

ВОРОНЕЖСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

**СТУДЕНТЫ
В ПРАВОВОЙ
НАУКЕ**

СБОРНИК НАУЧНЫХ ТРУДОВ

В ы п у с к 13

**МАТЕРИАЛЫ
НАУЧНОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ
КОНФЕРЕНЦИИ**

*Воронеж
12 – 19 апреля 2014 г.*

ВОРОНЕЖ
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ ВГУ
2014

УДК 340.131.4(470) (06)
ББК 67.400
С88

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

Студенты в правовой науке : материалы научной студенческой конференции (Воронеж, 12–19 апреля 2014 г.). – Вып. 13 / под ред. Ю. Н. Старикова. – Воронеж : Издательский дом ВГУ, 2014. – 262 с.
ISBN 978-5-9273-2165-0

В сборнике научных трудов студентов юридического факультета Воронежского государственного университета публикуются материалы научных докладов, с которыми выступили студенты на научной студенческой конференции 12–19 апреля 2014 г. Авторами 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

Материалы научной студенческой конференции
Воронеж, 12–19 апреля 2014 г.

В ы п у с к 13

Редакторы *А. Ю. Игнатова, О. А. Исаева, Е. В. Пономарева*
Компьютерная верстка *Л. О. Мещеряковой*. Корректор *М. С. Исаева*
Подп. в печ. 01.10.2014. Формат 60×84/16. Усл. п. л. 15,2. Уч.-изд. л. 15,7.
Тираж 200. Заказ 660

Издательский дом ВГУ. 394000 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394000 Воронеж, ул. Пушкинская, 3

ISBN 978-5-9273-2165-0

© Воронежский государственный университет, 2014
© Оформление, оригинал-макет.
Издательский дом ВГУ, 2014

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	7
------------------	---

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

<i>Кудряков А. А.</i> Проблемы пересмотра Конституции Российской Федерации	8
<i>Баландина М. В.</i> О некоторых проблемах конституционного ограничения прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации	10
<i>Ткаченко Е. Ю.</i> Проблемы реализации прав граждан на благоприятную окружающую среду	13
<i>Сдержикова Л. С.</i> Роль Конституционного Суда Российской Федерации в развитии конституционной экономики	19

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

<i>Ланина Т. Г.</i> Конституционный суд Республики Беларусь	25
<i>Лялин М. В.</i> Конституционный суд Республики Корея	31
<i>Сазыкин П. В.</i> Сравнительно-правовой анализ основных (конституционных) обязанностей граждан в зарубежных странах	35

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Клейменова С. С.</i> Соотношение права и морали в юридическом позитивизме Герберта Харта.....	47
<i>Седова М. А.</i> Юридическая герменевтика в современном правоведении: проблемы и перспективы	52

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ

<i>Тарасова Я. О.</i> «ВАС» не спросили: Объединение Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации: шаг вперед или два шага назад?	58
--	----

МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Сенотов Э. И.</i> Референдум как форма участия населения в осуществлении местного самоуправления	65
<i>Спесивцева Д. В.</i> Некоторые аспекты участия прокуроров в правотворческой деятельности органов местного самоуправления	70

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

<i>Бородин И. П.</i> Анализ правовой конструкции «действие в обход закона» в свете реформы гражданского законодательства	81
<i>Бухарина А. С.</i> Уступка права требования: новеллы гражданского законодательства	85
<i>Ефанова И. Д.</i> Правовые проблемы реализации права ребенка на имя, право на перемену имени.....	88
<i>Свиридова В. Г.</i> Акцепт оферты конклюдентными действиями как способ заключения договора розничной купли-продажи в сети Интернет	93
<i>Печенкина О. А.</i> Новеллы гражданского законодательства о залоге	97
<i>Плотникова Л. А.</i> Защита права интеллектуальной собственности	102
<i>Плужников В. В.</i> Основания приобретения права собственности добросовестным приобретателем в свете реформы гражданского законодательства	106

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Горшкова К. П.</i> Современные проблемы признания заветания недействительным	111
<i>Демяшова А. Н.</i> Виды экспертиз в гражданском судопроизводстве.....	115
<i>Нескородова М. В.</i> Процессуальные аспекты защиты деловой репутации	119

<i>Пирумян А. В.</i> Отрицательные факты и их доказывание: постановка проблемы	125
<i>Проваторова А. А.</i> Проблемы использования электронных доказательств в гражданском судопроизводстве	131
<i>Проскурина Т. Н.</i> Некоторые процессуальные особенности рассмотрения дел о защите прав потребителей	136
<i>Федорова Т. А.</i> Преимущества альтернативных способов разрешения споров	140

ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Коренева Ю. И.</i> Отстранение от работы работника, совершившего преступление	145
<i>Пронина М. С.</i> Влияние административного ареста на трудовые отношения	149
<i>Семенихина Д. А.</i> Особенности материальной ответственности работника в розничной торговле	152

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО

<i>Глодина А. В.</i> Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации	156
<i>Голикова А. Н.</i> Таможенно-тарифное регулирование в Таможенном союзе и в Российской Федерации	166
<i>Соловьева Д. А.</i> Административно-процессуальный кодекс Германии как образец возможной модели административно- процессуального законодательства Российской Федерации	173
<i>Угрюмова Ю. В.</i> Реформирование административного судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах: практические аспекты реализации	177
<i>Фролов Б. М.</i> Государственная регламентация образовательной деятельности: понятие, история развития, процедуры осуществления	181

НАЛОГОВОЕ ПРАВО

Скоморохова А. А. Должная осмотрительность при выборе контрагента как критерий обоснованности налоговой выгоды187

УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Гончарова Н. С. Тюрьмы на этапе реформирования уголовно-исполнительной системы Российской Федерации..... 193

Устинов В. В. Преступления террористической направленности в законодательстве Российской Федерации 198

Сорокина Е. А. Ответственность за воспрепятствование осуществлению права на свободу совести и вероисповедания. Отграничение от смежных составов203

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

Агеева Н. В. Психологические ловушки и критерии их допустимости209

Воротынцева К. В. Проблемы поддержания государственного обвинения в суде первой инстанции 214

Волобоева Ю. А. Улики поведения в криминалистике 222

Зиборова О. В. Нетрадиционные средства и методы в криминалистике 228

Кривошеев С. И. Нужен ли институт возбуждения уголовного дела? 234

Лозенков О. А. Виртуальные следы в криминалистике и уголовном процессе 240

Сердюченко И. В. Цифровое алиби 245

Усачёва Д. И. Особенности коалиционной защиты от уголовного преследования 253

ПРЕДИСЛОВИЕ

12–19 апреля 2014 г. на юридическом факультете Воронежского государственного университета состоялась ежегодная научная конференция студентов. Результатом проведенного научного форума стал предлагаемый читателям настоящий сборник научных трудов студентов, включающий краткое изложение (тезисы) их научных докладов.

В течение вот уже многих лет заметно укрепилась тенденция усиления внимания студентов к осуществлению научных проектов. Студенты не только используют для этого сложившиеся «обычные» формы научной деятельности (написание курсовых, выпускных квалификационных или бакалаврских работ), но и участвуют в научных конференциях, проводимых на юридическом факультете ВГУ и в других высших учебных заведениях Российской Федерации. Они интересуются публикуемыми списками научных грантов на проведение научных исследований в области юридических наук, составляют заявки на их получение, побеждают. Становится обычным делом получение исследовательской стипендии и от соответствующего международного фонда.

Можно предположить, что студенты в своих публикациях не делают крупных открытий в области права и законодательства; вряд ли на этом этапе возможны разработки проектов актуальных и значимых для модернизации правовой системы страны законодательных актов. Однако в любом случае (будь то участие в небольшом научном семинаре, представительном научном форуме или подготовка сообщения на конференцию) всегда достигается очень важная цель – формирование у студентов навыков исследовательской деятельности, зарождение желания стать участником исследовательского процесса и внести свой вклад в законотворчество на уровне как Российской Федерации, так и ее субъектов. Различные формы научной деятельности студентов создают привлекательные возможности для получения новых результатов и улучшения правоприменительной практики.

Сборник научных студенческих трудов (Выпуск 13) содержит несколько разделов: «Конституционное право», «Конституционное право зарубежных стран», «Теория государства и права», «Судебная власть», «Муниципальное право», «Гражданское и семейное право», «Гражданский процесс», «Трудовое право», «Административное и таможенное право», «Налоговое право», «Уголовное и уголовно-исполнительное право», «Уголовный процесс и криминалистика».

Хотелось бы пожелать студентам проявлять постоянное внимание к проблеме, которая стала для каждого предметом исследования; видеть соответствующий правовой институт в развитии, моделировать ситуацию в связи с законодательными нововведениями; внимательно отслеживать результаты правоприменения в соответствующей сфере правоотношений, творчески обобщать их и на этой основе разрабатывать предложения и рекомендации, аргументируя свои подходы новыми теоретическими суждениями и доводами.

*Доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации
Ю. Н. Стрилов*

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО

А. А. Кудяков

ПРОБЛЕМА ПЕРЕСМОТРА КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Конституция как Основной закон государства и общества в целом – это то ядро, на основе которого строятся все государственно-правовые отношения в обществе.

Проблема пересмотра Конституции фактически всегда была в центре научных дискуссий¹. В декабре 2011 г. Центром проблемного анализа и государственно-управленческого проектирования при Отделении общественных наук РАН был подготовлен научный концепт новой Конституции Российской Федерации. Авторы проекта, выявив особенности Конституции РФ, которые, по их мнению, системно ответственны за проблемы, тормозящие развитие России, предложили логико-математизированный алгоритм успешности, применимый для каждой страны. На его основе они попытались построить макет новой Конституции². В ходе предвыборных дебатов 2011–2012 гг. данная проблема активно обсуждалась кандидатами в президенты Российской Федерации. Однако после новых президентских выборов вновь избранный в марте 2012 г. Президент России В. В. Путин долгое время не высказывал свою точку зрения по данному вопросу и проблема Конституции РФ перестала дискутиро-

¹ См.: Бутусова Н. В. О модернизации российской Конституции // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 1. С. 5.

² См.: Научный макет новой Конституции России. М., 2011.

© Кудяков А. А., 2014

ваться в СМИ, реже обсуждалась в научной сфере. Но это не значит, что она утратила свою актуальность.

Если говорить о теоретических и практических проблемах модернизации Конституции РФ, возникает вопрос: реален ли пересмотр нашей Конституции в ближайшее время? В литературе, на наш взгляд, весьма убедительно обосновано мнение о том, что для пересмотра Конституции должны быть субъективные и объективные причины. К субъективным относят, в первую очередь, наличие государственной воли руководства страны и понимание самими гражданами, для чего это необходимо. Объективные причины вызваны необходимостью конституционного закрепления перехода России к новой общецивилизационной модели устойчивого развития, т.е. развития в гармонии с природой и на основе общечеловеческих ценностей³.

В государственно-правовой науке определяется важная роль Конституции в обществе, поэтому продумывая содержание новой Конституции, следует исходить из условий жизни современного общества. Мы должны увидеть перспективы развития общества и государства (не только Российской Федерации, но и других стран) и, отталкиваясь от этого, определить задачи, которые будут стоять и перед государством, и перед гражданским обществом в ближайшем и отдаленном будущем. Прежде чем начинать процесс пересмотра действующей Конституции, необходимо разработать научно обоснованную стратегию развития современного общества. Так, в 2003 г. было опубликовано обращение российских ученых к международному сообществу по данному вопросу, где они пришли к выводу о том, что научной концепции развития современной цивилизации пока нет⁴, но без этого невозможно определить научно обоснованную стратегию развития государства. Поэтому эту деятельность ученых необходимо активизировать, и здесь важную роль должна сыграть государственная поддержка науки. Государственно-правовые исследования помогут определить роль и значение России в общецивили-

³ См.: Бутусова Н. В. Указ. соч. С. 5–10.

⁴ См.: Обращение российских ученых к Международному научному сообществу // Парламентская газета. 2003. 26 ноября.

зационном процессе, не закрывая глаза на те реальные серьезные общественные проблемы, которые у нас существуют сегодня. К примеру, это проблема нравственного оздоровления российского общества: в общественном сознании порой рамки понятий добра и зла начинают смещаться. Российские ученые не раз поднимали проблему морально-нравственного воспитания личности, поскольку, как говорили римские юристы: «Бессмысленны законы в безнравственной стране» (*Inaniter leges patriae et impudici*). То есть законы не работают в государстве, где уровень общественной морали крайне низкий.

В России как демократическом государстве в процедуре пересмотра Конституции должны принять участие представители различных слоев гражданского общества, и прежде всего ученые, причем не только юристы, но и представители различных областей научных знаний.

Таким образом, проблема реформирования Конституции РФ очень актуальна и важна на сегодняшний момент, но чтобы получить научно обоснованную, продуманную концепцию новой Конституции, необходимо проработать каждую деталь,

М. В. Баландина

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ КОНСТИТУЦИОННОГО ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ И СВОБОД ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Как известно, права и свободы человека и гражданина являются высшей ценностью, что провозглашает ст. 2 Конституции РФ. Это единственная самоцель общественного развития. Таким образом, проблема ограничения прав и свобод человека и гражданина чрезвычайно актуальна, требует тщательного осмысления учеными, законодателем и различными правоприменителями.

Одной из главных проблем в этой сфере конституционного законодательства является нечеткость формулировок. Часть 2 ст. 55 говорит о недопустимости умаления прав и свобод, а в ч. 3 этой же статьи Конституции РФ¹ закреплено, что «права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом...». Но что есть «ограничение», что – «умаление»? Так, в Толковом словаре С. И. Ожегова и Н. Ю. Шведовой говорится: «ограничить» – значит «поставить в какие-н. рамки, границы, определить какими-н. условиями, а также сделать меньше, сократить охват кого-чего-н.», «умалить» толкуется как «сделать или представить менее значительным, чем есть на самом деле, преуменьшить»². В словаре Д. Н. Ушакова³ «ограничить» – значит «стеснить известными пределами, условиями, поставить в какие-н. рамки, границу», «умалить» – «уменьшить» или «принизить, унижить». Как мы видим, эти понятия очень близки по смыслу, практически синонимичны, однако правовая трактовка разительно отличается.

По нашему мнению, терминологическую разницу стоило бы прямо обозначить в тексте Конституции, чтобы избежать неверного понимания замысла законодателя.

Умаление есть принижение, уменьшение значимости, в некоторых случаях даже сведение ее к нулю. Умаление прав и свобод в современном государстве абсолютно недопустимо хотя бы в связи с тем, что права и свободы есть высшая ценность, как было сказано ранее. О каком правовом государстве может идти речь, если основная его черта и характерная особенность сводится на нет, если сама цель существования государства искажена, фактически предана, принесена в жертву амбициям власть имущих!

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных Законами Рос. Федерации о поправках к Конституции Рос. Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М., 2000.

³ Ушаков Д. Н. Толковый словарь русского языка // Толковый словарь Ушакова. URL: <http://ushakovdictionary.ru>

Ограничение же прав и свобод является необходимым для поддержания нормальной жизнедеятельности государства и общества, и эта необходимость отмечается практически всеми учеными и исследователями правового статуса личности, в частности, Н. В. Витруком⁴.

Далее следует отметить, что Закон перечисляет цели ограничения прав и свобод, используя такие термины, как, например, «защита нравственности», т.е. весьма абстрактные, оценочные понятия с высоким уровнем субъективизма: понятие морального (нравственного или безнравственного) является весьма индивидуальным. Такие формулировки можно расценивать как нарушение требований законодательной техники, ведущее к неопределенности, многозначному толкованию нормы.

По-видимому, в процессе широкомасштабной конституционной реформы (которая рано или поздно будет проведена) при реформировании ст. 55 Конституции должен быть использован позитивный зарубежный опыт.

Используя компаративистский подход, хотелось бы в качестве примера привести некоторые нормы Основного закона ФРГ⁵. Статья 18 Конституции ФРГ закрепляет возможность утраты таких основных прав, как свобода собраний, печати, право собственности и т.д. в случае злоупотребления ими. Утрата прав и ее пределы определяются решением Федерального Конституционного суда. Часть 1 ст. 19 закрепляет общий порядок ограничения прав и свобод законом, а ч. 2 ст. 19 прямо говорит о недопустимости затрагивания существа права, что замаскировано у нас под термином «умаление». Мы считаем, что это положительный пример четкой и ясной правовой конструкции.

Хотелось бы сказать и о другой, не менее важной проблеме – отсутствии как в международно-правовых документах, так и в Конституции РФ четко обозначенных пределов огра-

⁴ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. 447 с.

⁵ Основной закон Федеративной Республики Германия от 23 мая 1949 г. (с послед. изм. и доп. до 20 октября 1997 г.) // Конституции государств (стран) мира. URL : <http://worldconstitutions.ru/archives/155>

ничения прав и свобод. Так, ст. 25 Конституции РФ закрепляет право на неприкосновенность жилища. Однако она же гласит: «Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения». Таким образом, законодатель предполагает возможное ограничение этого конституционного права законом, но условия этого ограничения применительно к названному случаю, на наш взгляд, должны быть оговорены в самой Конституции. Иначе сложно исключить вполне возможный конфликт между естественным правом на неприкосновенность жилища и формальным, законодательным допущением произвола в вопросе его ограничения. Поэтому представляется необходимым более четкое закрепление пределов ограничения конкретных конституционных прав как в тексте законов, так и в нормах самой Конституции.

