения граждан, опубликованные в СМИ.

В-пятых, лишь в Инструкции о рассмотрении обращений граждан в органах прокуратуры (п. 1.9) наиболее полно урегулирован вопрос об ответственности прокурорских работников за нарушение порядка рассмотрения обращений граждан⁹. Так, при установлении фактов недобросовестного отношения к проверке обращений, ненадлежащего и несвоевременного исполнения поручений вышестоящих прокуратур виновные в этом прокурорские работники несут дисциплинарную ответственность в соответствии со ст. 41.7 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 (в ред. от 07.02.2011 г. № 4-ФЗ) «О прокуратуре Российской Федерации»¹⁰. Возможны следующие дисциплинарные взыскания: замечание; выговор; строгий выговор; понижение в классном чине; лишение нагрудного знака; предупреждение о неполном служебном соответствии; увольнение из органов прокуратуры.

В административном регламенте ФСКН и Инструкции ФСБ об ответственности за несвоевременное рассмотрение или неправомерный отказ в рассмотрении обращения говорится лишь в самых общих чертах.

Как уже говорилось, ведомственные акты, конкретизирующие конституционные права, имеют право на существование только тогда, когда упрощают или облегчают процедуру реализации того или иного права. Приведенные примеры свидетельствуют о том, что ведомственная конкретизация усложняет процедуру рассмотрения обращений по сравнению с Федеральным законом. Иерархическая лестница, по которой нужно пройти в процессе рассмотрения обращения, сейчас слишком длинна и неприступна для обычного гражданина.

Генпрокуратуры РФ от 17 декабря 2007 г. № 200 (в ред. от 27.07.2010 г.).

⁹ См.: Инструкция о порядке рассмотрения обращений и приема граждан в системе прокуратуры Российской Федерации : утв. Приказом Генпрокуратуры РФ от 17 декабря 2007 г. № 200 (в ред. от 27.07.2010 г.).

¹⁰ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=110234>

В связи с этим при регистрации в Министерстве юстиции таких инструкций, по-видимому, должна проверяться целесообразность и правильность включения в них всяких усложнений и дополнений. Кроме того, на наш взгляд, необходимо проверять документ не только с точки зрения его соответствия закону и правилам русского языка, но и добиваться от авторов акта более простой формы изложения порядка рассмотрения соответствующих заявлений и обращений. Представляется необходимым внести изменения и в ныне действующий Закон, дополнив его рядом положений, учитывающих наиболее прогрессивные положения законов об обращениях субъектов Федерации (например, ввести более быстрый порядок рассмотрения обращений, сократив обычный 30-дневный срок до 15 дней, утвердить процедуру рассмотрения обращений через средства массовой информации, установить особый контроль за данными обращениями).

Кроме того, в целях совершенствования законодательства о порядке рассмотрения обращений граждан необходимо предусмотреть в Законе и такие разновидности обращений, как петиция, коллективное обращение, предусмотрев особенности процедуры их рассмотрения¹¹.

Следует также на уровне Федерального закона единообразно для всех органов предусмотреть единый порядок и основания привлечения к дисциплинарной и иным видам ответственности государственных и муниципальных служащих за нарушение порядка рассмотрения обращений граждан (пока, как известно, данный вопрос недостаточно определен соответствующими кодексами).

Кроме того, важно не только внести изменения в Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», но и сделать его доступным для ознакомления всеми гражданами. Для этого в соответствующем учреждении специально отвести определенное место и вывесить Закон для всеобщего обозрения.

¹¹ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России : учеб. курс : в 2 т. 3-е изд., стереотипное. М., 2010. С. 638.

Т. Н. Тычинина

ТРЕТЕЙСКИЙ СУД ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

На сегодняшний день защита прав и законных интересов граждан и организаций возможна в различных формах. Статья 11 Гражданского кодекса РФ среди органов, осуществляющих судебную защиту гражданских прав (суд, арбитражный суд), называет и третейский суд. Таким образом, действующим законодательством третейские суды отнесены к числу юрисдикционных органов, т.е. органов, разрешающих в пределах своей компетенции споры, возникающие из гражданско-правовых отношений.

Основополагающей характеристикой третейского суда является то, что он выступает одной из форм негосударственного или альтернативного разрешения споров.

Природа третейских судов носит частный характер: поскольку указанные суды образуются самими участниками гражданско-правовых отношений; государство не участвует в их формировании и деятельности, ограничиваясь установлением общих правил их создания и функционирования. В свою очередь, наличие в правовой системе альтернативных способов разрешения споров является признаком того, что гражданское общество способно к саморегуляции. Поэтому развитие третейского разбирательства связано, прежде всего, с развитием самого гражданского общества и его институтов¹.

Раздел VI Гражданского процессуального кодекса РФ² (главы 46,47) посвящен производству по делам об оспаривании решений третейских судов и выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, отмене принятых третейским судом решений. Статья 40

¹ См.: Зорькин В. Д. Деятельность Конституционного Суда в Российской Федерации : решения, проблемы и перспективы : Интернет-интервью. URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/zorkin3.html>

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 137-ФЗ // Рос. газ. 2002. № 220. С. 20.

© Тычинина Т. Н., 2011

Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации»³ указывает, что решение третейского суда может быть оспорено только в том случае, если в третейском соглашении не предусмотрена его окончательность. Исключение процедуры оспаривания актов третейского суда в государственном суде не приводит к нарушению прав, о чем свидетельствует судебная практика. Так, ФАС Волго-Вятского округа, оставляя в силе определение суда первой инстанции о прекращении производства по заявлению об отмене решения третейского суда в связи с наличием соглашения об окончательности решения, отметил, что «...основания для отмены решения третейского суда аналогичны основаниям для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. В связи с чем нарушения, допущенные при рассмотрении дела третейским судом и являющиеся основанием для отмены решения, могут быть обнаружены на стадии выдачи исполнительного листа. При таких обстоятельствах прекращение производства по делу не лишает заявителя возможности дальнейшей судебной защиты своих прав и законных интересов»⁴.

Следует отметить, что государственные суды не являются вышестоящими по отношению к третейским. Вмешиваться в существо принимаемых третейским судом решений, а также переоценивать фактические обстоятельства, на которых основано решение третейского суда, государственные суды не вправе⁵.

Судебное производство по приведению третейского решения к принудительному исполнению регулируется главой 47 Гражданского процессуального кодекса РФ. Инициатором возбуждения процедуры исполнительного производства может быть лицо, в пользу которого третейским судом вынесено решение. При этом, учитывая положения ст. 423, 424 Гражданского процессуального кодекса РФ, иные лица не вправе

³ Рос. газ. 2002. № 20. С. 18.

⁴ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 4 июня 2009 г. № А38-661/2009. URL: <http://www.klerk.ru/doc/153572/>

⁵ См.: Краткий курс лекций по дисциплине «Третейское разбирательство» // Хрестоматия альтернативного разрешения споров : учеб.-метод. материалы и практ. рекомендации. СПб., 2009. Вып. 3. С. 205.

обращаться с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. В том числе и третейский суд не может выступать в качестве субъекта, инициирующего принудительное исполнение принятого им решения. Заявление о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда рассматривается судьей компетентного суда единолично. Компетентный государственный суд принимает решение о выдаче исполнительного листа или об отказе в его выдаче.

В настоящее время актуальным и сложным является вопрос о силе и статусе решений третейских судов, принятых ими по спорам о правах на недвижимость. Действительно, вступившее в силу решение третейского суда, в соответствии со ст. 17, 28 Федерального закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», является основанием для регистрации права на недвижимое имущество. С другой стороны, очевидно, что правовое регулирование рынка оборота недвижимого имущества предполагает контроль со стороны публичной власти за совершаемыми сделками с недвижимостью. Но третейские суды, являясь по существу юрисдикционным механизмом частного правоприменения, не могут выступать в качестве органов, осуществляющих публичный контроль над законностью совершаемых сделок при разрешении споров⁶. Решения третейских судов могут нарушать права третьих лиц.

В пункте 27 Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. № 96⁷) указывается, что арбитражный суд отказывает в удовлетворении заявления о выдаче

⁶ См.: Алгазин А. М., Дуйко Л. В., Пащенко К. А. К вопросу о неоднородности правоприменительной практики по делам о признании права собственности на недвижимое имущество // Третейский суд. 2005. № 6 (42). С. 89; Тарасов В. Н. Еще раз о признании права собственности в третейских судах // Третейский суд. 2003. № 2(26). С. 120.

⁷ URL: <http://www.rg.ru/2006/02/28/inostr-sudy-dok.html>

исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, которое обязывает регистрирующий орган зарегистрировать право собственности на недвижимое имущество за стороной третейского разбирательства, так как вопросы публично-правового характера (регистрация недвижимости) не могут быть предметом рассмотрения в третейском суде.

В ответе Верховного Суда РФ на вопрос о том, может ли решение третейского суда являться основанием для регистрации прав на недвижимое имущество, последовала ссылка на общее дозволение, предусмотренное п. 2 ст. 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» и ст. 17 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». Верховный Суд РФ отметил, что, если решение третейского суда сторонами не оспаривается, оно может являться основанием для государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним. Однако при этом, помимо решения третейского суда, в регистрирующий орган должны быть представлены и иные документы, являющиеся основанием наличия, возникновения, прекращения, перехода прав на недвижимое имущество⁸. Таким образом, решение третейского суда уже не рассматривается в качестве необходимого и достаточного правоустанавливающего документа для государственной регистрации недвижимости.

Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в июле 2010 г. обратился в Конституционный Суд РФ, когда на своем заседании 18 мая 2010 г. не смог разрешить спор коммерческого банка экономического развития «Банк Казани» и ООО «БулгарРегионСнаб», залогодателя по кредиту, выданному банком заемщику ООО «Торговый Альянс». Суть спора заключалась в том, что банк после того, как заемщик не исполнил обязательств по кредитному договору, обратился в третейский суд «Право» с иском о взыскании долга и обращении взыскания на заложенное имущество – ряд объектов недвижимости, принад-

⁸ См.: Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда РФ за третий квартал 2007 г. : постановление Президиума Верховного Суда РФ от 7 ноября 2007 г. URL: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_132247_DocumIsPrint__Page_2.html

лежащих «БулгарРегионСнаб». Третейский суд вынес решение в пользу банка, однако добровольно исполнить его залогодатель отказался. Тогда кредитная организация обратилась в Арбитражный суд Татарстана с заявлением о признании и приведении в исполнение решения третейского суда. Суд первой инстанции удовлетворил заявление, кассационная инстанция – ФАС Поволжского округа – оставила это решение в силе. ООО «БулгарРегионСнаб» обратилось в ВАС РФ с заявлением об отмене судебных актов судов первой и кассационной инстанций. По мнению заявителя, третейские суды в Российской Федерации, не являясь частью судебной системы, не наделены правом обращаться в судебном порядке взыскание на недвижимое имущество⁹.