Всестороннее изучение проблемы пределов законодательного ограничения основных прав и свобод, безусловно, будет способствовать укреплению гарантий прав граждан. В ходе дальнейшего реформирования Конституции, которое, по-видимому, необходимо, должен быть произведен пересмотр института ограничений прав и свобод в целях закрепления более прочных гарантий прав граждан, которые все еще недостаточно защищены в условиях современной политической и правовой системы России.

Е. Ю. Ткаченко

ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВ ГРАЖДАН НА БЛАГОПРИЯТНУЮ ОКРУЖАЮЩУЮ СРЕДУ

Конституция РФ закрепляет в ст. 42 одно из важнейших прав человека – право на благоприятную окружающую среду. В соответствии со ст. 1 ФЗ «Об охране окружающей сре-

ды»¹ (далее – ФЗ № 7) благоприятная окружающая среда – окружающая среда, качество которой обеспечивает устойчивое функционирование естественных экологических систем, природных и природно-антропогенных объектов. Данное же определение в точности воспроизведено в «Модельном законе об экологической ответственности в отношении предупреждения и ликвидации вреда окружающей среде»², который был принят 3 декабря 2009 г. на пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ. Некоторые ученые высказывали мнение о праве на благоприятную окружающую среду как на одну из существенных гарантий права на жизнь³. Связь между качеством окружающей среды и правом на жизнь была установлена Комитетом по правам человека ООН еще в 1985 г. в результате рассмотрения дела «Яномами против Бразилии».

В свою очередь, реализация такого необходимого и важного права зависит от активности самих граждан, их желания отстаивать экологические права: участие в принятии эколого-значимых решений, в референдумах, вступление в информационные отношения, проведение общественных акций. Таким образом, по мнению М. И. Васильевой⁴, право человека на благоприятную окружающую среду имеет свойства личного права, поскольку его реализация неотделима от индивида и его права на жизнь. Но в то же время перечисленные способы реализации данного права приближают его к политическим правам.

¹ Об охране окружающей среды : федер. закон от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 2. Ст. 133.

² Модельный закон об экологической ответственности в отношении предупреждения и ликвидации вреда окружающей среде : принят на 33-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 3 декабря 2009 г. // Информационный бюллетень. Межпарламентская Ассамблея государств-участников СНГ. 2010. № 46. С. 108–140.

³ См.: *Мишанин К. С.* Конституционное право человека на благоприятную окружающую среду : гарантии и защита в законодательстве РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. 232 с. ; *Кальченко П. Б.* Право человека на жизнь (вопросы теории и практики) : учеб. пособие. Волгоград, 2003. 76 с.

⁴ *Васильева М. И.* Право на благоприятную окружающую среду как элемент правового статуса личности // Экологическое право. 2005. № 1. С. 20.

Одним из способов реализации права граждан на благоприятную окружающую среду является их участие в принятии экологически значимых решений. ФЗ № 7 в числе основных принципов закрепляет обязательность участия в деятельности по охране окружающей среды общественных и иных некоммерческих объединений, юридических и физических лиц; участие граждан в принятии решений, касающихся их прав на благоприятную окружающую среду, в соответствии с законодательством; участие граждан и иных некоммерческих объединений в решении задач окружающей среды.

Также в ст. 13 ФЗ № 7 закреплено, что при размещении объектов, хозяйственная и иная деятельность которых может причинить вред окружающей среде, решение об их размещении принимается с учетом мнения населения или результатов референдума. И в данном случае необходимо обратить внимание на само значение слова «учет», которое подразумевает всего лишь принятие во внимание общественного мнения, тогда как механизм «участия» (т.е. совместная с кем-то деятельность) граждан в решении вопроса о размещении экологически опасных и вредных объектов был бы более эффективным.

Наиболее распространенными вариантами принятия экологически значимых решений являются правовые акты (нормативного и ненормативного характера) органов государственной власти РФ, субъектов РФ, органов местного самоуправления, реализация которых связана с оказанием воздействия на состояние природных объектов, комплексов, систем либо окружающей природной среды в целом.

На реализацию права граждан на благоприятную окружающую среду направлено право на достоверную информацию о состоянии окружающей среды. Но об открытости экологической информации в настоящее время говорить не приходится. Происходит это по следующим причинам: основными загрязнителями природных объектов являются предприятия горнодобывающей, металлургической, химической, нефтеперерабатывающей и иной промышленности, которые приватизированы и являются коммерческими структурами. Получить полную и достоверную информацию непосредственно от них бывает практически невозможно. Как правило, в ответах на

вопрос о состоянии окружающей среды они ссылаются на законодательство о коммерческой тайне. В обоснование позиции указывают на возможность расчета технико-экономических показателей предприятия исходя из информации о выбросах и сбросах загрязняющих веществ. А данные о выбросах и сбросах загрязняющих веществ, которые предоставляются самими предприятиями в Росстат, как правило, занижены⁵. Таким образом, говорить о полной открытости экологической информации пока нельзя. Попытка частично решить проблему соотношения коммерческих интересов с правом на информацию была предложена на IV Всероссийском съезде по охране окружающей среды. В резолюции хозяйствующим субъектам рекомендовано повышать прозрачность своей деятельности, раскрывая информацию о нефинансовых аспектах своей деятельности, включая вопросы охраны окружающей среды, на основе международно-признанных стандартов нефинансовой отчетности, под которой понимают отчетность организации об экономических, социальных и экологических результатах деятельности. Плюсы для организации огромные: данная отчетность способствует более успешному и устойчивому развитию организации за счет своевременного удовлетворения информационных потребностей заинтересованных сторон, в том числе и по экологическим вопросам. Государственные органы на основе такой информации могут реально разрабатывать, внедрять и оценивать эффективность охраны окружающей среды в стране, регионе, муниципальном образовании. Кроме того, они должны быть осведомлены об экологических проблемах предприятий, чтобы своевременно помочь им, гарантировать защиту прав граждан и сохранить окружающую среду. В настоящее время за период с 2000 по 2013 г. в Национальный регистр нефинансовой отчетности включено 133 компании, зарегистрировано 469 отчетов (экологические, социальные, отчеты в области устойчивого развития, интегрированные и отраслевые отчеты), из которых экологические составили всего лишь 41. В числе лидеров по предоставлению экологических отчетов в нефтегазовом секторе является ОАО «Газпром».

⁵ URL: <http://svobodainfo.org/en/comment/reply/2869>

Еще одна возможность сделать право граждан на доступ к информации о состоянии окружающей среды реально действующим – присоединение Российской Федерации к Орхусской Конвенции⁶. Еще 15 лет назад в Орхусе (Дания) была принята Конвенция Европейской экономической комиссии ООН «О доступе к информации, участии общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся охраны окружающей среды». Утвержденные Президентом РФ «Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года»⁷ предусматривают присоединение к этой Конвенции в 2013 г. Но присоединения на данный момент так и не произошло. Необходимость же присоединения к Орхусской Конвенции обусловлена рядом важных моментов: в случае ее ратификации государство берет на себя обязательства по обеспечению свободного доступа граждан к экологической информации. Это значит, что любой гражданин сможет обратиться в государственный орган с запросом или потребовать от промышленных предприятий и коммерческих организаций предоставления информации, например, о выбросах загрязняющих веществ в атмосферный воздух и водные объекты, не объясняя причин, по которым она ему потребовалась. И государство обязано будет сделать экологическую информацию доступной, оперативной, организовать национальные Реестры выбросов и переносов загрязняющих веществ, которые являются результатом деятельности хозяйствующих субъектов и могут оказать негативное воздействие на состояние окружающей среды и здоровье человека. Если подобная информация будет открыта, значит государство должно будет что-то предпринять для нормализации экологической

⁶ Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся охраны окружающей среды : Конвенция Европейской экономической комиссии ООН от 25 июня 1998 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orhus.shtml

⁷ Основы государственной политики в области экологического развития Российской Федерации на период до 2030 года : утв. Указом Президента РФ от 30 апреля 2012 г. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_129117/

обстановки, и общество вправе этого требовать. В случае же непредоставления экологической информации, притеснений экологов, неправосудных решений и т.п. можно обратиться в Комитет по соблюдению Конвенции или в Арбитраж. Таким образом, важнейшие экологические права граждан тех стран, где эта Конвенция действует (а это все страны Европы, кроме Ватикана и Андорры, и все страны бывшего СССР, кроме Узбекистана и России), защищены дополнительно международными обязательствами. Кстати, в связи с недавно состоявшимся присоединением Крыма к России можно говорить и о лишении жителей этого города возможности пользоваться международной защитой экологических прав на основании Орхусской Конвенции. Это связано с тем, что Украина является стороной Конвенции ЕЭК ООН «О доступе к информации, участии общественности в принятии решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды». Поскольку Россия в данной Конвенции не участвует, то при введении российских законов в Крыму действие Орхусской Конвенции прекратится.

В настоящее время складывается негативная тенденция, связанная с тем, что общественность проявляет внимание к сложной экологической ситуации, стремится реализовывать право на благоприятную окружающую среду, но органы, призванные оказывать им содействие, остаются безучастными.

Подобная ситуация, например, складывается уже несколько лет подряд в г. Киселёвске Кемеровской области. Там с 2002 г. работает ООО «Участок «Коксовый», которое осуществляет в пределах жилой территории города добычу угля открытым способом. Свою деятельность предприятие обосновало «Проектом рекультивации нарушенных земель, ликвидации горных выработок, профилактики эндогенных пожаров... с попутной добычей угля». За то время, что «Участок «Коксовый» работает в городе, население Киселёвска сократилось на 13 тыс. человек. Многократно превышена предельно допустимая концентрация загрязняющих веществ, отходы производства складываются возле жилых домов, из-за промышленных работ разрушаются здания. Объем годовой «попутной» добычи угля при этом увеличился с 250 тыс. до 650 тыс. т в год. Для того чтобы получить документы, подтверждающие наличие

законных оснований деятельности компании, жители города обращались в сам «Участок «Коксовый», суды, администрацию города, к губернатору области, в природоохранную прокуратуру, Роспотребнадзор, СМИ. Это не принесло никакого результата: в праве ознакомиться с документами им отказывают под самыми разными предложениями.

Еще один случай, когда высокая активность и озабоченность общественности проблемами экологии не находит поддержки у властей, – добыча никеля в г. Новохопёрске. В марте 2014 г. движение «В защиту Хопра!» отметило уже свое двухлетие. За это время ведущие ученые, активисты, чиновники, законодатели и экологи побывали на месте планируемой добычи никеля. Участники движения написали множество обращений в различные инстанции, провели пикеты во многих городах страны и зарубежья. Акции, протесты, выступления, задержания... Кажется, что весь арсенал средств исчерпан, а решение до сих пор не принято.

Таким образом, можно говорить о практической сложности реализации прав граждан на благоприятную окружающую среду. Это право остается зачастую исключительно декларативным и практически неосуществимым. Связано это и с недостаточной проработанностью правовых механизмов защиты этого права, и с бездействием некоторых чиновников, и, конечно, с преобладанием в обществе экономического интереса над экологическими правами.

Л. С. Сдержикова

РОЛЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ В РАЗВИТИИ КОНСТИТУЦИОННОЙ ЭКОНОМИКИ

В сложившихся современных условиях обсуждение пределов и инструментов влияния государства на экономические процессы с каждым днем все больше привлекает внимание

как со стороны руководителей государства, так и со стороны представителей общественности, что обусловлено следующими факторами.

Во-первых, необходимо отметить, что вопреки существующим мнениям конституционное право непосредственно регулирует экономические отношения и «призвано дать ответ на вопрос о надлежащем соотношении власти и свободы посредством урегулирования взаимоотношений политической и экономической власти, при котором власть действовала бы в правовых рамках всеобщих интересов, а собственность, будучи обособленной от власти, обеспечивала бы рост экономического потенциала государства»¹. Экономическое развитие общества естественным образом становится конституционным вопросом.

Во-вторых, требуется разграничить понятия «экономическая конституция» и «конституционная экономика». Хотелось бы внести ясность в эти определения и заметить, что это вовсе не игра слов. Экономическая конституция представляет собой совокупность конституционных норм, определяющих содержание и развитие экономических отношений², а конституционная экономика – это соответствие реальных экономических отношений нормам конституционного текста. И в данном случае можно говорить о том, что на сегодняшний день это представляет собой весьма актуальную проблему в регулировании правоотношений, возникающих на этой почве. Концепция конституционной экономики присуща США, а экономической конституции – странам Европы.

В-третьих, зачастую возникают противоречия с конституционными предписаниями и с реально складывающейся ситуацией применения и исполнения этих норм в экономической сфере жизни общества, и разрешать подобные проблемы призван Конституционный Суд Российской Федерации (далее – КС РФ) посредством рассмотрения дел о соответствии

¹ Бондарь Н. С. Ценности конституционализма в условиях глобализации современного мира. Тверь, 2009. 20 с.

² См.: Гаджиев Г. А. Конституционная экономика : учеб.-метод. пособие. М., 2000. 256 с.

Конституции Российской Федерации³ (далее – Конституция РФ) нормативно-правовым актам, а также толкования норм основного закона. Следовательно, можно утверждать, что КС РФ играет весьма весомую роль в экономико-правовых отношениях, а точнее, в развитии концепции конституционной экономики.

Основоположником конституционной экономики стал американский экономист Джеймс Бьюкенен в 1982 г. Он предложил усовершенствовать нормы Конституции и иных правовых актов, затрагивающих хозяйственную жизнь, с точки зрения их реальной эффективности. Российская школа конституционной экономики, начавшая свое формирование значительно позже, в начале 2000-х гг., исходит из более узкого, чем у Бьюкенена, понимания конституционализма, рассматривая это понятие лишь как «применение Конституции»⁴. Таким образом, эти два направления исследуют смежный предмет, но с разных сторон. Классическая теоретическая модель конституционной экономики, наоборот, заявляет о необходимости учета сложившихся эффективных экономических отношений при создании конституционно-правовых норм.

Эти принципы содержатся не только в Конституции РФ, более интересным представляется посмотреть их интерпретацию в правовых позициях КС РФ. Решения КС играют одну из определяющих ролей в утверждении конституционности рыночных отношений в защите основных прав предпринимателей и коммерческих объединений. В практике органа конституционного контроля востребованными являются принципы и нормы, связанные с развитием экономических отношений, например, такие, как единство экономического пространства, свобода экономической деятельности, поддержка конкуренции (ст. 8), нормы о неприкосновенности права частной собственности (ст. 35), о недопустимости несоразмерного ограничения экономических прав и произвольного вмешательства в

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газ. 1993. 25 декабря.

⁴ См.: *Баренбойм П. Д., Лафитский В. И., Мау В. А.* Конституционная экономика. Совместное издание ММВБ и Союза юристов России. М., 2003. 76 с.

экономическую сферу (ст. 55 и 23). Несоблюдение этих прав недопустимо, иначе невозможно будет представить современную рыночную экономику, к надлежащему функционированию которой так стремится наше государство.

КС РФ неоднократно обращался к вопросу анализа соответствующих принципов.

1. Интерпретация права собственности. Было установлено, что «законодатель не вправе произвольно определять содержание регулирования права собственности, отношения права собственности должны регулироваться в соответствии с принципами правового государства, на основе юридического равенства и справедливости»⁵. Тем самым КС подчеркнул принцип невмешательства государства в субъективно-экономические отношения. Однако в следующем, 2000-м году, Суд отметил, что федеральный законодатель вправе установить объем и пределы осуществления права собственности на федеральное имущество. Более того, право собственности субъектов России и муниципальных образований может быть ограничено лишь федеральным законом и лишь если это необходимо для защиты конституционных ценностей⁶.

КС РФ оставляет возможность государству непосредственно влиять на регулирование права собственности. Позже Суд дополнил, что право собственности, предназначение которого состоит в том, чтобы обеспечить определенную степень свободы в экономической сфере, вместе с тем, может быть ограничено федеральным законом в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55, ч. 3; ст. 71, п. «в» Конституции РФ). Следовательно, сферу влияния государства на право собственности КС РФ заметно увеличил.

Право собственности не является абсолютным, и КС РФ несколько раз обращался к вопросу о возможности его ума-

⁵ Постановление КС РФ 20 июля 1999 г. № 12-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 30. Ст. 3989.

⁶ См.: Постановление КС РФ от 22 ноября 2000 г. № 14-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 49. Ст. 4861.

ления, ограничения. «Возможность ограничения и лишения права частной собственности уравнивается принципом ее неприкосновенности. В соответствии со статьей 35 (часть 3) Конституции РФ никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. Принудительное отчуждение имущества по общему правилу может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения»⁷. Законодатель, защищая публичные интересы, нередко нарушает экономические права, предусматривая ограничение, а иногда и умаление тех или иных экономических прав. В данных условиях важным является обеспечение защиты права частной собственности, свободы договора, права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной незапрещенной экономической деятельности.

2. Право на свободный выбор рода деятельности и занятий. Статья 37 Конституции РФ гарантирует право на свободный выбор рода деятельности и занятий. КС РФ, раскрывая содержание данной нормы, установил, что из этого права не вытекает право гражданина занимать определенную должность, выполнять конкретную работу в соответствии с избранным им родом деятельности и профессией и обязанность кого бы то ни было такую работу и должность ему предоставить. Все перечисленные вопросы решаются в рамках трудового договора, и именно в этом проявляется свобода труда в трудовых отношениях⁸.

3. Ограничения в экономической деятельности «должны отвечать требованиям справедливости и быть адекватными». В ч. 1 ст. 34 Конституции РФ свобода экономической деятельности раскрывается как право каждого на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной экономической деятельности. При этом КС РФ ограничил возможности федерального законодателя, который вправе определять порядок ее осуществле-

⁷ Постановление КС РФ 24 февраля 2004 г. № 3-П // Рос. газ. 2004. 2 марта.

⁸ См.: Постановление КС РФ 27 декабря 1999 г. № 19-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 3. Ст. 354.

ния, устанавливать дополнительные требования и ограничения⁹.

Необходимо помнить, что важен не сам закон, а принцип, лежащий в его основании. Можно констатировать, что решения КС РФ в определении гарантий экономических прав являются стабильными, так как правовые позиции, излагаемые в судебных решениях, не подвержены таким частным изменениям, как нормы законов, и законодатель вводится в определенные рамки возможного регулирования тех или иных вопросов. Таким образом, КС РФ раскрывает потенциал основ экономического строя: способствует развитию конституционной экономики в Российской Федерации, учитывая современные условия развития общества, и в отличие от иных видов судопроизводства защищает интересы неограниченного круга лиц.

⁹ См.: Постановление КС РФ 18 июля 2003 г. № 14-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 30. Ст. 3102.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН

Т. Г. Ланина

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Институт конституционного правосудия существует в абсолютном большинстве современных демократических государств. Реализация идеи правового государства, где обеспечивается верховенство права, одним из главных источников которого является Конституция, требует наличия конституционного контроля.

Конституционный Суд Республики Беларусь учрежден в 1994 г. на основе заимствования европейской модели конституционного контроля. При этом за основу была взята, в частности, французская модель, исключая прямой доступ граждан к конституционному правосудию и устанавливающая ограниченный круг субъектов, правомочных обращаться в Конституционный Суд. В дальнейшем европейский опыт по реализации предварительного конституционного контроля был использован белорусскими учеными при выработке доктринальных подходов по осуществлению Конституционным Судом обязательного предварительного контроля всех законов, принятых Парламентом до подписания их Президентом¹.

¹ См.: *Миклашевич П. П.* Развитие конституционного контроля в Беларуси : особенности доктрины и практики // Конституционный контроль : доктрина и практика : материалы Междунар. конф., посвящ. 20-летию Конституционного Суда Российской Федерации (Санкт-Петербург, 28–29 октября 2011 г.). М., 2012. С. 256.

Полномочия, порядок образования и деятельности Конституционного Суда Республики Беларусь, а также его цели, задачи и функции определяются Конституцией Республики Беларусь², Законом Республики Беларусь «О Конституционном судопроизводстве»³, Кодексом Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей⁴ и другими законодательными актами. Нынешний закон о конституционном судопроизводстве вступил в силу в апреле 2014 г., до него действовал Закон Республики Беларусь «О Конституционном Суде Республики Беларусь» 1994 г. Новый документ должен усилить значение Конституционного Суда. В обеспечении прав и свобод граждан огромная роль отводится именно конституционному контролю. Если говорить о новациях, то, в частности, Законом «О конституционном судопроизводстве» добавляется еще один инициатор обращения в Конституционный Суд – Президиум Совета Республики, когда речь идет о нарушениях в работе областных (районных, городских и др.) советов депутатов.

Задачами Конституционного Суда являются обеспечение верховенства Конституции и ее непосредственного действия на территории государства, соответствия нормативных правовых актов государственных органов Конституции, утверждение законности в нормотворчестве и правоприменении.

В соответствии с Законом Республики Беларусь «О Конституционном судопроизводстве» основными принципами деятельности Конституционного Суда являются: законность, независимость судей, коллегиальность, гласность, состязательность, равенство сторон, всестороннее, полное и объективное исследование материалов дела, использование устной и пись-

² Конституция Республики Беларусь от 15 марта 1994 г. (с изм. и доп., принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). URL: <http://etalonline.by/?type=text®num=v19402875>

³ О конституционном судопроизводстве : закон Республики Беларусь от 8 января 2014 г. URL: <http://www.pravo.by/main.aspx?guid=3871&p0=H11400124&p1=1&p5=0>

⁴ Кодекс Республики Беларусь о судостроительстве и статусе судей от 29 июня 2006 г. № 139-З (в ред. от 4 января 2014 г.). URL: http://www.pravo.by/world_of_law/text.asp?RN=Hk0600139

менной форм судопроизводства (ранее действовал принцип устности).

Статьей 116 Конституции предусмотрено, что Конституционный Суд формируется в количестве 12 судей из высококвалифицированных специалистов в области права, имеющих, как правило, ученую степень. Причем Суд правомочен рассматривать дела при наличии не менее восьми судей. Шесть судей Конституционного Суда назначаются Президентом Республики Беларусь, остальные шесть — избираются Советом Республики Национального собрания. Председатель Конституционного Суда назначается из числа судей Президентом с согласия Совета Республики Национального собрания. Срок полномочий судей — 11 лет, но в соответствии с законом допускается повторное занятие должности судьи. Предельный возраст судей Конституционного Суда — 70 лет.

Участниками заседания Конституционного Суда являются стороны, их представители, полномочные представители, представители других государственных органов и организаций, свидетели, эксперты, специалисты, переводчики, которые в соответствии с Законом Республики Беларусь «О Конституционном судопроизводстве» наделены правами и обязанностями.

После рассмотрения дела в заседании Конституционным Судом в совещательной комнате путем голосования принимается итоговое решение (в случаях, предусмотренных законодательством, решения Конституционного Суда принимаются в виде заключения), которое вступает в силу со дня его принятия, если в нем не установлен иной срок, и подлежит безотлагательному исполнению. Решения Конституционного Суда являются окончательными, обжалованию и опротестованию не подлежат. Однако Конституционный Суд может пересмотреть свое решение, если изменилась конституционная норма, на основании которой принято решение, а также если открылись новые обстоятельства, которые могут существенно повлиять на его сущность.

Конституционный Суд рассматривает дела и дает заключения:

— о соответствии законов, декретов и указов Президента, международных договорных и иных обязательств Республи-

ки Беларусь Конституции и международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь;

– о соответствии актов межгосударственных образований, в которые входит Республика Беларусь, указов Президента, изданных во исполнение законов, Конституции, международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь, законам и декретам Президента;

– о соответствии постановлений Совета Министров, актов Верховного Суда, Высшего Хозяйственного Суда, Генерального прокурора Конституции, международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь, законам, декретам и указам Президента;

– о соответствии актов любого другого государственного органа Конституции, международно-правовым актам, ратифицированным Республикой Беларусь, законам, декретам и указам Президента.

Субъектами, уполномоченными обращаться в Конституционный Суд с предложением о проверке нормативных правовых актов в порядке последующего конституционного контроля, согласно ч. 4 ст. 116 Конституции являются Президент, палаты Парламента, Правительство, Верховный Суд, Высший Хозяйственный Суд. Согласно ст. 22 Кодекса о судостроительстве и статусе судей предусмотрено, что иные государственные органы, другие организации, а также граждане обращаются с инициативой о проверке конституционности акта к органам и лицам, обладающим правом внесения в Конституционный Суд Республики Беларусь предложений о проверке конституционности акта.

В настоящее время в теории обсуждается вопрос о расширении круга субъектов, которые были бы вправе обратиться в Конституционный Суд с соответствующим предложением. Некоторые авторы говорят о недопустимости такого расширения. С точки зрения других, на уровне закона должно быть предусмотрено право иных органов ставить перед Конституционным Судом вопросы о конституционности нормативных правовых актов. В частности, предлагается включить в круг

таких субъектов Генерального прокурора и Уполномоченного по правам человека⁵.

В случаях, предусмотренных Конституцией, Конституционный Суд по предложению Президента дает заключение о наличии фактов систематического или грубого нарушения палатами Парламента Конституции.

В 2008 г. на законодательном уровне компетенция Конституционного Суда была расширена. Конституционный Суд осуществляет обязательный предварительный контроль конституционности всех законов, принятых Палатой представителей Национального собрания и одобренных Советом Республики Национального собрания либо принятых Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь в порядке, предусмотренном ч. 5 ст. 100 Конституции – до подписания данных законов Президентом. Реализация Конституционным Судом полномочия по обязательно-му предварительному контролю конституционности законов не препятствует проверке конституционности этих законов в порядке последующего контроля после вступления их в силу. Конституционный Суд осуществляет также предварительный контроль не вступивших в силу международных договоров.

Помимо перечисленных выше полномочий Конституционный Суд Республики Беларусь осуществляет и ряд других. В частности, Конституционный Суд по предложению Президента дает заключение о наличии фактов систематического или грубого нарушения палатами Парламента Конституции. По поручению Президента Конституционный Суд дает официальное толкование декретов и указов Президента, касающихся конституционных прав, свобод и обязанностей граждан. По предложению Президиума Совета Республики Национального собрания Конституционный Суд принимает решение о наличии фактов систематического или грубого нарушения местным Советом депутатов требований законодательства. Конституционный Суд по предложениям Президента, Палаты представителей, Совета Республики Национального

⁵ См.: *Василевич Г. А.* Конституционное правосудие. Минск, 2012. С. 61–62.

собрания, Совета Министров излагает свою позицию о документах, принимаемых (издаваемых) иностранными государствами, международными организациями и (или) их органами и затрагивающих интересы Республики Беларусь в части соответствия этих документов общепризнанным принципам и нормам международного права. По поручению Президента судьи Конституционного Суда проводят проверку конституционности определенных Главой государства направлений нормотворческой деятельности и правоприменительной практики судов, правоохранительных и иных государственных органов. Новым законом был введен еще один вид производства – производство по делам об устранении в нормативных правовых актах пробелов, исключении в них коллизий и правовой неопределенности.

При Конституционном Суде создается Научно-консультационный совет из числа ученых и иных специалистов в области права. Персональный состав и положение о нем утверждаются Конституционным Судом⁶.

Итак, Конституционный Суд Республики Беларусь – это судебный орган, осуществляющий контроль за конституционностью нормативных актов в Республике Беларусь, который создан для обеспечения верховенства Конституции и ее непосредственного действия на территории республики, соответствия нормативных актов государственных органов Конституции, утверждения законности в правотворчестве и правоприменении, разрешения других вопросов, предусмотренных законодательством. В настоящее время институт конституционного контроля претерпевает изменения как в доктрине, так и в практике его осуществления, которые направлены на создание системно-комплексного подхода к утверждению верховенства Конституции, защиту конституционных ценностей, прав человека, развитие конституционной демократии, обеспечение верховенства права⁷.

⁶ См.: *Бибило В. Н.* Судостроительство в Республике Беларусь : учеб. пособие. Минск, 2000. С. 171.

⁷ См.: *Миклашевич П. П.* Указ. соч. С. 257.

М. В. Лялин

КОНСТИТУЦИОННЫЙ СУД РЕСПУБЛИКИ КОРЕЯ

Мировая история показывает, что приоритет Конституции как основного гаранта прав и свобод граждан часто нарушался или ограничивался действиями властей, в частности незаконными актами. Поэтому разработчики конституционной системы Корейской Республики создали механизм эффективной защиты Конституции. В дальнейшем вся система конституционного контроля привела к развитию демократии и становлению правового государства, а Конституционный Суд стал центральной фигурой, объединяющей общество и нацию. В частности, социологические опросы показывают, что он пользуется наибольшим доверием среди государственных органов в Южной Корее.

Основы института конституционного контроля были заложены в связи с принятием первой Конституции Республики Корея в 1948 г. Тогда же был создан Конституционный комитет, основной и, по сути, единственной функцией которого было рассмотрение вопросов о соответствии законов Конституции. До 1988 г. система конституционного контроля в республике была только на бумаге и носила по большей степени декоративный характер.

В 1987 г. в результате борьбы корейского народа за демократию была принята девятая поправка к Конституции Южной Кореи, которая привела к созданию год спустя Конституционного Суда, первостепенными задачами которого стали гарантирование основных прав и свобод человека и гражданина и контроль за злоупотреблениями государственной власти. С первых дней деятельности Конституционный Суд широко интерпретировал требования приемлемости конституционных исков, чтобы оживить конституционный контроль, и позитивно применял предусмотренные законом критерии конституционного иска для повышения активности контроля. Как свидетельство данных попыток число рассматриваемых дел

росло каждый год: от 425 дел в 1989 г. до 1720 дел в 2010 г.¹ Для сравнения: с 1960 до 1988 г. органами конституционного контроля Кореи было издано всего лишь три постановления².

Конституционный Суд Южной Кореи состоит из девяти судей. По три судьи избирает Президент, Национальное собрание и Верховный Суд. Все судьи назначаются на должность Президентом, а председатель – Президентом с согласия Национального собрания. Срок полномочий судей шесть лет, причем могут быть назначены повторно, но не превышая предельного возраста пребывания в должности (для судей – 65 лет, председателя – 70). Разумеется, судьям запрещается вступать в политические партии и участвовать в политической деятельности³. В настоящее время председателем Конституционного Суда Кореи является Пак Хан Чуль.

Конституционный Суд рассматриваемого государства создан с заимствованием опыта континентальной системы конституционного правосудия. То есть это специализированный судебный орган конституционного контроля, главная задача которого – проверка законов и решений государственной власти на предмет соответствия Конституции страны⁴. Кроме того, Суд может принять решение отстранить от должности члена административного или судебного органа в случае злоупотреблений государственной властью. Он может также принять решение о роспуске политической партии (если цели или деятельность политической партии противоречат основным принципам демократии). Помимо этого Конституционный Суд Республики Корея в случае возникновения конфликтов между местными и государственными органами власти и

¹ См.: Ли Кан-Кук. Прошлое и будущее конституционного контроля в Корее // Конституционный контроль : доктрина и практика : материалы Междунар. конф., посвящ. 20-летию Конституционного Суда Российской Федерации (Санкт-Петербург, 28–29 октября 2011 г.). М., 2012. С. 141–146.

² См.: Library of Congress. A Country Study : South Korea. URL: <http://lcweb2.loc.gov/frd/cs/krtoc.html>

³ Конституция Республики Корея. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/35>

⁴ См.: Юрковский А. В. Республика Корея : некоторые особенности конституционного строительства политической системы. URL: http://law.vl.ru/analit/show_atr.php?id=884

учреждениями об обязанностях и полномочиях каждого учреждения рассматривает споры о компетенции между ними. Еще одно полномочие Конституционного Суда связано с проверкой конституционности решений органов государственной власти, затрагивающих конституционные права и свободы граждан⁵.

Не менее важное полномочие Конституционного Суда Республики Корея – это участие в процедуре импичмента Президента. Целесообразно отметить, что в 2004 г. Конституционный Суд воспользовался данным правомочием в связи с оценкой деятельности Президента Республики Корея Но Му Хена. Конституционный Суд Южной Кореи 14 мая 2004 г. объявил свое решение по вопросу об импичменте Президенту Но Му Хену. Причем 12 марта, за месяц с небольшим до парламентских выборов, уходящий состав Национальной ассамблеи проголосовал за отстранение Главы государства от должности. Но Му Хена обвинили в нарушении избирательного законодательства, а также в профессиональной некомпетентности и в том, что его помощники оказались замешаны в коррупционных скандалах. По общему правилу решение об импичменте вступает в силу, если не менее шести из девяти судей Конституционного Суда его поддержат. Однако тогда Конституционный Суд прекратил дело, и Но Му Хен остался Главой государства⁶.

Одна из особенностей конституционного правосудия в Республике Корея – наличие двух типов конституционных исков: иск, подаваемый гражданами, чьи конституционные права нарушены исполнением или неисполнением властных полномочий, и иск, прямо подаваемый гражданином, запрашивающим конституционный контроль, в котором ему отказано судом общей юрисдикции. Второй тип иска характерен только для корейской системы и имеет одно большое преимущество: граждане могут получить быструю компенсацию нарушения гражданских прав, поскольку вместо подачи конституционно-

⁵ Constitutional Court of Korea. Jurisdiction. URL: <http://english.court.go.kr>

⁶ См.: Штефан Е. Импичмент отклонен Конституционным Судом. URL: <http://vestnik.kr/policy/1379.html>

го иска против решения Верховного Суда Конституционный Суд рассматривает конституционность затрагиваемого закона в то время, когда в суде низшей инстанции все еще не закрыто соответствующее дело, и после принятия решения суд общей инстанции разрешает дело соответствующим образом⁷.

В процессе конституционного правосудия очень велика роль международного сотрудничества. Конституционный Суд Республики Корея в этом плане не является исключением и, конечно, нуждается в «импорте» теоретических разработок других стран, наиболее преуспевших в развитии института конституционного контроля, в частности Германии. Для этого в 2011 г. был создан Институт конституционных исследований, основной целью которого является сбор, анализ, систематизация различного рода дел и решений органов конституционного правосудия в других странах. Но помимо изучения зарубежного опыта Конституционный Суд Кореи стремится делиться накопленным опытом и знаниями с другими государствами в целях установления верховенства права, демократии и защиты прав человека. Для этого Конституционный Суд Республики Корея участвует в различных съездах, конференциях, посвященных вопросам конституционного правосудия.