Президиум ВАС РФ, рассматривая спор, пришел к выводу, что существует двойное толкование статуса третейских судов. С одной стороны, Гражданский кодекс РФ, Арбитражный процессуальный кодекс РФ, Закон об ипотеке не делают различия между судами, арбитражными судами и третейскими судами в вопросах обращения взыскания на заложенное недвижимое имущество. В то же время, как отметил Президиум ВАС РФ, согласно Определению Конституционного Суда РФ от 4 июня 2007 г. № 377-О-О третейский суд не относится, в соответствии со ст. 118 Конституции, к органам осуществления правосудия, а третейское разбирательство является одной из альтернативных форм защиты гражданских прав. Высший Арбитражный Суд РФ в своем запросе просит Конституционный Суд РФ проверить конституционность п. 1 ст. 11 Гражданского кодекса РФ, п. 1 ст. 33 во взаимосвязи со ст. 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)», норм Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», ст. 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»¹⁰.

⁹ См.: Давыденко Д. Будущее третейских судов. URL: <http://www.arbitrations.ru/?i=news/item&id=129>

¹⁰ Конституционный суд определит, являются ли третейские суды частью судебной системы Российской Федерации. URL: http://infosud.ru/judicial_analyst/20110316/252042608.html

Таким образом, теперь от позиции Конституционного Суда РФ во многом зависят перспективы дальнейшего развития третейских судов в Российской Федерации.

М. В. Упыркина

**ПРАВО НА ЖИЗНЬ НЕРОЖДЕННОГО РЕБЕНКА
И ПРАВО ЖЕНЩИНЫ САМОСТОЯТЕЛЬНО
РЕШАТЬ ВОПРОСЫ МАТЕРИНСТВА:
ОПЫТ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Статья 3 Всеобщей декларации прав человека гласит: «Каждый имеет право на жизнь, на свободу и личную неприкосновенность». Право на жизнь открывает перечень личных прав человека и гражданина.

От решения вопроса о том, с какого момента у человека появляется право на жизнь, зависит решение таких вопросов, как защита прав матери и ребенка, ответственность матери (и других людей) перед ребенком, право на искусственное прерывание беременности и право ребенка на стадии внутриутробного развития.

Как отмечает исследователь международного права Б. Тобес: «Перед государствами, с одной стороны, встает вопрос о том, в какой степени еще не родившийся ребенок обладает правом на жизнь. С другой стороны, необходимо понять, вправе ли мать сама распоряжаться своим телом и обладает ли она вытекающим отсюда правом на физическую неприкосновенность и на личную жизнь. Как следствие такой неопределенности, очень сложно уравновесить права еще не родившегося ребенка и матери, сделать выбор между ними»¹.

Американские социологи при изучении проблемы защиты права еще не родившегося ребенка на жизнь и права женщины на искусственное прерывание беременности вводят понятие «конфликтные права». Этот термин отражает наличие в реальной жизни людей противоречий между

¹ Тобес Б. Право на здоровье : теория и практика. М., 2001. С. 243.
© Упыркина М. В., 2011

правом на жизнь развивающегося человеческого эмбриона и прав родителей или общества прервать зарождающуюся или развивающуюся жизнь, основанных на их собственных интересах.

Данная проблема в разных государствах решается по-разному. В частности, в ст. 2 Конституции ФРГ: «Каждый имеет право на жизнь и физическую неприкосновенность... это относится и к нерожденным детям». Согласно ст. 40 Конституции Ирландии, «государство признает право на жизнь нерожденного ребенка..., гарантирует в законах уважение, защищает и поддерживает своими законами это право». В соответствии со ст. 15 Конституции Словацкой Республики и ст. 6 Конституции Чешской Республики «человеческая жизнь достойна охраны до рождения».

Однако в большинстве стран мира практика искусственного прерывания беременности легализована, хотя имеются различия в условиях ее применения (сроки беременности, причины прерывания беременности). Все государства в отношении случаев допустимости аборта можно разделить на четыре группы.

1. **Полное запрещение.** В этой группе государств аборт рассматривается как преступление против внутриутробной жизни и приравнивается к убийству. В Афганистане, Венесуэле, Египте, Индонезии, Ираке, Иране, Ирландии, Колумбии и некоторых других государствах аборт полностью запрещены (как правило, кроме случаев спасения жизни женщины).

2. **По медицинским показаниям и в других исключительных случаях.** Такие аборт разрешены в Алжире, Аргентине, Боливии, Бразилии, Израиле, Марокко, Пакистане, Польше, Уругвае и ряде других стран.

3. **По медицинским и социально-экономическим показаниям,** а также в случаях изнасилования: в Англии, Индии, Исландии, Люксембурге, Финляндии, Японии и некоторых других государствах.

4. **Свобода аборта.** В наиболее либеральной группе стран законодатель исходит из признания права женщины самостоятельно решать вопрос о беременности. Аборт разрешены на территории США, Германии, Франции, Чехии, Швеции, Греции, Дании, Италии, Австралии, Австрии и др.

Итак, политика государства и законодательство в области аборта сильно варьируют – от полного запрета до разрешения. Однако, несмотря на значительный накопленный опыт, в реальной политике не удается органически сочетать важнейшие принципы: здоровье женщины, здоровье будущего ребенка, автономия личности и господствующие в обществе этические нормы.

При рассмотрении данного вопроса Верховный Суд США закрепил за женщинами конституционно охраняемое право на выбор: делать аборт или нет, но в пределах медико-биологической допустимости. В этом решении судьи семью голосами против двух признали, что если эксперты в области медицины, философии и теологии не могут прийти к единому мнению о начале жизни, то и судебные инстанции на данном этапе развития человеческих знаний не могут ответить на этот вопрос. При этом суд отметил, что аборт оскорбляет моральные чувства некоторых людей, но «не может повлиять на наши решения. Наша обязанность состоит в том, чтобы мы определяли границы свободы, полагающейся всем, а не навязывали другим наш собственный моральный кодекс»².

Практика Европейского суда по правам человека свидетельствует о его осторожности в оценке данного вопроса. Согласно ст. 2 Европейской Конвенции о правах человека, право на жизнь распространяется на еще не рожденных детей. Правда, при этом не затрагивается фундаментальный вопрос: с какого момента следует признавать право на жизнь – с момента рождения или с момента зачатия?

Согласно п. 219 Уголовного кодекса ФРГ, «женщина должна сознавать, что еще не родившийся человек в каждой стадии беременности имеет собственное право на жизнь и что поэтому прерывание беременности в правовом обществе принимается во внимание только в исключительной ситуации...»³. Как видим, германский уголовный закон далек от того, чтобы рассматривать нерожденное человеческое существо как не об-

² Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997. С. 42.

³ Чернега О. А. Особенности правовых проблем искусственного прерывания беременности. М., 2008. С. 2.

ладающую самостоятельными правами «часть организма матери».

Однако следует отметить, что в Германии аборты разрешены. На наш взгляд, это объясняется тем, что история применения данной медицинской технологии показывает, что независимо от мер наказания (от смертной казни до общественного порицания) всегда находятся женщины, желающие сделать аборт нелегально, и всегда находятся люди, как имеющие, так и не имеющие медицинского образования (врачи, знахари и т.д.), которые производят эту операцию. Таким образом, необходимо искать другие пути сокращения количества абортов.

В настоящее время аборты в России разрешены без ограничений. Это основано на п. 2 ст. 17 Конституции РФ, согласно которой «основные права и свободы человека принадлежат каждому от рождения». Однако следует обратить внимание на преамбулу Конвенции о правах ребенка (принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г.), согласно которой государства-участники Конвенции, в том числе Россия, принимают во внимание, что «ребенок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в надлежащей правовой защите, как до, так и после рождения». Кроме того, в ст. 1 Конвенции, согласно которой «ребенком признается каждое человеческое существо до достижения 19-летнего возраста», не установлен начальный момент, с которого следует признать человеческое существо ребенком. По смыслу приведенной статьи ребенком является не только рожденное человеческое существо, но также и то, которое еще находится в материнской утробе, не появилось на свет⁴.

Из 35 млн абортов, производимых в мире ежегодно, около 2 млн производится в нашей стране⁵. В последние годы Россия уверенно держит второе место в Европе по количеству прерываний беременности.

На наш взгляд, полным запретом абортов данную проблему не решить. В первую очередь, необходимо, подобно Гер-

⁴ См.: *Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э.* Европейское право в области прав человека : практика и комментарии. М., 1997. С. 319.

⁵ См.: *Гаврилова Л. В.* Репродуктивное поведение населения Российской Федерации в современных условиях. М., 2010. С. 12.

мании, создать специальный государственный орган – Министерство по делам семьи и демографическому развитию, которое будет заниматься обеспечением женщин базовым материнским капиталом, льготами на рождение детей, повышением уровня медицинского образования населения, а также проводить компании по радио-, телевидению и, таким образом, поднимать престиж семьи.

Е. С. Филатова

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ МИГРАЦИИ В СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

В условиях становления глобального общества процесс миграции населения наиболее актуален. В Российской Федерации миграционные процессы активизировались в конце прошлого века. Это связано, прежде всего, с ситуацией, сложившейся после распада Советского Союза и становления России как самостоятельного государства. Право на свободное передвижение, выбор места жительства и проживание закреплено в Конституции РФ 1993 г.¹

Современное российское миграционное законодательство было создано за относительно небольшой период времени. На сегодняшний день внимание законодателя сосредоточено в большей степени на вопросах трудовой миграции, возвращения в Российскую Федерацию соотечественников, проживающих за рубежом, противодействия нелегальной миграции и обеспечения государственной безопасности через создание функционирующей системы миграционного контроля и учета.

По степени интенсивности миграционных потоков Россия является одним из лидеров. По количеству иммигрантов Россия занимает третье место после Соединенных Штатов Аме-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов о поправках к Конституции от 30.12.2008 г.) // Рос. газ. 1993. 25 дек.; 2009. 21 янв.