Однако приходится сталкиваться и с определенными проблемами. В частности, при демократической системе процесс принятия решений был несколько деформирован: многие задавались вопросами разделения властей, а также ограничения конституционного контроля. Поэтому очень важно избавиться от данных негативных моментов в деятельности Суда. Деятельность Конституционного Суда Республики Корея, безусловно, способствовала стабильности, укреплению законности в государстве. Было рассмотрено значительное число дел, многие из которых сумели оказать важнейшее влияние на развитие Южной Кореи.

Положительным моментом, с нашей точки зрения, является то, что у Конституционного Суда Кореи есть свой собственный сайт – <http://www.ccourt.go.kr>. Он достаточно информативен и имеет удобный интерфейс. Важный плюс в том, что,

⁷ Ли Кан-Кук. Указ. соч. С. 142–143.

помимо версии на корейском, имеется еще и версия сайта на английском языке, что позволяет многочисленной аудитории ознакомиться с историей и деятельностью Суда.

Конституционный Суд Республики Корея играет огромную роль в системе разделения властей. Это не просто судебный орган, а орган, которому предоставлено право в установленных Конституцией и законом форме и пределах осуществлять контроль над государственными органами и учреждениями Республики. Данным качеством обусловлена интегрирующая роль Конституционного Суда как гаранта Конституции Республики Корея.

П. В. Сазыкин

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ОСНОВНЫХ (КОНСТИТУЦИОННЫХ) ОБЯЗАННОСТЕЙ ГРАЖДАН В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

Проблема конституционных обязанностей как одного из элементов развития конституционно-правовых отношений, формирования правового сознания человека и гражданина, законности и правопорядка является достаточно актуальной для правовой науки. Наравне с конституционными правами, свободами обязанности человека, гражданина как неотъемлемая составляющая конституционного статуса являются регулятором вида и меры поведения участников общественных отношений, средством правового равновесия их материальных и духовных потребностей, выражением наиболее значимых связей и отношений между личностью и государством, обеспечением сочетания общественных и личных интересов. Исполнение конституционных обязанностей в наиболее полной мере способствует соблюдению, исполнению соответствующих

им отраслевых обязанностей, а также является одной из гарантий соблюдения конституционных прав человека и гражданина¹.

В условиях повсеместного провозглашения курса на построение правового государства и гражданского общества крайне необходимо уделять должное внимание обязанностям человека и гражданина как составной части правового статуса личности с целью преодоления правового нигилизма и установления требуемого уровня соблюдения законов.

Проблеме юридических обязанностей личности в юридической науке до сих пор уделяется недостаточное внимание. Все еще недооцениваются социальная природа и назначение юридических обязанностей в обществе и государстве, прежде всего в согласовании разнообразных интересов, их связь со свободой общества и личности, стабильностью и развитием общественных отношений. Необходима более углубленная характеристика юридических обязанностей как средства правового регулирования, способа укрепления конституционности, законности и правопорядка. Происходит осознание того, что юридические обязанности в единстве с правами и свободами личности составляют универсальный принцип демократической организации общественной жизни, функционирования правового государства, реализации принципа справедливости и равенства перед законом².

Конституционные (основные) обязанности можно определить как конституционно закрепленные и охраняемые правовой ответственностью требования, которые предъявляются человеку и гражданину и связаны с необходимостью его участия в обеспечении интересов общества, государства, других граждан³.

¹ См.: *Белоскурская Е.* Конституционная ответственность как способ обеспечения исполнения конституционных обязанностей человека и гражданина // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 1.

² См.: *Витрук Н. В.* Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 116.

³ См.: Конституционное право России : учебник / Е. И. Козлова, О. Е. Куцафин. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 250.

Чаще всего основные обязанности закрепляются в главе конституции, посвященной основным правам и свободам, что еще раз свидетельствует о наличии между данными элементами правового статуса личности неразрывной связи и взаимозависимости. В современном обществе становится все более ясным то, что обеспечение возможности для реализации прав и свобод может иметь место только при условии соблюдения закона, а также должного исполнения обязанностей, возложенных государством.

В процессе дальнейшего развития теории и практики конституционных обязанностей одним из обязательных условий, в том числе как следствие глобализации, представляется изучение и восприятие зарубежного опыта в данной сфере, элементом чего и является проведение сравнительно-правового анализа основных обязанностей в зарубежных странах. В ходе подобного анализа необходимо выявить определенные закономерности и факторы, влияющие на формирование института обязанностей в различных зарубежных странах, а также возможность адаптации зарубежного опыта к российским реалиям.

Для удобства изучения и систематизации положений основных законов, касающихся конституционных обязанностей, произведена группировка по региональному принципу. Такой шаг является оправданным в связи с тем, что в определенных регионах существуют общие закономерности и тенденции, обусловленные общностью культуры и географической близостью отдельных стран, их идеологией и принадлежностью к религии. Однако основное предпочтение все же остается за региональным принципом группировки как наиболее общим и обоснованным.

Относительно европейского региона, рассмотренного на примере Германии, Франции, Австрии, Дании, Норвегии, Швеции, основной выявленной особенностью можно назвать либерализацию изучаемой сферы, выразившуюся в небольшом числе закрепленных в конституциях обязанностей (в среднем от 1 до 3). Отчасти это может быть обусловлено обстоятельствами принятия многих конституционных актов в Европе, выразившимися в борьбе населения за свои права, в том

числе революционными методами. Как следствие, появилось повышенное внимание к закрепляемым правам и свободам в ущерб обязанностям. Данную тенденцию нельзя считать позитивной, поскольку пренебрежение к закреплению обязанностей вызывает эффект вседозволенности. Снижается роль общества, коллектива, семьи, усиливается значимость индивидуальных потребностей, что создает риск возникновения как экономической, так и морально-нравственной стагнации.

Наиболее ярким примером можно назвать Декларацию прав человека и гражданина, принятую Национальным Учредительным собранием 26 августа 1789 г. и являющуюся составной частью современной французской конституции. Статья 4 Декларации гласит: «Свобода состоит в возможности делать все, что не вредит другому: таким образом, осуществление естественных прав человека имеет лишь те границы, которые обеспечивают другим членам общества пользование этими же правами. Эти границы могут быть установлены только законом»⁴. Данная формулировка закрепляет обязанность, заключающуюся в уважении прав и свобод других, что, однако, не представляется очевидным. Приведенный пример демонстрирует, насколько сильно доминируют права и свободы над обязанностями, что выражено и в факте наличия малого количества обязанностей, и в их формулировке.

Что касается Восточной и Юго-Восточной Азии, рассмотренной на примере Китая, Северной Кореи, Японии, Вьетнама, Монголии и Лаоса, то основными тенденциями в данном регионе являются, во-первых, значительное число закрепленных конституционных обязанностей, а во-вторых, особое внимание к трудовой обязанности граждан.

Первая особенность, на наш взгляд, является несомненным достоинством конституций Дальневосточных стран. Учитывая особую значимость закрепления конституционных обязанностей, такой подход является одним из факторов, обеспечивающих законность и правопорядок, а также должное воспитательное воздействие на население. Подобная особен-

⁴ Декларация прав человека и гражданина // Французская Республика : Конституция и законодательные акты. М.: Прогресс, 1989

ность может быть обусловлена менталитетом населения указанных стран, повышенным авторитетом государства и общества, коллективизацией сознания. Традиционно потребности общества данного региона ставятся выше потребностей отдельных индивидов, что является полной противоположностью европейскому мышлению. Эта традиция нашла свое выражение в том числе и в конституциях – в большом числе основных обязанностей человека и гражданина в странах данного региона. К примеру, Конституция Китайской Народной Республики в ст. 51–56 закрепляет 10 обязанностей⁵.

Вторая особенность, заключающаяся в закреплении трудовой обязанности, является как следствием того же менталитета и традиций, так и положением данных стран, в большинстве своем относящихся к развивающимся. Стремление к развитию экономики и повышению уровня благосостояния требует привлечения значительных трудовых ресурсов, поэтому неудивительно закрепление трудовой обязанности в конституциях этих стран. Возможно, что именно такой подход к труду обуславливает стремительный рост экономик Китая и Японии. Например, ст. 27 Конституции Японии гласит: «Все имеют право на труд и обязаны трудиться. Заработная плата, рабочее время, отдых и другие условия труда определяются законом. Эксплуатация детей запрещается»⁶.

Вместе с тем наблюдается тенденция к излишней коллективизации общественной жизни, особенно выраженная в странах с господствующей идеологией, близкой к социалистической, таких как Китай, КНДР и Вьетнам. Так, Социалистическая Конституция Коре́йской Народно-Демократической Республики гласит: «Граждане обязаны решительно защищать идейно-политическое единство и сплоченность народа» (ст. 80)⁷. «Коллективизм является основой жизни социалистического общества. Граждане обязаны дорожить организацией

⁵ Конституция Китайской Народной Республики. URL: http://chinalawinfo.ru/constitutional_law/constitution

⁶ Конституция Японии. URL : <http://ru.wikisource.org/wiki/>

⁷ Социалистическая Конституция Коре́йской Народно-Демократической Республики. URL: <http://constitutions.ru/archives/48>

и коллективом, проявлять высокий дух беззаветного служения интересам общества и народа» (ст. 82).

Нельзя не заметить сильной идеологической окраски, присущей конституциям указанных стран. Причиной тому, вероятно, является тотальное господство единственной конкретной идеологии. Данную тенденцию нельзя назвать строго положительной, поскольку, обеспечивая удовлетворение интересов собственно государства, это ставит под угрозу интересы отдельных людей. Государство должно служить народу, являться отражением его воли, интересов и потребностей, а не наоборот. Таким образом, излишняя роль и авторитет государства противоречат основам человеческой нравственности, гуманизма, принципам уважения к правам и свободам. То есть наблюдается ситуация, диаметрально противоположная европейской, что, с нашей точки зрения, нельзя назвать достижением. Ни одна из крайностей не является адекватным вариантом, требуется достижение компромисса, так называемой «золотой середины», в данном случае между интересами государства и личности.

Особенностями стран Ближнего и Среднего Востока, рассмотренных на примере Афганистана, Ирана, Саудовской Аравии, Турции, Индии, являются: значительное число закрепленных конституционных обязанностей, а также ярко выраженная религиозная окраска, связанная с преобладанием в данном регионе исламского населения и особенностями Ислама. Положения религиозных законов и правил оказывают большое влияние на право, а в некоторых случаях приобретают непосредственную юридическую силу. Так, Основной Низам Правления Королевства Саудовская Аравия по характеру и сущности является конституцией в привычном понимании этого термина, однако его ст. 1 закрепляет положение, в соответствии с которым Конституцией Саудовской Аравии является «Книга Всевышнего Аллаха и сунна Его Пророка, да благословит его Аллах»⁸. Из этого можно сделать вывод о необходимости соблюдения законов религиозного права как

⁸ Основной Низам Правления Королевства Саудовская Аравия. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/86>

главнейшей из основных обязанностей. Таким образом, возникает уникальная в своем роде система исламского права, которая находит свое отражение в том числе и в конституционных обязанностях, закрепляемых основными законами стран. Значение данной тенденции нельзя трактовать однозначно. С одной стороны, такое внимание к религии является крайностью, что, как известно, нельзя рассматривать в качестве приемлемого варианта. С другой стороны, это служит дополнительным гарантом соблюдения морально-нравственных норм и должного воспитания молодежи, а также поддержки семьи и рождаемости, что является несомненным плюсом, поскольку жизнь и деятельность государства нельзя рассматривать исключительно через призму экономики. Даже максимально развитое производство не способно обеспечить должного уровня материального благосостояния, если не будет обеспечено психологическое и нравственное благосостояние каждого члена общества. Это, в свою очередь, задача морали, которая, вне всяких сомнений, может и должна поддерживаться правом.

Конституция Турецкой Республики значительно отличается от других конституций рассматриваемого региона, несмотря на то, что в этой стране преобладает мусульманское население. Кроме того, Турции присущи типичные для развивающейся страны тенденции, в частности наличие трудовой обязанности. В то время как аравийское население имеет возможность пользоваться природными богатствами в виде запасов нефти, а поэтому не имеет потребности в обязательном труде, Турция вынуждена такую обязанность закрепить. Приведенный пример демонстрирует, как экономические реалии могут оказывать воздействие на право, в том числе и на такие универсальные и всеобщие институты, как конституционные обязанности. Особое положение в данном регионе занимает Индия, не являющаяся мусульманской страной. Конституция Индии гораздо ближе по своему характеру к социалистическим конституциям, однако не имеет ярко выраженной идеологической окраски.

Основными особенностями конституций стран африканского региона, изученного на примере Марокко, Намибии, Нигера, Эритреи, являются: высокий уровень заимствования

опыта других зарубежных конституций, достаточно широкий круг закрепленных конституционных обязанностей, значительный уровень юридической техники, а также особое внимание некоторых стран к борьбе с апартеидом, что, однако, не оказывает влияния на рассматриваемый предмет. Тем не менее каких-либо заметных, выделяющихся в сравнении с другими регионами, особенностей отмечено не было.

В целом закрепленные в африканских конституциях обязанности достаточно разнообразны. Но среди них нет действительно новых тенденций, отличающих институт конституционных обязанностей в Африке от других регионов. Главным достоинством, наряду с достаточно обширным перечнем основных обязанностей, можно считать их четкую и конкретную формулировку, а также высокий уровень юридической техники. Например, ст. 30 Конституции Нигера: «Долг каждого гражданина – трудиться для общего блага, исполнять все свои гражданские и профессиональные обязанности и отчитываться о своих налоговых отчислениях»⁹. Этот факт, прежде всего, обусловлен новизной африканских конституций, которые создавались в условиях развитой мировой правовой науки в целом и юридической техники в частности. Такое положение дел позволило сформулировать конституционные обязанности достаточно четко и однозначно, без косвенного обнаружения в статьях, не посвященных обязанностям, что иногда встречается в конституциях зарубежных стран. Благодаря такому подходу значительно облегчается восприятие гражданами обязанностей, а значит, повышается степень их исполнения и отражения в правовом сознании, что обеспечивает гораздо более высокую эффективность выполнения конституционными обязанностями своих функций.

В случае с Конституцией Эритреи особый интерес представляет не только широкий круг обязанностей, но и их формулировка. Указание на воспитание детей «с заботой и нежностью»¹⁰ видится отвечающим духу и сущности данной обя-

⁹ Конституция Нигера. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/71>

¹⁰ Конституция Эритреи. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/353>

занности и, соответственно, усиливающим декларативный эффект данного положения.

Касательно стран Латинской Америки, среди которых было уделено внимание Бразилии, Аргентине, Перу, Мексике, Гватемале, Колумбии, Кубе и Венесуэле, особенности закрепления конституционных обязанностей в основных законах данного региона представляют наибольший интерес и требуют пристального изучения и отчасти, на наш взгляд, заимствования.

Главной особенностью является широкий перечень закрепленных обязанностей, адекватно отвечающих потребностям государства, общества и личности. К примеру, Политическая Конституция Перу¹¹ в ст. 6–7, 13, 17, 20, 22, 31, 38, 163 закрепляет девять обязанностей. Причем конституции латиноамериканских стран лишены идеологической или религиозной окраски, что не относится к таким странам, как Куба и Венесуэла, в которых господствует идеология, основанная на социализме.

Следующей особенностью региона является повышенное внимание к уровню грамотности, выраженное в закреплении обязанности получить образование. Например, ст. 3 Политической Конституции Мексиканских Соединенных Штатов гласит: «Начальное образование является обязательным»¹². Это чрезвычайно важно для развивающихся стран региона, поэтому вполне логично нашло отражение в виде закрепления соответствующих основных обязанностей. Свойственное развивающимся странам закрепление трудовой обязанности также имеет место в Латинской Америке, однако оно не является настолько масштабным, как в странах Восточной и Юго-Восточной Азии. По ст. 17 Конституции Колумбии «труд является социальной обязанностью и пользуется особым покровительством государства»¹³.

¹¹ Политическая Конституция Перу. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/534>

¹² Политическая Конституция Мексиканских Соединенных Штатов. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/51>

¹³ Конституция Колумбии. URL: <http://constitutions.ru/archives/90>

Наиболее значительной особенностью является масштабное закрепление обязанности участвовать в выборах и голосованиях. Не вполне ясно, чем обусловлен такой подход, однако наличие данной обязанности видится чрезвычайно важным. При этом имеет место даже некоторая дифференциация по возрасту и уровню грамотности. К примеру, параграф 1 ст. 14 Конституции Бразилии¹⁴ закрепляет следующее: «Внесение в избирательные списки и голосование является: I. Обязательным для достигших 18 лет; II. Факультативным для: а) неграмотных; б) граждан старше 70 лет; с) граждан в возрасте от 16 до 18 лет». Статья 30 Конституции Гватемалы гласит: «Выборы являются тайными, обязательными для умеющих читать и писать и необязательными для неграмотных»¹⁵. По причине закрепления в большинстве конституций стран мира лишь избирательного права при определенных условиях возникает такое явление, как абсентеизм, т.е. уклонение от электоральных функций. В связи с появлением абсентеизма снижается легитимность власти, а также искажается реальная воля народа, что является грубейшим нарушением демократических принципов. Возникает дилемма: предоставить избирательное право и мириться с последствиями абсентеизма или же закрепить избирательную обязанность. С одной стороны, принуждение граждан к исполнению электоральных функций может считаться ущемлением их прав. С другой стороны, если говорить строго, то данный вывод можно отнести к любой обязанности, из чего ожидаемо может последовать разрешение гражданам исполнять законы по своему усмотрению либо полностью отказаться от исполнения обязанностей. При этом государство и общество столкнутся с ситуацией, когда не смогут обеспечить соблюдение на должном уровне прав и свобод, которые оно даровало, не подкрепив обязанностями. Что касается конкретной ситуации с избирательным правом, то даже в том случае, если государство конституционно обяжет гражданина прийти на избирательный участок, оно не сможет обязать его проголосовать.

¹⁴ Конституция Бразилии. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/563>

¹⁵ Конституция Гватемалы. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/44>

вать определенным образом. Следовательно, никакие права, по существу, ущемлены не будут. Избирательная обязанность ущемляет права человека не больше, чем, к примеру, фискальная, а поэтому имеет полное право на существование. В то же время с введением данной обязанности государство и общество заметно повышают уровень реального народовластия, что идет на пользу, в первую очередь, самим гражданам, поскольку они могут быть уверены в том, что сами приняли то или иное решение, что власть полностью легитимна, а законы соответствуют их ожиданиям. Вывод: избирательная обязанность является крайне выгодной в демократическом смысле, и, следовательно, странам, в которых она не закреплена, стоило бы обратить внимание на данную обязанность и внести соответствующие изменения в свои конституции и законы о выборах и референдумах. Как справедливо отмечает Н. В. Витрук: «Для демократического общества характерно сочетание реальных прав и свобод граждан с их обязанностями и ответственностью перед обществом»¹⁶.

Отдельно следует выделить конституции стран Латинской Америки с господствующей идеологией, основанной на социалистической, сочетающие некоторые региональные и идеологические особенности. Конституции указанных стран имеют определенное сходство с азиатскими «социалистическими» конституциями, но в то же время уделяют несколько меньшее внимание коллективизму. Они достаточно отличаются от других конституций региона, но все же имеют с ними общие черты, например повышенное внимание к образованию. Так, ст. 39 Конституции Республики Куба гласит: «Образование детей и молодежи в духе коммунизма является обязанностью всего общества. Долг семьи, школы, государственных органов и массовых общественных организаций – уделять особое внимание всестороннему воспитанию детей и молодежи»¹⁷.

В целом, завершая исследование конституций стран латиноамериканского региона, можно сделать вывод, что институт конституционных обязанностей в них развит намного более

¹⁶ Витрук Н. В. Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 118.

¹⁷ Конституция Республики Куба. URL: <http://ru.wikisource.org/wiki/>

гармонично и сбалансированно, чем в других регионах. Данный баланс имеет несколько сторон: это, во-первых, разумное сочетание интересов государства, общества и личности. Во-вторых, сочетание высокого декларативного воздействия с достаточно высоким уровнем юридической техники, выражающимся в ясности и конкретности закрепления положений об обязанностях. В-третьих, обширность перечней основных обязанностей, позволяющая должным образом соблюсти и обеспечить основные права и свободы.

Итак, на формирование института конституционных обязанностей влияют различные факторы, такие как географическое положение, традиции и менталитет населения, уровень экономического развития, положение государства в мировом сообществе, время и обстановка принятия основных законов, идеология, религия. Кроме того, основные обязанности выполняют дополнительные функции наряду с собственно правовыми. Они вытекают из декларативно-правового характера конституции и заключаются в психологическом, морально-нравственном, воспитательном воздействии на гражданина, что повышает важность выбора формулировки закрепленных конституционных обязанностей.

В результате проведенного исследования, применяя означенные выводы к российским реалиям, условиям, факторам, воздействующим на формирование права, в заимствовании зарубежного опыта и его адаптации можно выделить следующие направления:

1. Несмотря на достаточно высокий уровень развития и проработки института конституционных обязанностей в России, возможно дальнейшее расширение данной сферы.

2. Необходимо уделять больше внимания формулированию основных обязанностей с целью более эффективного выполнения ими внеправовых функций.

3. Следует дополнить существующий в России перечень конституционных обязанностей электоральной (избирательной) обязанностью.

4. Стоит рассмотреть вопрос о введении трудовой обязанности применительно к российским реалиям.

ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

С. С. Клейменова

СООТНОШЕНИЕ ПРАВА И МОРАЛИ В ЮРИДИЧЕСКОМ ПОЗИТИВИЗМЕ ГЕРБЕРТА ХАРТА

Герберт Харт, английский философ и теоретик права, заведовал кафедрой юриспруденции Оксфордского университета. Он по праву считается одним из наиболее видных представителей аналитической теории права и юридического позитивизма. После службы в британской контрразведке в годы Второй мировой войны он не стал возвращаться к юридической практике, а начал преподавать философию в Оксфорде. В 1952 г. он стал профессором и тогда же начал работу над своим главным трудом «Понятие права» («The Concept of Law»), который был опубликован только в 1961 г.¹

Актуальность выбранной темы обусловлена тем, что рассуждения Г. Харта на тему юридического позитивизма и отделения права от морали и сейчас могут внести ясность во многие вопросы, так или иначе связанные с аналитической юриспруденцией.

Впервые наиболее ярко позиция Г. Харта относительно соотношения права и морали была высказана им в 1958 г. на страницах «Harvard Law Review» в развернувшейся полемике с одним из ведущих на тот момент англоязычных правоведов Лоном Фуллером, профессором Гарварда². Поводом к дискус-

¹ См.: *Nicola L. A Life of H. L. A. Hart : The Nightmare and the Noble Dream.* Oxford University Press, 2004.

² См.: *MacCormick N. H. L. A. Hart : The Man and His Work.* Stanford, 1981.

сии послужил вопрос о том, как судам послевоенной Германии следует расценивать нацистское законодательство. Источник проблемы лежал в области юридической практики: судьи считали недопустимым применение нацистских статутов, которые могли послужить оправданием для людей, совершавших недопустимые с точки зрения морали поступки (так, авторы статей обратились к примеру жены, пожелавшей избавиться от мужа и использовавшей для этого механизм доноса, предусмотренный нацистским законодательством). Кроме того, оправдание подобных членов общества грозило потерей всякого уважения к праву и правосудию со стороны населения и началом «народных расправ», но при этом судебные решения не могли оставаться без должного обоснования. И хотя проблема брала свое начало из юридической практики, ее решение прежде всего стоило искать в области теории.

Прежде всего Г. Харт постарался максимально разграничить право, какое оно есть, и право, каким оно должно быть согласно требованиям морали. Наиболее значимые фигуры юридического сообщества того времени признавали, что требование о проведении рассматриваемого разграничения позволило понять право как средство социального контроля и начать новые продуктивные поиски; они приняли эту идею как самоочевидную и просвещающую в одно и то же время – как открывающую глаза тавтологию³.

Данное разграничение нередко считают надуманным и ложным. Некоторые критики полагают, что оно уводит людей от истинной природы права и его корней в социальной жизни⁴. Другие считают его не только ошибочным в интеллектуальном смысле, но и порочным для практики, в худшем случае способным ослабить сопротивление государственной тирании или абсолютизму⁵, а в лучшем – снизить авторитет

³ Green, Book Review, 6 Am. L. Rev. 57, 61 (1871) (reprinted in Green, *Essays and Notes on the Law of Tort and Crime* 31, 35 (1933)).

⁴ Friedmann, *Legal Theory* 154, 294–95 (3d ed. 1953).

⁵ Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, 2 *Die Wandlung* 8 (Germany 1947); Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, 1 *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 105 (Germany 1946) (reprinted in Radbruch, *Rechtsphilosophie* 347 (4th ed. 1950)).

права. Однако, отвечая критикам, Г. Харт говорил о том, что существует две опасности, избежать которые поможет подобное разграничение: опасность того, что право и власть могут стать разобщенными в области представлений человека о том, каким право должно быть, и того, что действующее право может обойти мораль и стать последним критерием поведения.

Следует отдать должное основным противникам Харта в вопросе отделения права от морали – утилитаристам. Они, несомненно, разделяли многое из того, что может быть названо «пересечением права и морали». Во-первых, они никогда не отрицали, что, как это следует из исторических фактов, развитие правовых систем в значительной степени определялось моральным суждением и, наоборот, что моральные стандарты находились под глубоким влиянием права, следовательно, содержание многих юридических норм зеркально отражало моральные нормы и принципы⁶. Во-вторых, представители утилитаризма не отрицали, что посредством установленных должным образом правовых положений моральные принципы могут время от времени привноситься в правовую систему и составлять часть ее норм или что суды могут быть юридически обязаны принимать решения в соответствии с их представлениями о справедливом или лучшем⁷. Следует отметить, что когда утилитаристы настаивали на разграничении права, какое оно есть, от права, каким оно должно быть, они думали об отдельных законах, смысл которых был ясным и, следовательно, не вызывал споров; они считали своим долгом обосновать, что такие законы, даже если они грубо попирали нормы морали, все равно оставались законами.

В своих трудах Г. Харт призывал по возможности избегать напрасной траты времени, давая терминам неподобающие определения, поскольку в рассуждении о таком многостороннем и лишенном четких очертаний понятии, как правовая система, споры о «сущностном» характере отдельного элемента или

⁶ *Bentham A. Fragment on Government*, in I Works 221, 294 n. [m] (Bowring ed. 1859) (c. V, 10th para.).

⁷ *Bentham A. Commentary on Humphreys' Real Property Code*, in 5 Works 389 (Bowring ed. 1843).

просто о его необходимости, по его мнению, скоро становятся похожи на споры о том, останутся ли шахматы шахматами, если из них убрать пешки. Возникновение в подобной ситуации желания сразу разобраться с вопросом о том, должна ли правовая система, чтобы быть таковой, согласовываться с каким-либо моральным или иным стандартом на основании простой констатации фактов, например, следующих: во-первых, ни одна система, которая не обладала таким свойством, не существовала или могла бы выжить, но прекратила свое существование по этой причине; во-вторых, обычно реализованное допущение о том, что правовая система нацелена на некоторую форму справедливости, направляет ход нашей мысли в процессе интерпретации определенных правовых норм в конкретных делах. При этом, если данное допущение не реализуется, теряется всякое основание следовать закону, кроме страха (или не будет даже этого основания), также исчезнут и моральные обязательства повиноваться. Связь между правовыми и моральными стандартами, а также принципами справедливости, следовательно, столь же малопроизвольна и столь же необходима, как связь между правом и санкциями.

Многое, по мнению Г. Харта, зависит от того факта, что вопрос о содержании правовой системы стоит задавать только в том случае, если при его рассмотрении преследуется скромная цель выживания в непосредственной близости от наших собратьев⁸. Однако теория естественного права пытается значительно развить эту идею, утверждая, что люди в равной степени преданы своим целям и объединены ими (стремление к знаниям, справедливости по отношению к своим собратьям), причем эти цели отличаются от выживания и, таким образом, расширяют необходимое содержание правовой системы. Несомненно, в данном случае следует быть осторожными и не преувеличивать различия между людьми, но, с точки зрения Г. Харта, цели, превышающие указанный минимум, ради которых люди живут в обществе, слишком противоречивы и разнообразны, для того чтобы позволить сильное расширение до-

⁸ См.: *Харт Г. Л. А. Позитивизм и разграничение права и морали // Правоведение. 2005. № 5.*

вода, согласно которому большее пересечение правовых норм и моральных стандартов «необходимо» в этом смысле.

В то же время, если принять как данность, что правовая система должна по меньшей мере состоять из общих норм (общих как в том смысле, что они рассчитаны на неоднократное применение, так и в том смысле, что они применяются по отношению к неограниченному числу лиц), такой подход будет связан с принципом разрешения схожих дел схожим образом, хотя критерий, согласно которому дела признаются схожими, будет включать только общие элементы, обозначенные в нормах. Однако утверждение о том, что одним из существенных элементов понятия справедливости является принцип разрешения схожих дел схожим образом, истинно. Это справедливость в применении права, но не справедливость права. Так, в самом представлении об общих нормах как существенном признаке права есть нечто, не позволяющее считать его нейтральным с моральной точки зрения и не имеющим какой-либо необходимой связи с моральными принципами. Естественная процессуальная справедливость состоит, таким образом, из тех принципов объективности и беспристрастности в применении права, которые осуществляют только этот аспект права и созданы для того чтобы обеспечить применение норм лишь к соответствующим их содержанию случаям или, по крайней мере, снизить риск неравенства в таком смысле.

Эти два названных выше основания (или оправдания), позволяющие говорить о конкретном пересечении между правовыми и моральными стандартами как о необходимом и естественном, конечно, не удовлетворяли сторонников утилитаристских или «позитивистских» утверждений об обособленности права и морали. Причина в том, что правовая система, отвечающая этим минимальным требованиям, может применять с наиболее педантичной беспристрастностью по отношению к сторонам крайне репрессивные законы и оставлять бесправное большинство рабов, из которых состоит население, без минимальных преимуществ защиты от насилия и воровства. В данном случае становится очевидно, что подобные общества не имеют (или не имели) правовой системы. Минимум

не будет реализован и правовая система опустится до уровня бессмысленных табу, только если правовые нормы не обеспечивают этих необходимых преимуществ и защиты каждого, даже группы рабовладельцев. Конечно, ни у кого из тех, кому отказали в данных преимуществах, не будет иных оснований для повиновения, кроме страха, и в то же время будут веские причины к восстанию.

Подводя итог своим рассуждениям, Харт обращается к практическому значению рассмотренных положений. Он обращает внимание на то, что в пределах структуры относительно ясного закона существует множество альтернатив, практически равных в своей привлекательности, и юристы, в том числе судьи, должны неуверенно искать среди них свой путь для того, чтобы найти более приемлемый способ описания своих или чужих принципов поведения, намерений или желаний, т.е. тогда, когда не происходит сознательного свободного выбора, а скорее наблюдается подчинение внутренним факторам. Использование в описании процесса интерпретации законов терминологии слияния или невозможности разделения сущего и должного в праве будет служить лишь сокрытию тех фактов, что мы живем среди неясностей, между которыми нам необходимо выбирать, и что существующее право устанавливает ограничение только на пределы нашего выбора, но не на сам выбор.

М. А. Седова

ЮРИДИЧЕСКАЯ ГЕРМЕНЕВТИКА В СОВРЕМЕННОМ ПРАВОВЕДЕНИИ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Современное правоведение, пребывая в последние годы в поиске новой парадигмы, находится на перепутье. Сегодня «на помощь» юристам приходит философия постмодерна, феноменология в различных ее видах, герменевтика, синергетика,

семиотика и даже математика¹. Главной причиной возникновения современных направлений, в том числе и юридической герменевтики, послужили изменения в философии, которые привели к возникновению новой эпохи – эпохи постмодерна.

Новая философия подвергает критике господствующие принципы классического мировоззрения (прежде всего, бинарные оппозиции истина/ложь, рациональность/иррациональность и т.д.). «В общем и целом, в господствующей картине мира эпохи постмодерна закономерность уступает место вероятности, универсальность локальности, тождество различию, объективность превращается в субъективность, одномерность вытесняется многомерностью. Все это, очевидно, не может не определять и основные характеристики права эпохи постмодерна»².

Кризис философии модерна и невозможность примирить противоборствующие концепции позитивного и естественно-го права заставили многих правоведов искать «другие плоскости» правопонимания, которые (за невозможностью обнаружить истину в конкретном) основывались бы на неких общих, метаюридических началах.

Одним из современных подходов, претендующих на роль универсального при изучении правовых явлений, является герменевтический.

Герменевтика в переводе с греческого означает «разъясняю, растолковываю». Первые подходы к оформлению герменевтики мы находим в древности, и в частности в западноевропейской традиции они были связаны прежде всего с деятельностью софистов, когда греческий полис потребовал новой интерпретации, нового истолкования древних текстов Гомера и других греческих поэтов.

Христианские писатели понимали под герменевтикой искусство толкования Библии³. С одной стороны, нужно было каким-то образом интерпретировать христианские тексты, Священное Писание, а с другой – происходили интенсивные

¹ См.: Козлихин И. Ю. О нетрадиционных подходах к праву // Правоведение. 2006. № 1.

² См.: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 358.

³ См.: Сулов В. А. Герменевтика права // Правоведение. 2001. № 5.

экономические, культурные, торговые контакты, осуществлялся обмен философскими и научными трактатами между Востоком и Западом, следствием чего явилось бурное развитие переводческой деятельности.

Развитие идей юридической герменевтики происходило на основе идей герменевтики философской. Формированием герменевтики как философской науки мы обязаны Ф. Шлейермахеру, В. Дильтею, Г.-Г. Гадамеру.

Сложности достижения истинного смысла правовых норм связаны с рядом проблем, с которыми сталкивается правоприменитель в процессе их интерпретации, среди которых проблема понимания, связанная с множественностью смыслов в процессе интерпретации, возможностью не достигнуть конечного понимания. Эти проблемы обусловлены: принципом лучшего понимания интерпретатора по сравнению с автором; спецификой объекта толкования (юридические тексты, речь); существованием коллизии, конфликта интерпретаций законодателя и правоприменителя.

Согласно герменевтическим представлениям, интерпретатор может понять текст лучше, чем понимал себя и свое собственное творение сам автор. Это видно даже на примере использования родного языка. «Механизмы владения родным языком у нас бессознательные. Мы совершенно свободно можем производить языковые выражения, а другие люди, воспринимая их в стандартных коммуникативных ситуациях, не испытывают затруднений с их пониманием. Исследователь же поставлен в совершенно иные условия. Он не может бессознательно, например, пользоваться большинством иностранных языков, он должен их осваивать сознательно, равно как и изучать многие другие моменты, которые были для автора бессознательными, но для исследователя они должны стать чисто рациональными, сознательными. Поэтому он может знать больше, чем автор, причем не только относительно языка, но и относительно культуры, традиций и многого другого, о чем человек в своей жизни даже не задумывается»⁴. В связи с этим процесс пони-

⁴ См.: Артамонова Ю. Д., Кузнецов В. Г. Герменевтический аспект языка СМИ // Язык средств массовой информации. М., 2008. С. 99–117.