© Филатова Е. С., 2011

рики и Германии. Согласно статистическим данным, предоставленным Федеральной миграционной службой РФ, всего за шесть последних месяцев 2010 г. миграционный прирост составил 100 369 чел. Из них 96 259 – за счет стран СНГ и 4110 – за счет дальнего зарубежья. Динамично развивающаяся экономика России, по сравнению со странами СНГ, делает ее привлекательным местом заработка и проживания для миллионов граждан новых независимых государств. Притягательность России обусловлена не только тем, что в ней есть работа и возможность заработка, но и знанием мигрантами языка принимающего населения и российских реалий, общностью традиций и культур, сохраняющихся и спустя два десятилетия после распада СССР, наличием родственных связей, коммуникаций.

Однако для нашего государства проблемой стала не только внешняя миграция, но и внутренняя. В России существуют территории с очень низкой плотностью населения и, напротив, чрезмерно высокой. Происходит отток населения из районов Дальнего Востока, Сибири в районы Центрального и Северо-Западного федеральных округов. Это связано с экономической ситуацией в данных регионах, недостатком рабочих и учебных мест, несоответствием природно-климатических условий, обострением межнациональных отношений. Снижение численности населения в этих местностях компенсируется также за счет внешних миграций из стран-соседей: Китай, Монголия, Северная Корея и др.

На сегодняшний день в сфере миграционной политики существует некий дисбаланс. С одной стороны, Россия нуждается в увеличении численности трудоспособного населения, что является затруднительным в условиях нынешней демографической ситуации. По расчетам, к 2015 г. страну ожидает снижение численности населения трудоспособного возраста на 14 %, что может создать необходимость еще более массового привлечения труда иммигрантов.

С другой стороны, высок уровень нелегальной миграции. Незаконный въезд и проживание на территории России влекут рост теневой экономики, коррупции, преступности. По-прежнему отсутствуют эффективный контроль выявления не-

законных мигрантов, их депортации, должная координация действий всех заинтересованных структур².

Кроме того, нельзя не учитывать эмиграцию российских граждан, что наиболее негативным образом сказывается на ситуации в стране. В половозрастном соотношении оценка такова: уезжают, в основном, молодые, «продуктивные», как в демографическом, так и экономическом смыслах. Последствия этого выражаются в ослаблении экономического и научно-технического уровня страны; существенном снижении демографического потенциала; ослаблении толерантности российского населения вследствие миграции наиболее квалифицированной и культурной части населения³.

Таким образом, миграционная политика России должна быть направлена на стабилизацию ситуации в стране. Для этого необходимо:

1) наведение порядка в сфере трудовой миграции посредством сокращения теневого использования иностранных работников и максимального обеспечения потребностей экономики в трудовых ресурсах. Это возможно осуществить путем:

- ужесточения визовой политики, усилением контроля над выдачей виз и соблюдением миграционного законодательства;
- ужесточения экономических санкций по отношению к работодателям, нанимающим нелегалов;
- разработки и принятия программы легализации тех мигрантов, которые адаптировались к российским условиям, и чьи услуги будут способствовать экономическому росту нашего государства;
- повышения эффективности учета и контроля миграции, в том числе путем создания Государственной информационной системы миграционного учета;

2) усиленное регулирование миграционных процессов внутри страны. В районах, в которых имеет место убыль населения, необходимо проводить мероприятия по созданию но-

² См.: Красинец Е. С., Кубишин Е. С., Тюрюканова Е. В. Нелегальная миграция в Россию. М., 2000. С. 10–11.

³ См.: Дмитриев А. В. Миграция : конфликтное измерение. М, 2006. С. 110–112.

вых рабочих, учебных мест. Следует разработать программу, которая способствовала бы сохранению места жительства коренным населением, а также переезду новых граждан в данные регионы;

3) способствование привлечению из-за рубежа соотечественников в Россию. Для этого должны приниматься меры, которые привлекали бы граждан к возврату на родину. Необходимо обеспечивать не только компенсационные выплаты, но и применять поощрительные меры. Например, льготное право на приобретение жилья, право на обучение и переквалификацию при необходимости, обеспечение трудоустройства.

Итак, совершенствование законодательства и правоприменения новой миграционной политики затруднено отсутствием согласия во властных структурах и обществе относительно направлений миграционной политики. Лишь выработав единый курс, будет возможно дальнейшее развитие не только миграционного права, но и российского общества в целом.

Б. М. Фролов

ПРОБЛЕМЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ МЕР ПО ПРОТИВОДЕЙСТВИЮ КОРРУПЦИИ В СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СЛУЖБЫ

В своем послании Федеральному Собранию Президент РФ Д. А. Медведев обратил внимание на то, что «принципиальной задачей остается борьба с коррупцией»¹. Действительно, одной из важнейших задач современного Российского государства является деятельность по противодействию коррупции.

Законодательно понятие «коррупция» закреплено в ст. 1 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции». Итак, коррупция – это:

а) злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммер-

¹ Рос. газ. 2010. 2 дек.

© Фролов Б. М., 2011

ческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;

б) совершение деяний, указанных выше, от имени или в интересах юридического лица².

Коррупция существует во многих сферах общественных отношений: здравоохранении, образовании, жилищно-коммунальном хозяйстве. Но одной из самых коррумпированных сфер является система государственной службы, включающая правоохранительную службу, военную службу и государственную гражданскую службу.

Сегодня существуют проблемы, которые не дают в полной мере осуществлять антикоррупционную деятельность. Их можно разделить на три группы:

1. Проблемы в области борьбы с коррупцией в системе государственной службы.

2. Проблемы в области профилактики коррупции на государственной службе.

3. Проблемы в области минимизации и (или) ликвидации последствий коррупционных правонарушений, совершаемых государственными служащими.

Рассмотрим их чуть подробнее.

1. Проблемы борьбы с коррупцией на государственной службе, на наш взгляд, во многом заключаются в том, что сегодня из-за юридических коллизий в законодательстве нет однозначного закрепления понятия «взятка». Федеральный закон от 27 июля 2004 г. «О государственной гражданской службе» устанавливает запрет на получение государственным гражданским служащим, в связи с исполнением должностных обязанностей, вознаграждения от физических и юридических лиц. Уголовный кодекс РФ в ч. 1 ст. 290 под взяткой понимает получение должностным лицом лично или через посредника денег, ценных бумаг, иного имущества или выгод имуществ-

² Там же. 2008. № 266.

венного характера за действия (бездействие) в пользу взяткодателя. Но ст. 575 Гражданского кодекса РФ устанавливает понятие обычного подарка, стоимость которого не превышает 3 тыс. руб. и который допускается дарить государственному служащему. Не понятно, сколько за день и где можно дарить такие подарки. Мы считаем, что данную норму Гражданского кодекса нужно редактировать (например, исключить понятие обычного подарка).

Результатом борьбы с коррупцией является привлечение чиновников-коррупционеров к уголовной ответственности. Но хотя коррупционная деятельность карается государством достаточно жестко (максимальный срок за получение взятки в соответствии с ч. 4 ст. 290 Уголовного кодекса РФ – 12 лет лишения свободы), это не пугает государственных служащих, и они продолжают брать взятки. Причем если в 2010 г. средний размер взятки составлял чуть больше 23 тыс. руб., то сейчас он превышает 61 тыс. руб.³ В связи с этим было предложено ввести в Уголовный кодекс такой вид наказания, как многократный штраф за получение взятки. Например, за взятку до 25 тыс. руб. – 12–50-кратный штраф или лишение свободы на 3 года. На наш взгляд, данные меры при их правильном применении существенно улучшат деятельность по борьбе с коррупцией.

2. Одной из эффективных мер по профилактике коррупции на государственной службе является формирование в обществе нетерпимости к коррупционному поведению государственных служащих. Хотя государством осуществляются меры по антикоррупционной пропаганде, граждане активно продолжают совершать коррупционные правонарушения. Думается, это связано со сложившимся менталитетом российских граждан, т.е. с качественной совокупностью особенностей восприятия и оценки ими окружающего мира. Гражданам легче дать взятку, чем собирать огромное количество документов, простаивать в очередях.

Кроме того, сегодня остается на высоком уровне правовой нигилизм граждан РФ. На наш взгляд, необходимо улучшать качество мер по правовому просвещению населения: повыше-

³ См.: *Егоров И.* Разрешение на взятку // Рос. газ. 2011. № 5418.

ние правовой культуры общества, увеличение роли в профилактике коррупции таких общественных организаций, как «Ассоциация юристов России» и «Общественный антикоррупционный комитет», перевод на федеральное вещание телеканала «Закон-ТВ»⁴.

Хотя законодательством установлена норма, закрепляющая порядок проведения гражданами и юридическими лицами независимой экспертизы на коррупциогенность нормативных правовых актов (в том числе правовых актов управления государственных служащих и проектов этих актов)⁵, данным правом физические и юридические лица пользуются редко. По нашему мнению, связано это с тем, что экспертизу на коррупциогенность они должны проводить за собственные средства⁶. Думается, в каждом государственном органе нужно ввести специальную должность уполномоченного или создать специальную организацию, которые будут проводить независимую экспертизу на коррупциогенность административных актов за счет государственных средств. Результат проведения экспертизы должен носить не рекомендательный, а обязательный характер для органа, организации и должностного лица, издавших акт, в результате чего коррупциогенные положения, содержащиеся в изданных ими актах или их проектах, должны быть исключены.

Важная мера по профилактике коррупции – предоставление государственными служащими сведений о доходах, имуществе и имущественных обязательствах, своих и своей семьи. Однако данная мера во многом остается недействующей. Хотя непредставление данных сведений или предоставление ложных сведений является основанием для увольнения государственного служащего или привлечения его к юридической ответственности, многие чиновники продолжают предоставлять

⁴ См. подробнее: Национальный план противодействия коррупции от 31 июля 2008 г. № ПР-1568 // Рос. газ. 2008. № 164.

⁵ Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96 // Рос. газ. 2010. № 5125.

⁶ См: Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов: федер. закон от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ // Рос. газ. 2009. № 4957.

не соответствующие действительности данные о своих доходах. Решить изложенную проблему можно путем введения института общественного контроля над предоставляемыми сведениями о доходах (например, контроль Общественной Палаты РФ, общественных палат субъектов РФ). К тому же необходимо сделать данную процедуру публичной, чтобы все граждане могли ознакомиться со сведениями о доходах государственного служащего.

3. Большой и разветвленный аппарат государственных служащих, несистематизированность и неконкретизированность их полномочий затрудняют в полной мере осуществлять меры по минимизации коррупции. С целью уменьшения численности государственных служащих 31 декабря 2010 г. Президентом РФ был подписан Указ № 1657 «Об оптимизации численности федеральных государственных гражданских служащих и работников федеральных государственных органов», согласно которому к 2013 г. численность государственных гражданских служащих должна снизиться до 35 %⁷. Но, как показывает статистика предыдущих лет, меры, направленные на уменьшение численности государственных служащих, приводили только к их увеличению. Нужно провести переаттестацию государственных служащих, в результате которой должны остаться наиболее квалифицированные специалисты, с одновременным повышением уровня оплаты труда и социальной защищенности.

Действенной мерой по минимизации коррупционных правонарушений является постепенный переход на систему оказания электронных государственных услуг населению. Даная мера избавит население от такого явления, как «очередь», уменьшит количество встреч граждан с чиновниками. Кроме того, необходимо продолжать создание многофункциональных центров, деятельность которых основана на идее «одного окна»⁸.

В связи с опасностью такого явления, как коррупция, целесообразно будет включить понятие «противодействие кор-

⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 1. Ст. 195.

⁸ См: Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг : федер. закон от 28 июля 2010 г. № 210-ФЗ // Рос. газ. 2010. № 5247.

рупции» в Конституцию РФ. Из-за несовершенства законодательства в области противодействия коррупции в субъектах РФ, антикоррупционная деятельность должна быть исключительно в ведении Российской Федерации.

В любом случае, несмотря на все существующие проблемы, наличие в Российской Федерации антикоррупционного законодательства и осуществление государством мер по противодействию коррупции свидетельствуют о том, что Российская Федерация стремится к построению правового государства и гражданского общества.

З. В. Шваюн

О ПРОБЕЛАХ И ДЕФЕКТАХ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В этом году исполняется 18 лет со дня принятия Конституции Российской Федерации 1993 г. Идеальна ли Российская Конституция? На этот вопрос Президент Дмитрий Анатольевич Медведев в одном из своих выступлений ответил: «Нет, не бывает идеальных документов»¹. Однако вопрос о проблемах российской Конституции до сих пор актуален. По этому вопросу продолжают идти научные дискуссии. Хотелось бы остановиться на проблеме пробелов и дефектов действующего Основного закона.

По мнению В. В. Лазарева и С. В. Липень, пробелы в праве бывают двух видов: «в виде полного отсутствия какого-либо регулирования вопроса и в виде неполноты имеющегося регулирования»². Другие специалисты дифференцируют указанные пробелы в зависимости от наличия или отсутствия умысла законодателя в возникновении пробела. Л. А. Морозова их называет мнимыми и реальными. «Под мнимыми пробела-

¹ Шишлин В. Пусть остается и слушает. URL: <http://www.interfax.ru/politics/txt.asp?id=51291>

² Лазарев В. В., Липень С. В. Теория государства и права : учебник. 2-е изд. М., 2000. С. 370.

© Шваюн З. В., 2011

ми понимается преднамеренное молчание законодателя, т.е. когда он сознательно оставляет вопрос открытым, предлагая передать его решения на усмотрение правоприменителя, или законодатель сознательно выводит данные общественные отношения за сферу правового регулирования. Это называется квалифицированным молчанием»³. Пробел может считаться дефектом регулирования, однако, по мнению профессора С. А. Авакьяна, понятие дефекта шире, объемнее и связано с выбором регулирования, качеством норм и удачностью их реализации⁴. Нам эта позиция представляется убедительной.

Термин «дефект» не юридический, но, безусловно, можно говорить и о дефектах права, имея в виду дефекты источников права. Они могут выражаться как внутренние противоречия, коллизии правовых норм, технические упущения и ошибки законодателя. Пожалуй, самый известный дефект нашей Конституции – это неопределенность положения Президента в системе разделения властей.

Согласно ст. 10 Конституции РФ, государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. А в соответствии со ст. 11 Основного закона, государственную власть в Российской Федерации осуществляют Президент РФ, Федеральное Собрание, Правительство РФ, суды РФ. Следовательно, участие Президента в осуществлении государственной власти предполагает включение его в одну из этих ветвей. Допустим, речь могла бы идти о власти исполнительной. Однако, согласно ст. 110 Конституции, исполнительную власть в Российской Федерации осуществляет Правительство РФ. Таким образом, Президент стоит вне этой ветви власти. По Конституции, он – глава государства, имеет право обеспечивать согласованное функционирование и взаимодействие органов государственной власти, использовать согласительные процедуры для разрешения разногласий между органами государственной власти РФ и субъектов РФ, а также между органами государственной власти субъектов РФ. Помимо этого, он еди-

³ Морозова Л. А. Теория государства и права. М., 2002. С. 288.

⁴ См.: Авакьян С. А. Пробелы и дефекты в конституционном праве и пути их устранения // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 8. С. 3–12.

нолично назначает 23 тыс. российских судей и, таким образом, влияет на судебную власть.

Все это дает основание для вывода о наличии на федеральном уровне особой формы (или ветви) власти – президентской. Данный факт требует принципиального решения: либо надо отразить в Конституции самостоятельное существование президентской власти как отдельной формы (ветви) власти, либо определить конкретно положение Президента в системе трех существующих ветвей власти.

Другие примеры. Можно считать тактическим просчетом создателей Конституции тот факт, что, включив в нее главу о местном самоуправлении, они не поместили в нее главы об органах государственной власти субъектов РФ. На первый взгляд, ст. 77 Основного закона выглядит демократично: субъекты Федерации сами определяют свою систему органов государственной власти в соответствии с основами конституционного строя РФ и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом. Но непонятно, почему в федеральном законе эти принципы закреплять можно, а в самой Конституции – нельзя.

Не ясно, почему в главу Конституции, посвященной судебной власти, включена ст. 129, посвященная прокуратуре. Считать прокуратуру частью судебной власти нельзя: она никаких функций правосудия осуществлять не вправе. Тут же возникает вопрос: почему, помимо прокуратуры, в Конституцию не включили положения, например, об адвокатуре.

В Конституции слабо урегулированы взаимоотношения между бюджетами разных уровней – федеральными, субъектов РФ и муниципальных образований; не решены многие другие вопросы конституционной значимости.

Хотелось бы напомнить о нормах ст. 135 и ст. 137 Конституции, в которых предусматривается создание федеральных конституционных законов о Конституционном Собрании и изменении конституционно-правового статуса субъекта РФ. Недалек тот день, когда исполнится 17 лет со дня принятия Конституции, однако до сих пор эти законы не приняты.

Наличие пробелов, дефектов в Конституции 1993 г. можно объяснить поспешностью законодателей и существовавшей

на тот момент определенной политической конъюнктурой. Очевидно, что проблемы Российской Конституции могут быть решены только путем реформирования. Кстати, на вопрос: «Возможны ли какие-либо изменения Конституции в будущем?», – заданный Президенту РФ Д. А. Медведеву на научной конференции в Кремле, посвященной 15-летию Конституции РФ, он дал утвердительный ответ⁵.

⁵ См.: Шишлин В. Указ. соч.

Я. И. Шевченко

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ АТТЕСТАЦИИ МУНИЦИПАЛЬНЫХ СЛУЖАЩИХ

Обеспечение структуры любого уровня высококвалифицированным персоналом невозможно без измерения и оценки его характеристик. Вместе с тем реалии нынешнего времени зачастую требуют не общей, а индивидуальной оценки каждого работника как совокупности его личностных и профессиональных характеристик.

К настоящему времени разработано множество методов оценки персонала. Но именно аттестация может быть основным методом анализа состояния персонала как государственной, так и муниципальной службы.

Правовым началом аттестации следует считать совместное Постановление ЦК КПСС, Президиума Верховного Совета СССР, Совета Министров СССР, ВЦСПС, ЦК ВЛКСМ от 5 марта 1987 г., которым утверждено Примерное положение о порядке проведения аттестации ответственных работников аппарата советских и общественных органов. На основе этой директивы были приняты нормативные акты о порядке проведения аттестации в отдельных видах службы на федеральном уровне. «При аттестации оцениваются политические, деловые и нравственные качества работников, уровень их куль-

туры и способности работать с людьми и делаются выводы об их соответствии занимаемой должности... Обсуждение работы аттестуемого должно проходить в обстановке требовательности, принципиальности и доброжелательности, исключающей проявление субъективизма...»¹.

Позже принятые Закон РСФСР от 6 июля 1991 г. «О местном самоуправлении в РСФСР» и Указ Президента РФ от 26 октября 1993 г. № 1760 «О реформе местного самоуправления в Российской Федерации» не содержали положений о проведении аттестации муниципальных служащих.

И только Федеральный закон от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ (в ред. от 17.07.2009 г.) «О муниципальной службе в Российской Федерации» закрепил институт аттестации муниципальных служащих как таковой. В ст. 18 данного нормативно-правового акта сформулированы цели проведения аттестации, перечислены категории муниципальных служащих, не подлежащие аттестации, определены возможные варианты окончания аттестации и некоторые другие основы. Согласно ч. 7 данной статьи, «положение о проведении аттестации муниципальных служащих утверждается муниципальным правовым актом в соответствии с типовым положением о проведении аттестации муниципальных служащих, утверждаемым законом субъекта Российской Федерации»². Федеральный закон «О муниципальной службе в Российской Федерации» устанавливает точные сроки проведения аттестации: один раз в три года. До этого Законом не указывалась периодичность проведения аттестации.

Если говорить о Воронежской области, то Типовое положение утверждено законом Воронежской области от 28 декабря 2007 г. № 175-ОЗ (в ред. от 27.11.2008 г.) «О муниципальной службе в Воронежской области»³, которое закрепляет общие положения, организацию проведения аттестации, порядок

¹ О введении аттестации ответственных работников аппарата советских и общественных органов : постановление ЦК КПСС, Президиума Верховного Совета СССР, Совета Министров СССР, ВЦСПС, ЦК ВЛКСМ от 5 марта 1987 г. № 291 // Ведомости Верховного Совета СССР. 1987. № 12. Ст. 153.

² Рос. газ. 2009. 22 июля.

³ Молодой коммунар. 2008. 12 янв.

проведения аттестации, примерный аттестационный лист служащего.

Об аттестации работников говорится и в Трудовом кодексе РФ. В ст. 81 «Расторжение трудового договора по инициативе работодателя» определено, что трудовой договор может быть расторгнут работодателем в случае несоответствия работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации.

В настоящее время понятие аттестации четко в законодательстве не регламентируется. Хотя энциклопедии и словари обычно трактуют аттестацию (от лат. attestatio – «свидетельство, подтверждение») работника как процедуру определения квалификации, уровня знаний, практических навыков, деловых качеств работника и установления его соответствия занимаемой должности. Аттестация проводится с целью рациональной расстановки кадров и их эффективного использования. По результатам аттестации принимается решение, изменяющее или сохраняющее должностное положение аттестуемого.