мания может как не завершиться вовсе, так и завершиться пониманием значительно отличающимся от вложенного в смысл той или иной толкуемой нормы.

Другая же проблема правовой интерпретации состоит в специфике объекта интерпретации – самого текста. Если объектом лингвистической герменевтики служит текст произведения, смысл которого ускользает от понимания по причине авторской индивидуальности, то текст закона, напротив, изначально лишен какой-либо индивидуальности, которая стерта коллективным характером законотворчества. Кроме того, наличие в тексте дефектов может сделать его и вовсе бессмысленным. Классическим примером может послужить знаменитая резолюция на прощении о помиловании: «казнить нельзя помиловать», когда отсутствие знака препинания привело к невозможности понимания ее смысла.

В качестве объекта понимания в правоприменительной деятельности наряду с текстом закона следует признать любой текст в широком смысле, например текст устных высказываний в судебном процессе, при проведении допроса, других следственных действий или следовую картину, с которой сталкивается следователь при осмотре места происшествия, где он, в сущности, имеет дело с символами, а также понимание смысла физических действий⁵.

Проблема понимания также связана и с тем, что существует коллизия, конфликт интерпретаций законодателя и правоприменителя, которая выражается в том, что законодатель изначально стремится к максимальной однозначности текста, а правоприменитель – к его интерпретации в свою пользу. Кроме того, происходит столкновение различных интерпретаций текста закона участниками правового общения.

Несмотря на распространенность в современном правоведении юридической герменевтики, оценка ее роли и значимости до сих пор неоднозначна. Среди сторонников понимания юридической герменевтики как конкретного метода толкования скрытого смысла текста С. С. Алексеев, И. П. Малинова,

⁵ См.: *Мережко А. А.* Юридическая герменевтика и методология права // Проблемы философии права. 2003. Т. 1. С. 159–162.

Н. И. Хабибулина, Н. В. Малиновская и другие авторы. Как справедливо отмечает Н. В. Малиновская: «По сей день неоднозначным остается ответ на вопрос, как понимать герменевтику – как метод познания или целостное научное направление. Изначальное формирование в качестве практики толкования текстов надолго закрепило за ней в первую очередь методологический характер. Однако накопление опыта и значительного количества методов исследования в рамках самого процесса толкования способствовало все более уверенному продвижению герменевтики в число самостоятельных наук, поэтому в настоящее время в теории права она понимается и в качестве отдельного научного подхода к правопониманию»⁶.

В трудах А. И. Овчинникова юридическая герменевтика рассматривается как тип правопонимания, который обязан дать цельное представление о праве, преодолев ограниченность социологических, исторических, юридических и иных подходов к нему.

И. Л. Честнов, проанализировав в своей монографии «Правопонимание в эпоху постмодерна» феноменологию, герменевтику, синергетику и т.д., пришел к выводу, что эти подходы к праву как самостоятельные еще не состоялись.

А. В. Поляков также полагает, что постмодерн не оправдал надежд: не собрал «воедино разрозненные правовые смыслы», не смог «найти общий код к прочтению разнообразных теоретико-правовых текстов, обосновать заново место и роль субъекта права в универсуме правовой коммуникации...»⁷.

Ю. И. Козлихин и вовсе считает, что правоприменитель не должен углубляться в философское познание, а призван заниматься традиционной герменевтикой. Мнение Ю. И. Козлихина понять можно, но отказаться полностью от достижений философской герменевтики и их значения в праве представляется неразумным и невозможным. Изменения в философии могут и должны находить свое отражение в юриспруденции,

⁶ См.: Малиновская Н. В. Философская герменевтика и правопонимание : Проблемы и перспективы // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия : Право. 2007. № 2. С. 38–46.

⁷ См.: Поляков А. В. Общая теория права : проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 296–297.

поскольку теоретическая наука о праве выстраивается на основе философских размышлений о нем, к тому же юридическая герменевтика значительно расширяет и обогащает классический юридический инструментарий в сфере толкования права, акцентирует внимание на внутренних аспектах интерпретации и связанных с ними проблемах.

Таким образом, юридическая герменевтика уже утвердила свое место в современном правоведении, и характер и способы ее рассуждений о правовых проблемах делают возможным ее становление как особого типа правопонимания.

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ

Я. О. Тарасова

«ВАС» НЕ СПРОСИЛИ: ОБЪЕДИНЕНИЕ ВЕРХОВНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ВЫСШЕГО АРБИТРАЖНОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ШАГ ВПЕРЕД ИЛИ ДВА ШАГА НАЗАД?

Среди важнейших проблем, стоящих на пути прогрессивного развития российской судебной системы, все более актуальной становится отсутствие единой судебной практики, «разрозненность» судебной власти, ее специфическое и далеко не всегда обоснованное «разделение», что не повышает степень доверия к правосудию. Нужны меры, которые выведут правосудие на новый уровень качества и цивилизованности¹.

Выступая на пленарном заседании Петербургского международного экономического форума 21 июня 2013 г., Президент РФ В. В. Путин озвучил предложение об объединении Верховного Суда РФ (далее – ВС РФ) и Высшего Арбитражного Суда РФ (далее – ВАС РФ). В. В. Путин поручил Администрации Президента РФ разработать в кратчайшие сроки соответствующий законопроект, а также обратился к судейскому сообществу, депутатам Государственной Думы РФ с просьбой принять участие в его подготовке.

Решение об объединении двух высших судебных инстанций имеет большое политико-правовое значение, требующее внесения изменений не только в действующее законодатель-

¹ См.: Малько А. В. О проекте Концепции судебной политики в Российской Федерации // Правовая политика и правовая жизнь. 2013. № 2. С. 142.

ство, но и в ст. 125, 126, 128 главы 7 («Судебная власть») Конституции РФ, а также признания утратившей силу ст. 128 Конституции РФ. Иными словами, объединение ВС РФ и ВАС РФ может стать наиболее важным преобразованием в судебной системе за последние годы и необходимым импульсом для нового этапа в реформе всей судебной системы.

Предложение Президента РФ В. В. Путина объединить ВС РФ и ВАС РФ в единый высший орган судебной власти страны вызвало осторожные и местами противоречивые оценки в юридическом сообществе.

В России сегодня работают более трех тысяч судов общей юрисдикции и чуть менее двухсот арбитражных судов. Приводя аргументы в поддержку предложения Президента РФ, Российское агентство правовой и судебной информации напоминает, что в США федеральные суды, во главе которых стоит Верховный суд, рассматривают все дела, возникающие из отношений, регулируемых Сводом законов Соединенных Штатов (United States Code). Объединение судов позволит создать единый центр правоприменения.

В Российской Федерации все последние годы наблюдается обратная и довольно печальная ситуация: ВС РФ и ВАС РФ временами напоминают того самого двуглавого орла с русского герба, головы которого смотрят в диаметрально противоположные стороны. Люди, далекие от юриспруденции, порой не понимают, почему очень похожие дела рассматриваются в совершенно разных местах, нередко связанных друг с другом лишь схожими названиями².

Государственное информационно-аналитическое агентство РФ «РИА Новости» приводит мнение адвоката К. Ривкина о том, что «...если уж и делать слияние высших судов, то надо объединять не только Верховный и Высший Арбитражный, но и Конституционный Суд. Ведь объединят не только две головы, но и обе судебные системы – тогда необходимо рассмотреть возможность включения и Конституционного Суда в этот орган. Например, в виде некоего конституционного присут-

² См.: *Фоков А. П.* Объединение Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации : «За» и «Против» // *Российский судья.* 2013. № 8. С. 2.

ствия, чтобы был не двуглавый монстр, а единый орган». При этом К. Ривкин подчеркивает, что понимает логику Президента РФ В. Путина, учитывая мировой опыт работы судов с триединой функцией, однако считает, что период реорганизации парализует как арбитражи, так и всю общую юрисдикцию.

«Я не могу критиковать эту идею, так как сам отстаиваю ее с 2002 года»³, – сообщил Российскому агентству правовой и судебной информации представитель Высших Судов в Правительстве РФ М. Барщевский.

Далее М. Барщевский уточнил, что в данном случае он является необъективным лицом. «Я сам полтора месяца назад делал доклад о судебной реформе и называл эту меру первоочередной, так как считаю, что она решит ряд проблем – обеспечит единообразие судебной практики, независимость судов, сокращение аппарата. Однако очень многое зависит от того, кто будет председателем этого суда, насколько это будет сильная фигура»⁴, – подчеркнул М. Барщевский.

Председатель ВАС РФ А. Иванов отметил, что слияние произойдет на равных условиях. Пресс-секретарь ВС РФ П. Одинцов заявил, что Верховный Суд выполнит поручение В. В. Путина и «примет самое деятельное участие в этой работе»⁵.

Премьер-министр РФ Д. Медведев 10 июля 2013 г. на встрече с членами бюро РСПП отметил, что считает непростым процесс объединения Верховного и Высшего Арбитражного Судов: «...мы это долго обсуждали» и что в этом, на его взгляд, «есть очевидный плюс, заключающийся в том, что не будет разной практики по одинаковым делам»⁶. При этом, по мнению Д. А. Медведева, «внутри общей системы (которая появится в результате слияния) должны остаться те палаты, которые сейчас есть, – должны остаться арбитражные суды, суды общей юрисдикции, суды уголовные и, может быть, суды административные <...> Разделение дел, разнесение правового материала и процессуальной подведомственности должно

³ URL: //rapsinews.ru/judicial_analyst/20130621/267872485.html

⁴ Там же.

⁵ Там же.

⁶ URL: //interfax-russia.ru/view.asp?id=441193

не сильно измениться... процесс этот непростой, думаю, что он займет несколько лет»⁷.

В то же время Д. А. Медведев подчеркнул, что «...в конечном счете, мы получим подобающую систему правосудия, потому что мы с вами знаем, что очень часто бегство в другую юрисдикцию связано с ощущением, что в нашем суде объективно разобраться не получится. И нужно по-честному признать, что есть претензии у предпринимателей к тому, как работает судебная система. И эти претензии тоже должны быть сняты в ходе слияния»⁸.

Глава ВАС РФ А. Иванов отметил, что «объединяться будет не вся система, а только аппарат Верховного и Высшего Арбитражного Судов. Я просто хотел бы предупредить всех наших судей, что речь не идет об объединении судебных систем. Речь идет об объединении только двух Высших Судов. На равных условиях»⁹.

Бывший министр финансов А. Кудрин выразил определенные сомнения по поводу слияния (объединения ВС и ВАС РФ): «Часто одни и те же дела рассматривают в разных судах. Когда не удастся решить в одном суде, в арбитражном, идут в другой – в гражданский или уголовный или наоборот. Мы, конечно, сегодня недовольны судебной системой. Решает ли проблему независимости судов их объединение, не вполне понятно. У нас, конечно, к судебной системе больше вопросов, чем только объединение. Но цели самые положительные. Но удастся ли реализовать?»

Председатель адвокатской палаты г. Москвы Г. Резник – против объединения ВС и ВАС РФ. «Я не ожидаю в связи с объединением Арбитражного и Верховного Судов никаких улучшений по рассмотрению дел, эти перестановки в лучшем случае будут индифферентны для качества рассмотрения дел. Я не вижу причин ломать систему, которая у нас худо-бедно выстраивалась на протяжении 20 лет. Это опять повлечет бюджетные затраты, и совершенно неясно, зачем это нужно. В данном случае надо идти на углубление специализации, а

⁷ Там же.

⁸ Там же.

⁹ URL: [//www.gazeta.ru/politics/2013/06/21_a_5389261.shtml](http://www.gazeta.ru/politics/2013/06/21_a_5389261.shtml)

не на смешивание разных направлений судейской деятельности. Претензии, которые предъявляются к рассмотрению дел в судах общей юрисдикции, не связаны с их организацией. Не мебель надо менять»¹⁰.

При решении вопроса об объединении ВАС РФ и ВС РФ важно учитывать и основные направления, по которым развивается судебная система России, – унификацию и дифференциацию¹¹. Объединение судов – это явное проявление унификации в вопросе организации судебной системы, хотя последние десятилетия отмечалась тенденция к дифференциации. К примеру, последовательно проводился в жизнь принцип специализации: воссозданы мировые суды, созданы подсистема самих арбитражных судов и, конечно, суд по интеллектуальным правам – специализированный суд в подсистеме специализированных арбитражных судов.

Только правильный выбор пути развития судебной системы (унификация либо дальнейшая дифференциация) обеспечит последовательность и успех проводимых преобразований. На наш взгляд, верным будет сбалансированное решение: не стоит отказываться от создания специализированных судов в судебной системе России и в дальнейшем, но в высшей (объединенной) судебной инстанции могут быть созданы соответствующие судебные коллегии, специализирующиеся на спорах, подведомственных соответствующим судам. При таком подходе на первый план выступает проблема координации.

За последнее время наблюдается развитие системы арбитражных судов. Это касается как соблюдения сроков судопроизводства, прозрачности (все решения арбитражных судов находятся в электронном доступе) и многого другого, так и, собственно, значения правоприменительной практики, а значит, и возможности влиять на законодательство. Все это характеризует арбитражное судопроизводство как очень современное

¹⁰ URL: [//www.gazeta.ru/politics/2013/06/21_a_5389261.shtml](http://www.gazeta.ru/politics/2013/06/21_a_5389261.shtml)

¹¹ См.: *Даниелян Д. Р.* Объединение Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ : Цели, задачи и перспективы // *Мировой судья.* 2013. № 10. С. 2.

и динамично развивающееся, что, к сожалению, пока нельзя сказать о судах общей юрисдикции.

Следует напомнить, что эти предложения не новы. Так, еще при разработке конституционного проекта 1993 г. обсуждался вопрос об образовании Высшего судебного присутствия РФ, состоящего из председателей Конституционного, Верховного и Высшего Арбитражного Судов, их первых заместителей и трех федеральных судей, назначаемых по представлению Президента РФ, однако, это сделано не было¹². Очевидно, что целесообразность нового проекта весьма сомнительна, а его реализация столкнется с большими сложностями.

Во-первых, объединение судов – это потеря специализации. Специализация судебной деятельности – характерная черта организации судебной власти в мире. Суть сильной и авторитетной судебной власти не в сосредоточении ее в руках одного всесильного суда, а, прежде всего, в обеспечении реальной независимости правосудия, подчинении закону, в последовательной реализации принципов судопроизводства. Конечно, многое будет зависть от того, кто возглавит объединенный суд. Существующая организация судебной системы Российской Федерации, построенная на принципах внешней специализации, не совершенна, но эффективна, и не требует «глобальных» затрат с финансовой точки зрения, чем система, построенная на принципах унификации и внутренней специализации.

Во-вторых, для перемещения судов потребуются огромные финансовые затраты. Если объем финансирования судебной системы на 2013–2020 гг. составляет 90,6 млрд руб., то стоимость переезда оценивается в 50 млрд руб. Такую цифру назвал управляющий делами Президента РФ Владимир Кожин. Однако в печати называлась и другая, поистине астрономическая сумма – 65 млрд руб. из государственного бюджета¹³.

¹² Колесников Е. В., Селезнева Н. М. Статус суда в Российской Федерации : конституционные вопросы. Саратов, 2008. С. 204.

¹³ См.: Сайт Управления Делами Президента РФ. Официальное интернет-представительство. URL: <http://www.udprf.ru/press-centr/soobsch-smi> ; Петлякова Н. Вас не ждали – а вы переехали // Новая газета. 2013. № 2.

В-третьих, следует учитывать, что подобная радикальная реформа приведет к пересмотру ряда положений Конституции РФ (ст. 83, 102, 104, 125–128) и федеральных конституционных и иных законов. Так, в актах повышенной юридической силы – федеральных конституционных законах – установлено, что резиденцией – местом постоянного пребывания ВС РФ и ВАС РФ является город Москва. Таким образом, централизация судебной власти может быть осуществлена только в результате новой конституционной реформы, о проведении которой не объявлено и в которой немногие заинтересованы.

В-четвертых, удаленность высших судов от центра затруднит доступ к правосудию. Гражданам со всей страны придется добираться до судов с пересадкой в столице, это неудобно и требует значительных материальных затрат. Москва расположена ближе к центру расселения большинства российских граждан, чем Санкт-Петербург.

И наконец, в случае объединения двух судов мы получим новое суперведомство, очень крупный суд с численностью более 200 судей. При этом велик риск снижения качества работы и без того не очень четко функционирующей судебной системы. Остро встанет вопрос нехватки кадров, поскольку не все судьи согласятся на переезд в Санкт-Петербург. По мнению экспертов, это снизит квалификацию судей.

Можно утверждать, что в Российской Федерации до сих пор отсутствует четкая научная концепция развития судебной власти. Судебную систему нельзя перестраивать по абстрактным схемам или по заказу политиков, ее необходимо постепенно и обдуманно реформировать на основе здравого смысла, учитывая социально-экономические, финансовые и правовые реалии¹⁴. Необдуманное реформирование высших судов не только не решает проблему формирования сильной судебной власти в стране, но и может привести к дезорганизации всей судебной системы и, соответственно, государственных и правоохранительных органов в целом.