Под аттестацией же в системе муниципальной службы имеется в виду проверка деловой квалификации служащего в целях определения уровня его профессиональной подготовки и соответствия занимаемой муниципальной должности, а также решения вопроса о присвоении муниципальному служащему квалификационного разряда (классного чина, дипломатического ранга), в том числе очередного.

Объектом оценки является не только теоретическая и практическая подготовленность муниципального служащего, но и непосредственное исполнение своих должностных обязанностей. Решение принимается на основании анализа служебной деятельности и ее результатов.

Аттестация муниципального служащего призвана способствовать совершенствованию деятельности органов местного самоуправления по подбору, повышению квалификации и расстановке муниципальных служащих⁴.

⁴ См.: Бочарникова М. А. Особенности регулирования трудовых отношений муниципальных служащих в законодательстве субъектов Российской Федерации // Трудовое право. 2002. № 4. С. 56.

Для органа местного самоуправления, в свою очередь, проведение аттестации – это не только право, но одновременно и обязанность. По общему правилу аттестации подлежат все служащие, независимо от занимаемой должности и вида службы⁵.

Следует отметить, что в отдельных органах могут проводиться персональные аттестации муниципальных служащих с целью представления их к присвоению специального звания, классного чина. Особенность таких аттестаций состоит в том, что они проводятся только в отношении отдельных служащих и связаны с подготовкой важных для конкретного служащего решений. Такая аттестация является фактором изменения реального правового статуса муниципального служащего.

Аттестация – это деятельность, процесс, начинающийся с момента принятия решения о проведении аттестации и заканчивающийся принятием решения об итогах аттестации, выполнением всех рекомендаций аттестационных комиссий, а также замечаний и предложений аттестуемых, высказанных ими на заседаниях аттестационных комиссий.

В литературе можно встретить различные точки зрения по вопросу о критериях оценки работы служащих. Однако на практике надежных критериев оценки служащих, гарантирующих качественное проведение аттестации, а следовательно, и успешность служебной деятельности, пока не разработано. Критерий оценки при аттестации – проявление требований к служащему по занимаемой им муниципальной должности муниципальной службы, а также конкретизация деловых и личных качеств, необходимых для эффективного выполнения служащими своих должностных обязанностей⁶. Поэтому при создании современной системы оценки муниципальных служащих целесообразно использовать и зарубежный опыт оценки персонала органов публичной власти. В качестве примера можно привести порядок проведения оценки чиновников во Франции. После проведения оценки на каждого из чи-

⁵ См.: *Ежевский Д. О.* Правовые основы прохождения муниципальной службы // *Административное и муниципальное право.* 2010. № 3. С. 57–73.

⁶ См.: *Лысенко В.* Технология аттестации государственных и муниципальных служащих // *Кадры.* 1998. № 4. С. 34.

новников составляется служебная характеристика с указанием следующих параметров (показателей): сообразительность; мыслительные и оценочные способности; специальные знания; готовность к труду, проявляемая при выполнении задач; энергия и интенсивность; приспособляемость; организационные способности; личная инициатива; способность принимать решения и претворять в жизнь планы и намерения, несмотря на внешнее сопротивление; способность к выражению своих мыслей; стиль общения и другие важные черты⁷. Каждый пункт характеристики оценивается по одной из позиций, которые дают возможность сделать выводы с использованием пятибалльной шкалы.

Организация аттестации муниципальных служащих проходит в три этапа:

1. Подготовка к проведению аттестации.
2. Проведение аттестации.
3. Подведение итогов аттестации.

Содержание работы на каждом этапе имеет свою специфику, которая определяется задачами, решаемыми работниками, отвечающими за подготовку и проведение аттестации руководителей и специалистов.

Особый интерес вызывает этап проведения аттестации муниципальных служащих.

В ходе аттестации могут проводиться тестирование муниципального служащего, собеседование с ним, разбор конкретных ситуаций, связанных с профессиональной деятельностью муниципального служащего, в ходе которых выявляется знание им действующего законодательства, научных рекомендаций и передового опыта в сфере его деятельности. Программы тестирования и собеседования разрабатываются с учетом специализации должности муниципальной службы. Аттестуемый вправе до начала заседания аттестационной комиссии ознакомиться с целью тестирования, получить информацию о ситуациях, которые могут быть предложены для разбора, а также подготовить документы и материалы,

⁷ См.: *Болотина Е. В.* Правовое регулирование приема, прохождения и прекращения муниципальной службы во Франции // Юрид. мир. 2006. № 5. С. 58.

разработанные и используемые им при выполнении служебных обязанностей.

Как предлагает В. Лысенко, каждому аттестуемому должно вручаться три бланка документов:

- 1) анкета, заполняемая муниципальным служащим, подлежащим аттестации;
- 2) бланк оценки, оформляемый непосредственным руководителем, в настоящее время замененный характеристикой;
- 3) тест для муниципального служащего с перечнем вопросов, ответы на которые позволяли анализировать компетентность и квалификационный уровень соответствующего муниципального служащего.

В настоящее время перечень вопросов утверждается руководителями соответствующих структурных подразделений органов местного самоуправления.

Тщательный анализ ответов на вопросы, разработанные В. И. Лысенко, позволяет сгруппировать их в три группы и, соответственно, оценить профессионализм и компетентность, деловые качества и личностные характеристики⁸.

В целях объективного проведения аттестации аттестационная комиссия после представления аттестуемым дополнительных сведений о его служебной деятельности за период, предшествующий аттестации, и его заявления о несогласии с представленной характеристикой может перенести аттестацию сотрудника на очередное заседание комиссии.

Кроме указанных качеств, при оценке служебной деятельности аттестуемого должны учитываться уровень образования, опыт работы, повышение квалификации и переподготовка, а также в отношении соответствующей группы должностей – организаторские способности⁹.

Едва ли не самое сложное при проведении аттестации, как рассуждает Г. А. Хныкин, – выработать критерии оценки. Оценить сотрудника «в целом» – то же самое, что поставить школьнику одну оценку, которая включала бы в себя одновре-

⁸ См.: Лысенко В. Указ. соч. С. 32 (Анкета), С. 33 (Бланк самооценки), С. 34–35 (Тест для государственного (муниципального) служащего).

⁹ См.: Калачева С. А. Аттестация. М., 2001. С. 3.

менно показатели успеваемости по пению, алгебре, литературе и физкультуре¹⁰.

Далее аттестационная комиссия по результатам аттестации муниципального служащего принимает одно из следующих решений:

а) соответствует замещаемой должности муниципальной службы;

б) соответствует замещаемой должности муниципальной службы и рекомендуется к включению в кадровый резерв для замещения вакантной должности муниципальной службы в порядке должностного роста;

в) соответствует замещаемой должности при условии успешного прохождения профессиональной переподготовки или повышения квалификации;

г) не соответствует замещаемой должности муниципальной службы¹¹.

Стоит согласиться с мнением В. А. Гневко по поводу влияния процесса аттестации на всю систему кадрового обеспечения местного самоуправления¹². Так, анализируя мероприятия по проведению аттестации муниципальных служащих управы Левобережного района, необходимо отметить, что данному институту принадлежит значительная роль в создании системы оценки персонала управы (и администрации в целом), которая предусматривает решение целого комплекса задач.

Актуальным, на наш взгляд, будет информация по результатам проведенного социального опроса муниципальных служащих, как прошедших аттестацию, так и сотрудников, не подлежавших аттестации. По итогам был сделан вывод, что данная процедура, по мнению большинства, носит, в основном, формальный характер в том смысле, что реальной оценке подвергаются лишь образовательный уровень и опыт работы (в плане соответствия должностным инструкциям), а уже по-

¹⁰ См.: *Хныкин Г. А.* Аттестация работников : нормативные акты и практика их применения // Трудовое право. № 4. С. 2–4.

¹¹ О муниципальной службе в Воронежской области : закон Воронежской области от 28 декабря 2007 г. № 175-ОЗ.

¹² См.: *Гневко В. А., Козута А. Е.* Проблемы кадрового обеспечения местного самоуправления. СПб., 1996.

том – деятельность служащих, их сильные и слабые стороны в профессиональном и личностном плане. Важно заметить, что учитывалось мнение как лиц, подлежащих аттестации, так и мнение тех, кто являлся членом аттестационной комиссии.

Многие сотрудники признают необходимость и значимость аттестации. Если говорить о продвижении по служебной лестнице, то, по словам некоторых опрошенных, это событие случается не чаще, чем раз в несколько лет. При этом формально существует кадровый резерв, однако при появлении вакантных должностей о нем почему-то «забывают», как высказался один из респондентов.

Все перечисленное говорит о том, что аттестация служащих в управе проводится не совсем эффективно, и большинство признают этот факт, как и необходимость лучшего проведения аттестации. Изучение и анализ данных по проведению аттестации муниципальных служащих позволяют отметить следующие недостатки в этой работе:

- нерегулярность проведения аттестации;
- проведение оценки аттестуемых лишь по формальным критериям (образование, стаж работы и т.п.) и на основании служебной характеристики;
- незначительный процент муниципальных служащих, направляемых по результатам аттестации на переподготовку и повышение квалификации, а также зачисляемых в резерв на выдвижение.

Таким образом, большую эффективность аттестация муниципальных служащих будет иметь в случае тщательных методических разработок и изменения отношения к ней как к формальному мероприятию.

Д. А. Шитиков

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПРИКАЗНОГО ПРОИЗВОДСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССУАЛЬНОМ ПРАВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В целях совершенствования гражданского судопроизводства законодатель всегда стремился решить две задачи: с одной стороны, создать гарантии для обеспечения полноценной защиты прав и законных интересов участников процесса; с другой – максимально упростить разбирательство дел в юрисдикционном органе, сделать разрешение конфликта в установленном законом порядке наиболее привлекательным и доступным. Проблема заключается в том, что реализация одной из этих задач довольно часто приводит к созданию трудностей на пути решения другой.

Упрощенные правовые процедуры были известны еще древним римлянам. В их праве существовал институт преторской защиты, который можно считать прообразом приказного производства. В России упрощенные процедуры, аналогичные судебному приказу, появились в XIV–XV вв. (институт так называемых бессудных грамот). Однако непосредственно сам институт судебного приказа существовал в Российской империи, а позже и в СССР с 1864 по 1928 г. После этого в советском процессуальном законодательстве данный институт долгое время не упоминался. Он был возрожден в 1995 г. включением в Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1964 г. главы 11–1 «Судебный приказ». На данный момент положения о судебном приказе закреплены Гражданским процессуальным кодексом РФ от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ.