¹⁴ См.: Колесников Е. В., Селезнева Н. М. К вопросу об объединении высших судов // Правовая политика и правовая жизнь. 2013. № 2.

МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

Э. И. Сенотов

РЕФЕРЕНДУМ КАК ФОРМА УЧАСТИЯ НАСЕЛЕНИЯ В ОСУЩЕСТВЛЕНИИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

В соответствии со ст. 3 Конституции Российской Федерации высшим непосредственным выражением власти народа являются референдум и свободные выборы¹. Не случайно местный референдум как форма народовластия был закреплен в ст. 22 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» как одна из основных форм участия населения в осуществлении местного самоуправления². Исходя из определений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»³, можно сделать вывод, что местный референдум рассматривается как форма непосредственного решения населением наиболее важных вопросов местного значения, что подчеркивает особую роль данной формы волеизъявления народа.

Как отмечает Т. В. Евлаш, можно выделить три функции, выполняемые рассматриваемым институтом в практике осуществления местного самоуправления. Во-первых, на мест-

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 № 6-ФКЗ, 7-ФКЗ и от 05.02.2014 № 2-ФКЗ) // Рос. газета. 1993. 25 дек.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

³ Там же. 2002. № 24. Ст. 2253.

© Сенотов Э. И., 2014

ный референдум могут быть вынесены подготовленные в органах местного самоуправления проекты нормативных актов в целях придания им особого веса в правовой системе муниципального образования. Утвержденные непосредственно населением акты будут обладать юридическим приоритетом по отношению к актам органов и должностных лиц местного самоуправления, их положения могут быть изменены в особом порядке, установленном законодательством о референдуме или самими актами. Использование инструмента всеобщего голосования в этом случае может обеспечить стабильность устройства муниципальной власти и задать нужную иерархию муниципальных правовых актов.

Во-вторых, органы местного самоуправления могут прибегнуть к проведению референдума в тех случаях, когда необходимо выбрать один конкретный вариант правового решения из нескольких возможных.

Главная ценность института местного референдума заключается в возможности его использования населением по собственной воле, без санкции органов местного самоуправления или иных представителей власти. В этом состоит третья, на наш взгляд, основная функция рассматриваемого института – собственно осуществление прямого народовластия. Механизм принятия решения на референдуме может быть востребован как альтернатива представительному народовластию, в частности в тех случаях, когда органы местного самоуправления не принимают необходимого решения или принимают решения, не соответствующие мнению большинства жителей муниципального образования⁴. Если учесть данную точку зрения и проанализировать российское законодательство о референдуме как форме народовластия, можно с уверенностью сказать, что референдум является открытой и наиболее прямой формой народовластия в демократическом государстве, в том числе на уровне местного самоуправления.

⁴ См.: *Евлаш Т. В.* Понятие и значение местного референдума как внешнее проявление реализации населением права на местное самоуправление // Государственная власть и местное самоуправление. 2010. № 2. С. 17.

За 20 лет существования современного Российского государства на общегосударственном уровне данная форма народо-властия не была реализована ни разу, не лучше дела обстоят и на местном уровне. Если учесть тот факт, что процедура проведения референдума очень сложная и дорогостоящая, подавляющее большинство муниципалитетов решительно воздерживаются от ее использования, выбирают более простые и менее затратные формы принятия решений. В результате на местном уровне очень редко появляются такие «наиболее важные» вопросы, решение которых органы местного самоуправления возлагают на голос народа.

Главная ценность местного референдума – возможность его проведения по инициативе граждан. Российский ученый И. В. Гранкин считает, что и тут не обошлось без препятствий. В Законе «Об основных гарантиях...» сказано, что в поддержку инициативы о проведении местного референдума необходимо собирать подписи жителей муниципальных образований. Точный процент или количество подписей устанавливается законом субъекта Российской Федерации, но не более пяти процентов. Такая отсылочная норма создает условия для того, чтобы субъекты Российской Федерации могли легко заблокировать проведение местных референдумов в городах-миллионниках или других крупных городах. Это можно сделать, сохранив в региональном законе необходимость сбора пяти процентов подписей от числа участников референдума. Исходя из данных положений, следует, что в городе с миллионным населением необходимо собрать несколько десятков тысяч подписей, что при учете прочих препятствий объективно невозможно. Вторым препятствием на пути проведения местного референдума является ограничение мест сбора подписей граждан в поддержку референдума. Запрещено собирать подписи на рабочих местах, по месту учебы и во время выдачи заработной платы, пенсий, пособий, иных социальных выплат. На вопрос о том, где можно собирать подписи в поддержку референдума, в федеральном законодательстве ответа нет. Третьим барьером следует назвать сжатые сроки для сбора подписей, а именно – 20 дней, что еще больше усложня-

ет процедуру проведения местного референдума⁵. Кроме того, законодательство Российской Федерации практически блокирует решение наиболее важных вопросов, в том числе местного значения, путем референдума. Следует выделить негативную тенденцию в области пренебрежительного отношения к проведению референдумов со стороны органов государственной власти и органов местного самоуправления.

На практике можно встретить множество случаев, когда органы государственной власти и местного самоуправления, ссылаясь на какие-либо формальные и, как правило, совершенно нелепые причины, прямо нарушают право граждан на проведение местного референдума.

28 августа 2012 г. на заседании городской Думы г. Дзержинска рассматривался вопрос о проведении общегородского референдума. Дума большинством голосов отказала инициативной группе граждан, намеревавшихся организовать общегородской референдум по вопросу о сохранении всенародных выборов мэра города. Правовое управление Думы и и.о. прокурора города решили, что данный вопрос не может быть вынесен на референдум, поскольку не является вопросом местного значения⁶.

Но самым вопиющим нарушением права населения на решение вопросов местного значения путем референдума стала недавняя история с местным референдумом в поселке Детчино (Калужская область). В сентябре 2013 г. жители Детчино с удивлением узнали, что на территории их сельского поселения планируется построить мусороперерабатывающий завод, занимающий почти 68 га сельскохозяйственных земель, грибных и ягодных лесов и рыбных речек. Опасаясь ухудшения экологической обстановки, местные жители организовали инициативную группу по проведению референдума, местные депутаты приняли решение о проведении референдума, на котором должен был решиться вопрос об исключении из

⁵ См.: Гранкин И. В. Законодательное обеспечение прямой демократии на муниципальном уровне // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 7. С. 46.

⁶ URL: <http://1dzer.ru/articles/356>

генерального плана сельского поселения строительства мусороперерабатывающего завода. Заместитель районного прокурора внес протест на решение о проведении референдума, ссылаясь на то, что исключить строительство из плана невозможно, ввиду того что его там якобы и не было. Поселковое собрание протест отклонило. Дело дошло до судебного разбирательства. Суд поддержал позицию прокурора, считая, что данный вопрос – компетенция муниципального района, а не поселения, вынес решение об отмене решения поселкового собрания о проведении референдума. Не дожидаясь, пока решение суда вступит в законную силу, прокурор направил заявление в суд о принятии обеспечительных мер по предыдущему решению суда. Прокурор просил суд приостановить действие решений поселкового собрания Детчино на том основании, что они «продолжают действовать, что может привести к наступлению негативных последствий в виде проведения референдума, решение по которому может повлечь правовую неопределенность»⁷. Таким образом, решением суда было заблокировано проведение первого в Калужской области местного референдума.

Ввиду перечисленных выше причин в России очень редко реализуется такая форма участия граждан в осуществлении местного самоуправления, как местный референдум. На наш взгляд, в целях решения данной проблемы необходимо облегчить процедуру проведения местного референдума по инициативе граждан, установив на федеральном уровне более низкий процент для сбора подписей в крупных муниципалитетах и более длительные сроки для их сбора, а также пресечь негативную практику органов государственной власти по препятствованию проведению референдумов. Только тогда такой способ решения вопросов местного значения можно будет считать эффективным.

⁷ URL: <http://reporter40.ru/content/poslednie-novosti/>

Д. В. Спесивцева

НЕКОТОРЫЕ АСПЕКТЫ УЧАСТИЯ ПРОКУРОРОВ В ПРАВОТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ОРГАНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ

В Российской Федерации признается и гарантируется местное самоуправление. В пределах своих полномочий оно самостоятельно. Органы местного самоуправления согласно ст. 12 Конституции РФ не входят в систему органов государственной власти.

Главной задачей местного самоуправления является муниципальное *правотворчество*. По сути, это есть процесс возведения воли населения муниципального образования в соответствующие муниципальные правовые акты, процесс придания содержащимся в них правилам поведения общеобязательного характера. Муниципальное правотворчество охватывает непосредственную деятельность органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления по выработке, принятию (изданию), изменению или отмене муниципальных правовых актов.

Принятие (издание) незаконных правовых актов органами исполнительной власти всех уровней представляет особую опасность, так как часто влечет за собой нарушение прав и свобод граждан, проживающих в соответствующих регионах, законных интересов юридических лиц, а также, что немало важно, снижение авторитета органов и их руководителей, издавших эти акты, а это, в свою очередь, способно привести к дестабилизации обстановки, усилению напряженности во многих сферах общественных отношений.

Число издаваемых региональными и местными органами власти правовых актов, противоречащих Конституции РФ, федеральным законам, остается все еще значительным. Об уровне правовой дисциплины в субъектах свидетельствует, например, то, что по требованию прокуроров ежегодно отменяется и изменяется свыше 5000 противоречащих законодательству региональных актов. Что касается правотворчества

органов местного самоуправления, то цифры в несколько раз больше: до 30 000 таких актов¹.

В связи с этим российские прокуроры традиционно уделяют особое внимание надзору за законностью актов, издаваемых органами исполнительной власти, органами местного самоуправления и их должностными лицами².

В ходе осуществления надзора за правовыми актами управления прокурорам необходимо использовать:

- право участия в заседаниях представительных (законодательных), исполнительных органов и органов местного самоуправления³;
- систематическое ознакомление с протоколами заседаний;
- периодические проверки и др.

В практике применяются различные формы проверки законности актов, издаваемых в органах местного самоуправления, в том числе:

- 1) предварительное изучение и правовая оценка проектов решений и постановлений представительного органа, главы муниципального образования;
- 2) участие прокурора в заседаниях представительного органа, совещаниях муниципальной администрации;
- 3) ознакомление с поступившими в прокуратуру копиями принятых (изданных) представительными органами решений и постановлений;

¹ См.: Выступление Юрия Чайки на конференции «20 лет Конституции России : институты правового государства, гражданское общество и законотворческий процесс» // Видеопарламент. URL: <http://www.video-duma.ru> (дата обращения: 26.09.2013).

² См.: *Винокуров Ю. Е., Плешаков А. М.* Участие в правотворчестве как самостоятельное направление прокурорской деятельности // *Административное и муниципальное право.* 2011. № 12. С. 69–72.

³ Представительные органы власти не издают правовые акты управления, однако они принимают правовые акты, на которых в последующем могут быть основаны соответствующие акты управления, и в случае если первые будут незаконными, то и последние, очевидно, тоже. Поэтому с точки зрения обеспечения законности правовых актов управления прокурор должен присутствовать на заседаниях представительных (законодательных) органов.

4) истребование в прокуратуру для изучения и правовой оценки из представительных и исполнительных органов местного самоуправления правовых актов и при необходимости других документов, послуживших основой для их издания;

5) проведение проверок законности правовых актов непосредственно в органах местного самоуправления.

В настоящее время проверки законности правовых актов управления могут проводиться либо периодически в плановом порядке (при этом очередность проведения проверок в этих органах каждая прокуратура устанавливает самостоятельно), либо незамедлительно в случае наличия информации о незаконных правовых актах управления (тем более, если это нормативный акт)⁴.

Проводя проверку законности актов в любом представительном и исполнительном органе муниципальных образований, включая и органы территориального общественного самоуправления, прокурор выясняет следующие вопросы⁵:

– правомочен ли был проверяемый орган издавать акт по данному вопросу и не входит ли решение этого вопроса в компетенцию другого вышестоящего или нижестоящего представительного или исполнительного органа⁶;

– не противоречат ли его предписания нормам соответствующего закона как федерального, так и субъекта Федерации;

– не ограничивает ли акт права и свободы граждан, права и законные интересы предприятий, учреждений, органи-

⁴ Без сигналов о нарушении законов могут также проводиться проверки законности привлечения граждан и должностных лиц к административной ответственности в органах, наделенных правом применения административных санкций, поскольку вносимые ими постановления о привлечении к административной ответственности являются разновидностью правовых актов. К тому же при получении сведений эти проверки проводятся в первоочередном порядке.

⁵ См.: О критериях оценки законности правовых актов : Прокурорский надзор : учеб. для вузов / О. С. Капинус [и др.]. М., 2013. С. 254–255.

⁶ Иными словами, не нарушена ли органом его законная компетенция, не вышел ли он за ее пределы. Предмет ведения органов местного самоуправления закреплен в ст. 6, 15 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации».

заций и других органов и не содержит ли он запреты на разрешаемые законом действия (свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства и др.);

– не устанавливаются ли актом обязанности граждан и юридических лиц, не предусмотренные Конституцией и законами Российской Федерации, Конституцией (уставом) и законами субъекта Федерации, а также уставом муниципального образования;

– не содержит ли акт разрешения запрещаемых законом действий;

– соответствует ли содержание акта фактическим обстоятельствам (жизненной ситуации)⁷;

– содержат ли акты представительного органа, главы муниципального образования указание на финансовые, материально-технические и организационные средства, необходимые для обеспечения их выполнения;

– не противоречит ли правовой акт ранее принятым тем же органом актам;

– соблюден ли порядок принятия или издания акта;

– содержит ли акт необходимые реквизиты: номер, дату принятия, подписи и др.;

– указаны ли сроки вступления в силу решений, постановлений и иных актов⁸.

Проверка законности актов органов местного самоуправления заканчивается разбором ее результатов с руководителями представительного органа, администрации или органа территориального общественного самоуправления. На разбор могут быть также приглашены юристы, руководители структурных подразделений. При этом основное внимание уделяется анализу причин принятия или издания незаконных актов и рассмотрению основных путей их устранения.

По результатам проверки законности актов составляется справка, в которой отмечается: какие акты проверены и за ка-

⁷ Дело в том, что внешне акт может выглядеть вполне законным, в действительности же не соответствовать фактическим обстоятельствам.

⁸ Если срок вступления в действие акта не определен, то он обычно действует с момента его обнародования (опубликования) или доведения до сведения населения в иной форме.

кой период времени (с указанием даты их издания и номеров); какие материалы изучены; какая еще выполнена работа и какие выявлены нарушения⁹.

В целом в теории прокурорского надзора существует множество классификаций проверок. Например, в зависимости от предмета надзора выделяют проверки соответствия законам правовых актов; в зависимости от способа проведения проверок: сплошные, выборочные, конкретные; в зависимости от характера проверяемых вопросов в конкретной ситуации: целевые, комплексные, сквозные и др.¹⁰

Реализуя возложенные на них обязанности, прокуроры в одном случае принимают меры к отмене незаконных актов или их отдельных предписаний либо к приведению их в соответствие с законом, внося протесты или обращаясь с заявлениями в суды, в другом случае вносят в законодательные (представительные) органы и в органы, обладающие правом законодательной инициативы, предложения об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных актов¹¹.

Правотворческая деятельность прокуратуры регламентирована, прежде всего, Федеральным законом от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 13.04.2014, далее – Закон о прокуратуре), а также рядом организационно-распорядительных актов Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Так, Положением об организации правотворческой деятельности в органах прокуратуры Российской Федерации, утвержденным приказом Генерального прокурора Российской Федерации от 17 сентября 2007 г. № 144 (далее – Приказ № 144), определены основные направления правотворческой деятельности прокуроров: инициативная разработка проектов законов и иных нормативных правовых актов, непосредственно связанных с компетенцией органов прокуратуры; участие в подготовке законопроектов,

⁹ См.: *Винокуров А.* Проверки законности правовых актов органов местного самоуправления // *Законность*. 1998. № 9. С. 12–18.

¹⁰ См., например: *Бабаев С. Н.* Прокурорский надзор как способ обеспечения законности правовых актов управления. Воронеж, 2005. С. 156–158.

¹¹ См.: *Винокуров Ю. Е., Плешаков А. М.* Указ. соч.

разрабатываемых другими органами государственной власти; подготовка правовых заключений на законопроекты и иные нормативные правовые акты; участие в обсуждении законопроектов в палатах Федерального Собрания Российской Федерации и законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов Российской Федерации¹².

По мнению В. Г. Бессарабова, целями участия прокуроров в правотворческой деятельности органов местного самоуправления служат следующие: 1) защита прав и свобод человека и гражданина; 2) обеспечение верховенства закона; 3) формирование единого правового пространства на территории страны; 4) обеспечение согласованности юридических предписаний органов публичной власти; 5) совершенствование юридического регулирования; 6) обеспечение необходимой регламентации решения вопросов местного значения; 7) улучшение систематизации муниципальных правовых актов; 8) снижение влияния бюрократических интересов, противоречащих потребностям населения.

Прокуроры вправе также обращать внимание субъектов муниципального правотворчества на юридическое качество внесенного проекта правового установления, помогать им в определении своей позиции при его обсуждении и принятии¹³.