Вместе с тем с институтом судебного приказа связано большое количество проблем. Одним из спорных вопросов остается извещение должника о вынесении судебного приказа. Практика показывает, что наибольшее количество ошибок мировые судьи допускают именно в связи с нарушением положений ст. 128 ГПК РФ¹.

¹ О причинах отмены судебных постановлений мировых судей в порядке надзора за первый квартал 2005 года : справка Кемеровского об-

© Шитиков Д. А., 2011

Довольно часто должник узнает о вынесении судебного приказа уже на стадии исполнительного производства, в результате чего фактически лишается права на судебную защиту. Это становится возможным потому, что многие судьи не учитывают положений главы 10 ГПК РФ и используют средства связи, не обеспечивающие извещения должника. Более того, нередко, в нарушение п. 2 ст. 130 ГПК РФ, суд выдает судебный приказ на руки заявителю при отсутствии сведений о получении его копии должником. Безусловно, подобные нарушения являются основаниями для отмены судебных актов². Однако они связаны не только с недостаточной квалификацией мировых судей.

Остаются законодательно не урегулированными некоторые вопросы. В частности, непонятно, как должен поступить мировой судья, если, несмотря на предпринятые усилия, не удастся получить подтверждения надлежащего извещения должника (например, заказное письмо вернулось в суд с пометкой «Адресат не проживает») либо должник избегает получения копии приказа. С одной стороны, судья не вправе выдавать судебный приказ на руки заявителю до истечения срока для представления должником возражения относительно исполнения приказа (ст. 130 ГПК РФ). При этом данный срок исчисляется с момента получения должником копии приказа. С другой стороны, судья не может отменить судебный приказ по основанию неполучения его копии должником. В результате мировой судья находится в патовой ситуации: выдать исполнительный документ на руки взыскателю он не имеет права, но и прекратить производство по делу он не может.

Кроме того, в невыгодной ситуации оказывается взыскатель, который не осведомлен о месте жительства (нахождения) должника, но знает о наличии и местонахождении имущества должника, на которое может быть наложено взыскание (например, денежные средства на счете в банке). В этом

ластного суда от 14 апреля 2005 г. № 01-19/199. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Постановление Президиума Нижегородского областного суда от 31 августа 2006 г. по делу № 44-Г-188. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

случае взыскатель лишается возможности защитить свои права не только в порядке приказного производства, но и искового, так как исковое заявление должно быть возвращено по мотиву нахождения тождественного дела в производстве мирового судьи (п. 1 ст. 135 ГПК РФ). Конечно, извещение может быть направлено по месту работы должника (п. 4 ст. 113 ГПК РФ).

Однако о месте работы должника взыскатель и судья могут не иметь сведений. При этом розыск ответчика (в данном случае должника) на основании ст. 120 ГПК РФ возможен лишь по строго определенным категориям дел. В результате, чтобы разрешить данную проблему, судьи зачастую идут на нарушение закона. Некоторые судьи применяют по аналогии положения налогового законодательства, регламентирующие направление требования об уплате налогов. Копия приказа считается полученной должником по истечении 6 дней с момента направления ее заказным письмом. Однако такая аналогия недопустима, так как речь идет о совершенно разных по характеру правоотношениях. Другие дожидаются истечения срока хранения почтовых отправлений в объектах почтовой связи (1 неделя³) и после этого выдают судебный приказ на руки взыскателю. Третьи не дожидаются поступления сведений об извещении должника и сразу выдают приказ на руки взыскателю. Все это приводит к тому, что должник узнает о наличии судебного акта уже на стадии исполнения. В этой связи полагаем, что в главе 11 ГПК РФ следует закрепить перечень процессуальных действий мирового судьи, в том числе в случае, когда не удастся получить сведения о получении должником копии судебного приказа.

С рассмотренной проблемой связан вопрос об обжаловании судебного приказа. В соответствии с п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ⁴ судебный приказ может быть

³ Почта России : приказ ФГУП от 31 августа 2005 г. № 343. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ О применении норм гражданского процессуального законодательства в суде надзорной инстанции в связи с принятием и введением в действие Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 330-ФЗ «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации» : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 12 февраля 2008 г. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

обжалован должником только в суд надзорной инстанции в пределах срока, предусмотренного, ч. 2 ст. 376 ГПК РФ, т.е. в течение 6 месяцев со дня вступления судебного акта в законную силу. Между тем в отношении судебного приказа законодатель вообще не использует понятие «вступление в законную силу». В этой связи возникает вопрос – с какого момента начинается течение срока для подачи надзорной жалобы на судебный приказ? Поэтому необходимо законодательно закрепить время вступления судебного приказа в законную силу. В главе 11 ГПК РФ следует установить, что судебный приказ вступает в законную силу по истечении срока на представление должником возражений относительно его исполнения. При этом требуется закрепить в ст. 376 ГПК РФ, что в целях обжалования в надзорной инстанции, в случае ненадлежащего исполнения или неисполнения мировым судьей требований ст. 128 ГПК РФ, датой вступления судебного приказа в законную силу считается день получения судебного приказа взыскателем.

Гражданский процессуальный кодекс не предусматривает применения обеспечительных мер в приказном производстве. Логика законодателя понятна: в приказном производстве предполагается отсутствие спора между сторонами. Однако бесспорность требования не означает, что должник собирается его исполнять. Кроме того, не исключено, что параллельно с приказным производством к тому же должнику другим кредитором могут предъявляться имущественные требования в порядке искового производства. При этом истец вправе, в отличие от взыскателя, требовать применения обеспечительных мер. Все это ставит взыскателя в невыгодное положение. По нашему мнению, очевидной необходимостью является закрепление в Гражданском процессуальном кодексе РФ возможности применения обеспечительных мер в приказном производстве аналогичных тем, которые применяются в исковом производстве, с учетом особенностей приказного производства.

Представляется необходимым наделить должника правом заявлять возражения относительно не только всего приказа

в целом, но и его части⁵. Закон устанавливает, что поступление возражений от должника независимо от их содержания влечет отмену судебного приказа. В то же время это сильно ограничивает возможности судебной защиты прав и законных интересов лиц в порядке приказного производства. Вполне возможна ситуация, когда должник имеет реальную возможность оспорить только часть требований кредитора (например, должник согласен с суммой основного долга, но готов оспаривать проценты за пользование денежными средствами по договору займа). В такой ситуации должнику выгоднее возражать в отношении лишь тех требований, с которыми он не согласен и которые способен оспорить в исковом производстве. В противном случае на него ложатся дополнительные судебные расходы, так как иск, поданный после отмены судебного приказа, скорее всего, будет удовлетворен и в той части, в которой должник вообще не оспаривал требования взыскателя. На наш взгляд, будет правильным позволить должнику заявлять свои возражения относительно судебного приказа, как в целом, так и в определенной части.

Спорным представляется вопрос о возможности рассмотрения в порядке приказного производства требований о взыскании неустойки, пени, штрафа и т.д. Пункт 7 ч. 1 ст. 127 ГПК РФ устанавливает возможность взыскания посредством судебного приказа неустойки и пеней. Думается, что разрешение вопроса о применении к должнику штрафных санкций в приказном производстве недопустимо, так как требует подробного исследования обстоятельств дела. По делам о выдаче судебного приказа возможности такого исследования ограничены. Так, ст. 333 ГК РФ предоставляет суду право уменьшать размер неустойки, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства; ст. 404 ГК РФ разрешает суду уменьшать размер ответственности должника, если кредитор умышленно или неосторожно содействовал увеличению размера убытков. В порядке приказного производства перечисленных возможностей у суда нет.

⁵ См.: Решетняк В. И., Черных И. И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе. М., 1997. С. 59.

В практике распространены случаи, когда мировые судьи выносят определения об отказе в принятии заявления о вынесении судебного приказа о взыскании с должника неустойки, пени и т.д., мотивируя такие определения тем, что «по делу усматривается спор о праве». Однако в дальнейшем такие судебные акты нередко отменяются в порядке надзорного производства⁶. По нашему мнению, следует законодательно запретить удовлетворение требований о взыскании неустойки, пени и т.д. в порядке приказного производства, так как у мирового судьи, который выносит судебный приказ, отсутствует необходимый набор полномочий для детального исследования указанного вопроса.

Учитывая изложенное, необходимо вести речь о сокращении категорий дел, которые мировые судьи могут разрешать в порядке приказного производства. В частности, необходимо установить ограничение по сумме требований, которые можно взыскать с помощью судебного приказа. Считаем неправильной ситуацию, когда в исковом производстве мировой судья рассматривает требования на сумму до 50 тыс. руб. (п. 3 ч. 1 ст. 23 ГПК РФ), а в приказном производстве, где предусмотрено гораздо меньше гарантий защиты прав и законных интересов лиц сумма требований не ограничена. Рациональным решением, на наш взгляд, было бы также ограничить ее до 50 тыс. руб.

Кроме того, достаточно размытым выглядит критерий предположительного наличия спора о праве. Его следовало бы прописать конкретнее, так как, по нашему мнению, недопустимой является ситуация, когда мировому судье предоставляется значительная свобода выбора при решении вопроса, какие дела ему подсудны, а какие – нет.

⁶ См.: Постановление Президиума Челябинского областного суда от 9 марта 2005 г. № 4Г05-12; Постановление Президиума Челябинского областного суда от 14 января 2004 г. № 4Г-03-129. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Н. Н. Щербинина

**О ПРОБЛЕМАХ ВНЕДРЕНИЯ
«ЭЛЕКТРОННОГО ПРАВИТЕЛЬСТВА»
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Широкое применение информационно-коммуникационных технологий (ИКТ) является неотъемлемой частью развития современного общества. XXI век – время перехода всего мира к «информационному обществу», «информационной цивилизации». Важнейший документ этапа информатизации в России – госпрограмма «Информационное общество»¹, которая предусматривает ряд мер для достижения закрепленных целей. Президент РФ неоднократно обращал внимание на процесс информатизации общества, что нашло свое отражение в утвержденной его решением «Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации»². Более того, указывается, что «информационное общество» представляет целевую установку государственной политики в области использования и развития ИКТ.

Еще ранее, в 2004 г., решением Правительства РФ была одобрена «Концепция использования информационных технологий в деятельности федеральных органов исполнительной власти до 2010 года»³. Основной целью Концепции является использование ИКТ для повышения эффективности механизмов государственного управления на основе создания общей информационно-технологической инфраструктуры, включающей государственные системы и ресурсы, а также средства, обеспечивающие их функционирование, вза-

¹ О государственной программе Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)» : распоряжение Правительства РФ от 20 октября 2010 г. № 1815-р // Рос. газ. 2010. 16 окт.

² Стратегия развития информационного общества в России : утв. Решением Президента РФ от 7 февраля 2008 г. № Пр-212 // Рос. газ. 2008. 16 февр.

³ О Концепции использования информационных технологий в деятельности федеральных органов государственной власти до 2010 года и плане мероприятий по ее реализации : распоряжение Правительства РФ от 27 сентября 2004 г. № 1244-р // Рос. газ. 2004. 7 окт.

© Щербинина Н. Н., 2011

имодействие между собой и с населением и организациями в рамках предоставления государственных услуг. Отметим, что эффективная система предоставления указанных услуг на основе использования ИКТ и есть то «электронное правительство», о котором шла речь в Федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002–2010 годы)»⁴. «Концепцию использования информационных технологий в деятельности федеральных органов исполнительной власти до 2010 года» было решено реализовывать, по сути, в соответствии с ранее намеченным планом создания такого «правительства». Вместе с тем, по состоянию на конец 2010 г. эффективность исполнения программы оценивалась как низкая: в полной мере электронный документооборот между государственными органами, а также электронные коммуникации между государственными органами и гражданами так и не функционировали. Эффективность государственного управления в России, по оценке Всемирного банка, за эти годы практически не изменилась⁵.

Государственная программа «Информационное общество» рассчитанная на 2011–2020 гг., пришедшая на смену закончившейся в 2010 г. Федеральной целевой программе «Электронная Россия», призвана открыть новый этап развития информационного общества в России. Программа 2011–2020 гг. имеет многоцелевую структуру, однако наибольший вес в ней занимают мероприятия по созданию «электронного правительства». При этом указывается, что целью государственной программы является получение гражданами и организациями преимуществ от применения информационных и телекоммуникационных технологий за счет обеспечения равного доступа к информационным ресурсам, развития цифрового контента, применения инновационных технологий, радикального повышения эффективности государственного управления при обеспечении безопасности в информационном обществе.

⁴ О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002–2010 годы)» : постановление Правительства РФ от 28 января 2002 г. № 65 // Рос. Бизнес-газета. 2002. 12 февр.

⁵ См.: *Конищева Т.* Чиновникам поставили «тройку» // Рос. Бизнес-газета. 2007. 17 июля.

В «Основные требования деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2012 года»⁶ включен специальный раздел «Создание информационного общества», а также направление деятельности Правительства РФ, которое выражается в утверждении «электронного правительства».

Однако вопрос о создании «электронного правительства» имеет не только теоретический, но и практический характер.

ИКТ системы органов власти в Российской Федерации не позволяют на сегодняшний день решать конкретные задачи населения. К сожалению, выход на государственные интернет-порталы не заменяет гражданам посещение различных инстанций для сбора необходимых справок и разрешений, так как большинство государственных органов в России предоставляют в сети только самую элементарную справочную информацию. При этом не все органы власти имеют возможность предоставлять услуги через Интернет. Лишь некоторые могут предоставить гражданам возможность подачи заявления и документов через Интернет, отслеживание этапов оказания услуги на портале и непосредственно получение услуги, в том числе архивного отдела, департамента имущественных и земельных отношений, управления ЗАГС, департамента труда и социального развития, инспекции по контролю и надзору в сфере образования.

Кроме того, существует определенная проблема, связанная с совместимостью приложений «электронного правительства». Они должны быть построены с учетом соблюдения единых стандартов обмена информацией на всех уровнях. Реализация данного принципа в российской действительности представляется одним из самых сложных вопросов. В разных регионах России информационные системы местных учреждений имеют разный уровень автоматизации и не совместимы не только с аналогичными системами органов власти других субъектов РФ, но и внутри самих регионов. Для решения данной проблемы необходимо внедрение общих стандартов и требований к системам. Поскольку ведомственные информа-

⁶ Об утверждении основных требований деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2012 года : постановление Правительства РФ от 17 ноября 2008 г. № 1663-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 48.

ционные системы создавались в разное время на различных технологиях, обмен информацией между ними сильно затруднен⁷. Неэффективность использования ручного ввода данных и документов приводит к значительным затратам времени и ресурсов. Для решения этой проблемы предполагается использование системы межведомственного информационного обмена. Это позволит ведомствам беспрепятственно и в автоматическом режиме взаимодействовать между собой и с Единым порталом государственных услуг.

Следует указать на доступный характер предоставления государственных услуг через Интернет⁸. Услуги «электронного правительства» должны быть доступны всем категориям граждан, независимо от их индивидуальных, социальных или культурных особенностей или географического местонахождения. В действительности только 20 % российских семей имеют тот или иной вид компьютерной техники⁹. Таким образом, пользоваться Единым порталом государственных услуг смогут далеко не все граждане. Однако финансирование предоставления государственных услуг через Интернет происходит из федерального и регионального бюджетов, формирующихся за счет уплаты налогов всеми без исключения гражданами.

Вопрос о введении «электронного правительства» в России является дискуссионным. По мнению А. Н. Швецова, нецелесообразно вводить ИКТ для предоставления государственных услуг, так как, во-первых, в России низкий уровень общего развития, во-вторых, в зарубежных государствах информационные технологии внедряются в уже хорошо отлаженные механизмы управления, способные к тому же самосовершенствоваться. Однако определенные проблемы присутствуют и в иностранных государствах, в частности, высокие цены на информационные технологии, а также низкая эффективность информатизации, – по заме-

⁷ См.: Раичев Д. IT-тренды. Коммуникационные системы в регионах развиваются неравномерно // Рос. газ. 2011. 22 февр.

⁸ См.: Головин Ю. А., Григорьев П. В., Щенников М. А. Новые политические технологии в современной России : монография. М., 2009. С. 140.

⁹ См.: Кнолмар А. Купят все // Рос. бизнес-газета. 2010. 8 нояб.

чанию Швецова, ее показатель не так высок, как принято считать¹⁰.

Таким образом, на данный момент в России создана объемная и разветвленная юридическая база, регулирующая внедрение и введение в действие «электронного правительства», включая федеральные законы, концептуально-стратегические документы, федеральные целевые программы, указы Президента, постановления и распоряжения Правительства РФ, а также иные подзаконные нормативно-правовые акты. Следует указать на нестабильный характер нормативно-правовой базы. В связи с этим, по мнению П. В. Григорьева, необходимо провести ее полную инвентаризацию, упорядочение и кодификацию, придать ей более четкую структуру, снять противоречия и ликвидировать дублирование актов¹¹.

К сожалению, отсутствует четкий механизм реализации норм, регулирующих предоставление государственных услуг через Интернет. Кроме того, упор, сделанный на координационно-совещательные формы организации взаимодействия органов, не оправдывает себя в отсутствие четкого разделения труда между органами власти и управления, так как без определения конкретных сроков для достижения целей, а также без установления реальной ответственности невозможно добиться желаемых результатов в сфере внедрения и введения «электронного правительства».

¹⁰ См.: Швецов А. Н. «Информационное общество»: теория и практика становления в мире и в России // Рос. экон. журн. 2011. № 1. С. 35.

¹¹ См.: Григорьев П. В. «Электронное правительство» в политико-административном управлении современной России: автореф. дис. ... канд. полит. наук. Ярославль, 2009. С. 16.

Я. В. Явтуховская

ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ПОЛНОМОЧИЙ ОРГАНОВ КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ В РОССИИ

Создание Конституционного Суда и наделение его полномочиями специального органа конституционного контроля – прогрессивный шаг в истории нашего государства и права. Но решение вопроса о компетенции Конституционного Суда Российской Федерации (далее – КС РФ) остается открытым. Ее расширение основывается на положении ч. 3 ст. 128 Конституции России¹, устанавливающей, что полномочия, порядок образования и деятельность КС РФ могут регламентироваться федеральным конституционным законом.

Анализ правовых позиций КС РФ позволяет констатировать, что расширение его полномочий осуществляется в следующих направлениях: расширение объектов конституционного нормоконтроля, расширение круга субъектов инициирования жалоб в КС РФ, формулирование новых полномочий.

Касательно расширения объектов, КС РФ разъяснил, что термин «федеральный закон» в ч. 2 ст. 125 Конституции используется для обозначения всех законов, которые принимаются федеральным законодателем, в том числе и федеральных конституционных законов². То есть суд придал расширительное толкование значению понятия «закон». Это также подтверждается тем, что положения ч. 4 ст. 125 Конституции РФ распространяются не только на законы, но и на постановления Государственной Думы об амнистии (Постановление КС РФ от 5 июля 2001 г.) и некоторые акты Правительства (Постановление КС РФ от 27 января 2004 г.).

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. законов о поправках к Конституции от 30.12.2008 г.) // Рос. газ. 1993. 25 дек.; 2009. 21 янв.

² См.: По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : постановление Конституционного Суда РФ от 29 июня 2004 г. № 13-П // Рос. газ. 2004. 7 июля.

© Явтуховская Я. В., 2011

Сложившаяся правоприменительная практика в виде постановлений Пленума Верховного Суда РФ стала объектом оценки со стороны КС РФ благодаря широкому прочтению последним требований, предъявляемых к его решениям ч. 2 ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации».

Расширен круг субъектов инициирования жалоб в КС РФ. Исходя из того, что защита прав и свобод должна быть обеспечена каждому, иностранные лица и лица без гражданства тоже могут обратиться в КС РФ, т.е. категория «граждане» интерпретируется расширительно³.

Касательно «объединений граждан», имеющих право на обращение в КС с жалобой на нарушение их конституционных прав и свобод законом, примененным в конкретном деле, суд толкует данную категорию расширительно, а именно: во-первых, как общественные объединения, не преследующие коммерческих целей (например, общественные организации)⁴; во-вторых, как коммерческие организации (АО, ООО, товарищества)⁵; в-третьих, как государственные (муниципальные) унитарные предприятия.

Относительно формулирования новых полномочий в последнее время складывается практика «подтверждения» конституционности закона или нормативных актов Правительства России. На это указал КС РФ в своем решении от 27 января 2004 г. № 1-П. КС в ряде правовых позиций признает за собой полномочие подтверждения конституционности закона субъекта РФ или проверки конституционности федерального закона, в случае, если закон субъекта решением суда общей юрисдикции признан противоречащим федеральному закону, что означает лишь признание его недействующим и не подлежащим применению с момента вступления решения суда в силу. Аналогично, если нормативный акт Правительства

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 1998 г. № 6-П // Рос. газ. 1998. 3 марта.

⁴ См.: Постановления Конституционного Суда РФ от 11 марта 2008 г. № 4-П, от 1 февраля 2005 г. № 1-П.

⁵ См.: Пункт 2 Постановления Конституционного Суда РФ от 24 октября 1996 г. № 17-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 45. Ст. 5202.

признан противоречащим федеральному закону решением суда общей юрисдикции, то это не препятствует органам государственной власти, указанным в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, обратиться в КС РФ с запросом о проверке его конституционности. Таким образом, возникает ситуация, при которой КС РФ превращается в апелляционную инстанцию в отношении суда общей юрисдикции.

Исходя из существующей тенденции расширения полномочий КС РФ, предлагается внести соответствующие изменения в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации». Во-первых, в направлении расширения объектов конституционного нормоконтроля необходимо включить в перечень объектов абстрактного контроля федеральные конституционные законы и постановления Пленума Верховного Суда РФ, а в перечень объектов конкретного – указы Президента РФ, постановления Правительства России. Во-вторых, в направлении расширения круга субъектов инициирования жалоб в КС РФ ст. 96 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» необходимо дополнить положениями о том, что иностранные граждане и лица без гражданства наравне с гражданами РФ имеют право обращаться в КС РФ, а словосочетание «объединение граждан» заменить на «юридические лица». В-третьих, в направлении формулирования новых полномочий необходимо признать за КС РФ право подтверждать конституционность закона субъекта РФ, объявленного судом общей юрисдикции противоречащим федеральному закону.

Конституционный контроль – достаточно молодой и развивающийся институт. Решения органов конституционной юстиции играют одну из важнейших ролей в построении российского правового государства. Сила государства заключается в уверенности граждан в обязательной защите своих конституционных прав и свобод, а наличие реально работающего Конституционного Суда, выносящего решения, отвечающих букве и «духу» Основного закона – Конституции, позволит укрепить эту уверенность.

И. А. Яночка

ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ ПЕНИ В НАЛОГОВОМ ПРАВЕ

Правовая природа пени в налоговом законодательстве продолжает оставаться предметом обсуждения у специалистов в области налогового права. Существуют две основные точки зрения на рассматриваемую проблему.

I. Одни ученые, поддерживая позицию законодателя, официально закрепленную в Налоговом кодексе РФ (далее – НК РФ), утверждают, что пеня не является мерой ответственности. Это праввосстановительная санкция налогово-правового принуждения как один из его видов¹.

II. Другие, наоборот, считают пени мерой ответственности. Однако и здесь среди правоведов нет единства. Внутри рассматриваемого подхода выделились два лагеря.

Представители первого лагеря относят пени к собственно мерам налоговой ответственности. В налоговой ответственности они выделяют санкции: карательные (штраф) и праввосстановительные (пеня)².

Представители второго лагеря считают пени мерой финансовой ответственности, а к налоговым санкциям относят только штраф³.

¹ См.: Тютин Ю. В. Содержание финансово-правовой ответственности // Финансовое право. 2009. № 2. С. 19–21; Гойман В. И. Правонарушение и юридическая ответственность // Общая теория права и государства : учебник / под ред. В. В. Лазарева. М., 1996. С. 240–243.

² См.: Кинсбургская В. А. Правовая природа налоговой ответственности // Финансовое право. 2008. № 2; Налоговое право России : учебник / отв. ред. Ю. А. Крохина. М., 2008. С. 517; Мачехин В. А. Налоговая ответственность налогоплательщиков : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 14–18; Стрельников В. В. Налоговая ответственность : учеб. пособие. Воронеж, 2006. С. 12.

³ См.: Малиновская В. М. Ответственность за нарушение таможенного законодательства Российской Федерации : (финансово-правовые аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 22; Кинсбургская В. А. Налоговая и финансовая ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах : разграничение понятий // Право и экономика. 2010. № 6. С. 31–37.

© Яночка И. А., 2011

Почему законодатель выбрал подход, состоящий в том, чтобы только штрафную ответственность назвать ответственностью? Почему не включил праввосстановительные меры в число налоговых санкций? Возможно, причиной такого подхода к рассматриваемой проблеме могла стать важность для государства налоговых отношений.

В налоговом праве (п. 6 ст. 108 НК РФ) действует презумпция невиновности, поэтому чтобы привлечь налогоплательщика к штрафной налоговой ответственности, налоговый орган должен доказывать факт правонарушения, наличие и степень вины правонарушителя. Такой процесс доказывания делает процедуру защиты налоговых интересов государства сложно реализуемой.

Больше возможностей предоставляет гражданское право, предполагающее презумпцию вины правонарушителя. Однако, если следовать нормам, изложенным в п. 1 ст. 401 Гражданского кодекса РФ, у правонарушителя имеется возможность доказать свою невиновность и в случае успеха избежать ответственности. Вероятно, для законодателя показалось неприемлемым наличие у налогоплательщика даже минимальной возможности избежать ответственности за неуплату налогов в срок. Кроме того, судебная процедура разрешения гражданских споров длительна и громоздка. В этой ситуации кажется естественным желание государства реализовать свои интересы по упрощенной процедуре. Поэтому был применен подход, при котором праввосстановительная ответственность налогоплательщика наступает независимо от наличия его вины, форс-мажора и иных обстоятельств⁴.

Таким образом, пени, в отличие от штрафа, подлежат уплате в любом случае просрочки исполнения обязанности по уплате налога или сбора; вину налогоплательщика при этом не требуется доказывать. Пеня есть нечто «автоматическое», «необсуждаемое» в рамках конкретного дела.

В связи с вышесказанным закономерно возникают два вопроса:

⁴ См.: Соловьев В. А. О правовой природе пени в налоговом законодательстве // Налоговые споры : теория и практика. 2007. № 6.

1) возможно ли уменьшить размер подлежащей взысканию пени аналогично тому, как возможно снизить размер штрафа при наличии смягчающих обстоятельств;

2) возможно ли вообще освободить налогоплательщика от уплаты пени аналогично тому, как при наличии определенных обстоятельств лицо не подлежит налоговой ответственности?

Ответ на первый вопрос нам дает Постановление Президиума ВС РФ от 5 апреля 2000 г.⁵, где указано, что в НК РФ нет норм, которые бы допускали или запрещали возможность уменьшения суммы начисленных пеней ввиду явно несоразмерной величины этой суммы размеру недоимки самого налога. Следовательно, можно считать, что в этом вопросе имеется пробел в налоговом законодательстве. В соответствии с ч. 3 ст. 10 Гражданского процессуального кодекса РСФСР, в случае отсутствия закона, регулирующего спорное отношение, суд применяет закон, регулирующий сходные отношения, а при отсутствии последнего – исходит из общих начал и смысла действующего законодательства. Поэтому к отношениям по уплате пеней за несвоевременное внесение налогов может применяться по аналогии закона ст. 333 Гражданского кодекса РФ. Таким образом, суд вправе уменьшить размер пени, если признает, что подлежащая взысканию сумма пени явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

Однако данная позиция Верховного Суда РФ противоречит действующему законодательству. Во-первых, что означает «отсутствует закон, регулирующий спорное отношение»? Такой закон существует – это НК РФ (ст. 2 НК РФ), и в нем уменьшения размера пени не предусмотрено. Во-вторых, аналогия закона предполагает применение к неурегулированному коллизионному отношению норм, регулирующих сходные отношения. В данном случае трудно сказать, что рассматриваемые отношения являются сходными, так как сам Гражданский кодекс РФ запрещает применять гражданское законодательство к налоговым отношениям (ч. 3 ст. 2 ГК РФ). В связи

⁵ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за IV квартал 1999 года : утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 5 апреля 2000 г. // Бюл. Верховного Суда РФ. 2000. № 7.

с этим считаем, что вышеуказанное Постановление Президиума Верховного Суда РФ следует отменить.

Второй поставленный нами вопрос долго являлся камнем преткновения в налоговой сфере.

Федеральным законом № 137-ФЗ⁶ в ст. 75 и 111 НК РФ были внесены изменения, вступившие в силу с 1 января 2007 г. Согласно новой редакции п. 8 ст. 75 НК РФ и пп. 3 п. 1 ст. 111 НК РФ, с налогоплательщика, который следовал письменным разъяснениям Минфина России, нельзя взыскать не только штраф, но и пени. Однако такие разъяснения должны соответствовать нескольким условиям, указанным в Законе (см. п. 8 ст. 75)⁷.

Таким образом, пени в определенной степени были приближены самим законодателем к мерам налоговой ответственности. Однако, в связи с тем, что законодатель не относит пени к мерам налоговой ответственности, положения глав 15 и 16 НК РФ к пени применяться не могут.

Так, Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа оставил без удовлетворения кассационную жалобу Федерального государственного учреждения «Областная клиническая больница управления Федеральной службы исполнения наказаний по Тюменской области», которая полагала, что требование об уплате пени выставлено ей налоговым органом с пропуском шестимесячного срока, установленного п. 1 ст. 115 НК РФ для взыскания налоговой санкции. В своем постановлении суд указал, что пеня не является налоговой санкцией, а по своей правовой природе является компенсацией потерь государственной казны в результате недополучения налоговых сумм в установленный срок. Та-

⁶ О внесении изменений в часть первую и часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации и в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию налогового администрирования : федер. закон от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3436.

⁷ Письмо Министерства финансов РФ от 20 мая 2009 г. № 03-02-08/39 // Еженедельник бухгалтера. 2009. № 21; Практический комментарий основных изменений налогового законодательства с 2007 года. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=64218>

ким образом, положения ст. 115 НК РФ в данном случае не подлежат применению⁸.

Возможно, в скором времени законодатель пойдет по пути признания пени мерой ответственности, что упразднит существующую ныне концепцию «без вины виноватых». В этом случае можно будет предложить на выбор один из следующих вариантов правового регулирования:

1. Установить в отношении пени презумпцию виновности, тем самым возложив бремя доказывания своей невиновности на самого налогоплательщика.

2. Ужесточить условия ответственности налогоплательщика, установив их на тех же принципах, что предусмотрены в гражданском законодательстве для участников предпринимательской деятельности: в случае нарушения обязательств от ответственности освобождает не отсутствие вины, а только воздействие обстоятельств непреодолимой силы (п. 3 ст. 401 ГК РФ)⁹.

3. Предусмотреть возможность освобождения от уплаты пени и, в других случаях отсутствия вины налогоплательщика, возможность применения обстоятельств, смягчающих и отягчающих ответственность.

⁸ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 17 октября 2007 г. № Ф04-7296/2007(39336-А70-25) по делу № А70-3152/25-2007.

⁹ См.: Соловьев В. А. Указ. соч.