В настоящее время выявляется значительное число правовых норм, противоречащих законодательству. В связи с этим Генеральный прокурор Российской Федерации Ю. Я. Чайка обязал прокуроров активнее осуществлять мониторинг федерального и регионального законодательств, выявлять потребность в правовом упорядочении общественных отношений (п. 2.2 Приказа № 144)¹⁴.

Поскольку участие прокуроров в правотворческой деятельности и разработке проектов нормативных правовых актов за-

¹² См.: *Бабаев С. Н., Ефанова В. А.* Прокурорский надзор : учеб. пособие. Воронеж, 2008. С. 459–468.

¹³ См.: *Бессарабов В. Г.* Российское законодательство и прокуратура // Аналитический вестник Государственной Думы. 1999. Вып. 16. С. 7–8.

¹⁴ См.: *Егоров И.* [Интервью с Генеральным прокурором Российской Федерации Юрием Чайкой] // Рос. газета. 2013. 12 дек. URL: <http://www.rg.ru/2013/12/12/chayka.html>

конодательно отнесено к числу приоритетных направлений деятельности органов прокуратуры в сфере местного самоуправления, это означает, что прокуроры имеют возможность предложить более совершенную редакцию всего правового акта либо его отдельных норм, указать на неполноту регулирования им общественных отношений и возможные отрицательные последствия принятия его в представленном виде.

В необходимых случаях прокурор должен высказать мнение о нецелесообразности принятия предлагаемого юридического предписания, например, когда общественные отношения в рассматриваемой сфере достаточно подробно урегулированы уже принятым правовым актом или когда принятие такого юридического установления, в силу противоречия его действующему законодательству, приведет к нарушениям прав и свобод граждан либо другим отрицательным последствиям¹⁵.

Прокурорам в процессе участия в правотворческой деятельности органов местного самоуправления надлежит особое внимание уделить подготовке заключений на проекты законов и иных нормативных правовых актов.

Важным условием для подготовки прокурорами заключений на проекты муниципальных правовых актов является их заблаговременное поступление в органы прокуратуры.

В целях предотвращения принятия законодательными (представительными) органами законов и иных нормативных актов, противоречащих Конституции РФ, федеральному законодательству, органы прокуратуры совместно с данными органами должны наладить необходимое взаимодействие, чтобы обеспечить непосредственное участие прокуратуры в правотворческом процессе¹⁶.

¹⁵ См.: *Забарчук Е. Л., Саломаткин А. С.* Участие органов прокуратуры в правотворческой деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления // Издание Совета Федерации. 2013. С. 15.

¹⁶ Законодательством не определена обязанность органов местного самоуправления направлять на проверку проекты нормативных актов, поэтому прокурорам приходится решать данный вопрос по взаимной договоренности с руководителями этих органов. Следует отметить, что органы местного самоуправления нередко уклоняются от процедуры такой проверки, что приводит к принятию актов, противоречащих действующему законодательству.

Так, в ряде районов и городов складывается практика проведения совещаний (собраний), организуемых администрацией, для обсуждения наиболее важных вопросов социальной, хозяйственной, культурной жизни региона, состояния законности и др. В работе таких совещаний и собраний нередко участвуют и прокуроры. Они могут выходить с инициативой обсуждения тех или иных вопросов, касающихся укрепления законности и правопорядка в районе или городе. Решения и рекомендации этих совещаний (собраний) нередко служат основой для изданий постановлений и решений главами муниципальных образований¹⁷.

В настоящее время органы местного самоуправления вправе не учитывать мнение прокурора при принятии акта, а его заключение носит лишь рекомендательный характер. Поэтому представляется необходимым закрепить обязательность учета мнения прокурора, а также ответственность за невыполнение требований прокурора, внесенных до принятия правового акта.

Эффективным средством воздействия на муниципальное нормотворчество во многих регионах России является подготовка и распространение модельных правовых актов, что соответствует абзацу второму п. 2.2 Приказа № 144: «Оказывать муниципальным органам помощь в разработке модельных правовых актов, обеспечивая их точное соответствие федеральному законодательству».

Что такое модельный акт? Модельный законодательный акт до сих пор не имеет нормативного и единого общепризнанного научного определения, однако большинство исследователей в области сравнительного правоведения полагают, что это акт рекомендательного характера, выполняющий нормативно-консолидирующую роль в законодательстве и да-

Таким образом, представляется необходимым внести изменения в ч. 3 ст. 43 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», закрепив обязанность направления проектов правовых актов органов местного самоуправления в органы прокуратуры.

¹⁷ См.: *Винокуров А.* Указ. соч.

ющий нормативную ориентацию для последующего законодательства¹⁸.

Здесь появляется другая проблема – «копирование» данного модельного акта без должной работы над его содержательной частью. Между тем тщательная разработка и основательный подход к распространению модельных правовых актов для органов местного самоуправления позволят избежать однотипных ошибок при регулировании тех или иных правоотношений.

Практика распространения модельных актов должна изменяться и в том случае, когда есть необходимость побудить органы местного самоуправления принять необходимые нормативные акты для реализации федеральных норм либо устранить пробелы¹⁹.

Однако не всеми городскими и районными прокурорами разрабатываются такие акты, что обусловлено, в первую очередь, отсутствием каких-либо разъяснений и методических рекомендаций Генеральной прокуратуры Российской Федерации в части подготовки модельных нормативных актов.

Актуальным является вопрос реализации ст. 9 Закона о прокуратуре, предусматривающей, что прокурор при установлении в ходе осуществления своих полномочий необходимости совершенствования действующих нормативных правовых актов вправе вносить в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы, соответствующего и нижестоящего уровней предложения об изменении, дополнении, отмене или принятии законов и иных нормативных правовых актов.

Данное право реализуется прокурорами во исполнение требований приказа Генерального прокурора от 24 ноября

¹⁸ См., например: *Шестакова Е. В.* Модельное законодательство (теоретико-правовые аспекты и практика применения). М., 2006. С. 203.

¹⁹ Вообще, основной функцией модельного акта является определение вектора развития общего и отраслевого правового регулирования. Рекомендательный характер модельного акта может быть разным по характеру восприятия адресатами (более или менее авторитетный). Но главный смысл модельной рекомендации состоит в том, чтобы она была воплощена в законодательстве в последующем.

2008 г. № 243 «Об участии органов прокуратуры в законопроектной работе законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации и нормотворческой деятельности органов местного самоуправления», однако сложности в реализации возникают в связи с тем, что в федеральном законодательстве не урегулирован вопрос наделения уставами муниципальных образований районных прокуроров правом правотворческой инициативы.

Исполняя функцию участия в правотворческой деятельности, прокуроры направляют в представительные органы местного самоуправления предложения о внесении в уставы муниципальных образований норм, предоставляющих право правотворческой инициативы прокурору района. Вместе с тем органы местного самоуправления муниципальных образований вправе отказать прокурорам в предоставлении им права правотворческой инициативы, и, как показывает практика, чаще всего они так и поступают.

В заключение приведем некоторые статистические данные, касающиеся участия в правотворчестве прокуратуры г. Воронежа. В 2013 г. прокуратурой города было изучено 538 проектов нормативно-правовых актов, что на 200 больше, чем в 2012 г. Это свидетельствует о возросшей активности участия прокурора в правотворческой деятельности на муниципальном уровне. По результатам изучения было направлено свыше 165 представлений, информационных писем, предложений о принятии и изменении нормативных актов, большинство из которых учтено²⁰.

²⁰ Так, при осуществлении надзора за исполнением законодательства о противодействии коррупции выявлен факт отсутствия на муниципальном уровне нормативного регулирования вопроса размещения сведений о доходах, имуществе и обязательствах имущественного характера муниципальных служащих на сайтах органов местного самоуправления городского округа город Воронеж и предоставления этих сведений для опубликования средствами массовой информации. В целях устранения данного законодательного пробела прокуратура города выступила с правотворческой инициативой, результатом которой явилось принятие Воронежской городской Думой нормативного правового акта, регулирующего рассматриваемую сферу правоотношений.

Таким образом, участие прокурора в нормотворческой деятельности органов местного самоуправления позволяет повысить качество принимаемых правовых актов. Прокуроры в силу своих полномочий сосредоточивают обширную и всестороннюю информацию о состоянии правотворчества и правоприменительной практики, они имеют возможность выявлять потребность в правовом регулировании практически во всех областях общественных отношений и осуществлять комплексные анализ и оценку состояния законности и правопорядка в стране. Одновременно выполнение правового мониторинга обеспечивает своевременное принятие органами прокуратуры мер по укреплению законности в правотворчестве и правоприменительной практике.

ГРАЖДАНСКОЕ И СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

И. П. Бородин

АНАЛИЗ ПРАВОВОЙ КОНСТРУКЦИИ «ДЕЙСТВИЕ В ОБХОД ЗАКОНА» В СВЕТЕ РЕФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Продолжающаяся реформа гражданского законодательства коснулась норм, регламентирующих осуществление гражданских прав. Новеллы имеют место в законодательстве в области видов (форм) злоупотребления правом. Введен запрет на обход закона с противоправной целью, что является формой злоупотребления субъективным гражданским правом. Законодатель не дает точного определения понятия «обход закона». Проблема заключается в том, что на практике могут появиться затруднения, связанные с определением сущности обхода закона, а также с отграничением его от иных правовых институтов, к примеру от института притворных сделок.

Данное понятие еще до его введения в Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ) отчасти было сформировано практикой. Оно встречалось в различных судебных решениях, но единые критерии и признаки для его определения так и не появились.

Например, обходом закона признавались условия кредитного договора, прикрывающие «сложные проценты». Условие кредитного договора, направленное на прямое или косвенное установление сложных процентов (процентов на

проценты), ущемляет установленные законом права потребителя¹.

Более того, обходом закона может быть не только одно определенное действие (предъявление иска, установление условия в договоре), но и совокупность действий, имеющих общую цель.

Анализ судебной практики свидетельствует об отсутствии единого понимания рассматриваемой конструкции. В цивилистической теории также недостаточно разработаны подходы к этой категории, а по этому поводу ведутся научные дискуссии. Стоит рассмотреть основные доктринальные подходы к определению данной формы злоупотребления.

Существует позиция, согласно которой обход закона отождествляется с притворными сделками², что не представляется верным по ряду причин. Дело в том, что различия между действиями, направленными на обход закона, и притворными сделками в договорных правоотношениях следует проводить по направленности воли лиц, участвующих в них. При совершении действий, направленных на обход закона, воля лиц направлена на достижение именно того правового результата, который и заявляется заключаемыми сделками. Никакая иная сделка при обходе закона не прикрывается, стороны открыто декларируют достижение правового результата, который не может быть достигнут законным образом при использовании предназначенных для этого правовых средств. Однако несовершенство законодательства позволяет им добиться такого результата при формальном игнорировании законодательно установленных запретов³.

¹ Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с применением к банкам административной ответственности за нарушение законодательства о защите прав потребителей при заключении кредитных договоров : информ. письмо Президиума ВАС РФ от 13 сентября 2011 г. № 146. URL: www.arbitr.ru/as/pract/vas_info_letter/39104.html

² См.: Изменения положений Гражданского кодекса о добросовестности, злоупотреблении правом, государственной регистрации сделок и прав и др. : федер. закон от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ // Справ.-поисковая система «КонсультантПлюс». URL: www.base.consultant.ru

³ См.: Сазанова И. В. Об условиях применения запрета злоупотребления гражданским правом // Гражданское право. 2013. № 2. С. 23.

Если под целью закона понимать обеспечение удовлетворения интереса, то речь идет о нарушении обеспечиваемого законом интереса. В таком виде данное определение было бы более полным⁴.

А. И. Муранов понимает под обходом закона некое собирательное выражение, которым прикрывают совокупность действий, придавая им правомерность⁵. Такое определение указывает, что обход закона является обычным неправомерным действием, что схоже с позицией законодателя.

Как утверждает Е. Д. Суворов, обход закона нельзя отождествлять с правонарушением. Обход закона, по его мнению, тем и отличается от правонарушения, что при нем не нарушается правило поведения, сформулированное законом. Правонарушение же характеризуется тем, что оно нарушает правило поведения. При обходе закона нарушается сам интерес, обеспечиваемый средствами этого закона, но не правило поведения, сформулированное этим законом в целях обеспечения этого интереса. Смысл в том, что в результате обхода закона сам закон не является нарушенным, а потому такой закон не сможет обеспечить восстановление нарушенного интереса, поэтому оснований для применения санкций не будет⁶.

С данной позицией трудно согласиться по ряду причин. Во-первых, законодатель внес понятие «обход закона» в п. 3 ст. 10 ГК РФ. То есть обход закона рассматривается как разновидность злоупотребления правом. Представляется, что злоупотребление правом есть правонарушение, а значит, и обход закона можно определить как правонарушение. Такова позиция законодателя. Во-вторых, гражданское законодательство ставит одной из своих целей защиту законных интересов (как и прав) участников гражданского оборота, а значит,

⁴ См.: *Шилохвост О. Ю.* Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 12. М., 2008. С. 99.

⁵ См.: *Муранов А. И.* Обход закона в международном частном праве : мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. 2004. № 7–8. С. 24.

⁶ См.: *Суворов Е. Д.* Обход закона. Сделка, оформляющая обход закона. М. : ИД В. Ема, 2008. С. 56.

предусматривает механизмы защиты интересов, несмотря на то, что в ГК РФ напрямую не закреплена защита законных интересов⁷.

Исходя из вышеизложенного, можно сказать, что ст. 12 ГК РФ нуждается в уточнении, возможно, в ней стоит указать, что способы защиты гражданских прав применимы и к защите законных интересов. Поэтому можно заключить, что точка зрения Е. Д. Суворова не соответствует позиции законодателя. Стоит согласиться с законодателем в этом вопросе, поскольку обход закона, как и любое злоупотребление правом, есть правонарушение.

Наконец, следует отметить, что некоторые исследователи считают, что обход закона не является разновидностью злоупотребления правом, а, наоборот, злоупотребление правом есть разновидность обхода закона⁸. Но эта позиция также противоречит законодательству, так как в ст. 10 ГК РФ указано, что «в случае, если злоупотребление правом выражается в совершении действий в обход закона с противоправной целью...»⁹, что подтверждает существование обхода закона как подвида злоупотребления правом.

По мнению О. А. Поротиковой, анализ судебной практики приводит к неутешительным выводам о том, что злоупотребление правом редко применяется по назначению, и вместо того, чтобы поощрять суды к применению данных норм, Высшему Арбитражному Суду РФ следовало бы, напротив, рекомендовать рассматривать их как исключительные, крайние меры. В современных условиях российской действительности надо сознательно не применять нормы о недопустимости злоупотребления правом и обходе закона, чтобы не нарушить и без того хрупкую сферу частной свободы, а для квалифика-

⁷ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ ; принят Гос. Думой 21 октября 1994 г. (в ред. от 5 мая 2014 г.) // Рос. газета. 2014. 7 мая.

⁸ См.: Муранов А. И. Обход закона в международном частном праве : мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. 2004. № 7–8. С. 25.

⁹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Рос. газета. 2014. 7 мая.

ции пользоваться огромным арсеналом гражданско-правовых норм, не оперируя еще не разработанными конструкциями¹⁰.

На основании вышеизложенного можно сделать следующий вывод. Обход закона – это еще не полностью разработанное и сформированное в отечественном законодательстве понятие, однако нельзя не упомянуть, что это есть разновидность злоупотребления гражданским правом. Это правонарушение, поскольку нарушаются законные интересы лица, даже несмотря на то, что нарушитель может прибегнуть к формально законным средствам воздействия.

¹⁰ См.: *Поротикова О. А.* Еще раз о злоупотреблении гражданским правом // *Гражданское право.* 2013. № 2. С. 12–14.

А. С. Бухарина

УСТУПКА ПРАВА ТРЕБОВАНИЯ: НОВЕЛЛЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В настоящий момент происходит реформа гражданско-го законодательства, ряд изменений вносится в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ). Рассмотрим новеллы, затронувшие институт замены лица в обязательстве.

Надо отметить, что понятие «цессия» легально не было ранее закреплено в ГК РФ. Упоминание о нем встречалось в главе 7 («Ценные бумаги»). В новом законе¹ также нет определения понятия «цессия», его следует выводить из смысла ст. 389.1. Впрочем, в других статьях этого закона также отсутствует совокупность понятий, формирующих правовую

¹ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации : федер. закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ // *Собр. законодательства Рос. Федерации.* 2013. № 51. Ст. 6687.

конструкцию «цессия»². Это основание для перемены лиц в обязательстве должно быть более детально регламентировано ГК РФ именно в понятийном аспекте, в связи со сложностью решения вопроса о юридическом смысле перемены лиц в обязательстве.

Достоинство данной новеллы в том, что она закрепляет момент перехода требования к цессионарию, что для такого способа правопреемства является очень важным.

Данная норма содержит также положения о правах и обязанностях цедента и цессионария, обозначая тем самым субъектный состав данных правоотношений. Из толкования указанных положений закона можно сделать вывод, что цессия – специфический способ правопреемства, являющийся сделкой и влекущий замену кредитора в обязательстве.

В то же время статья не называет самих прав и обязанностей, а содержит отсылку к закону, на основании которого производится уступка права, или к договору. Таким образом, первоначальный договор с его условиями, из которых возникают права и обязанности цедента и должника, являются обязательными при осуществлении уступки права. Поскольку мы видим отсылку, можно сделать вывод о том, что глава 24 ГК РФ – общая и ее цель – закрепление основных правил данного института.

Также интересным нововведением является правило о допустимости частичной уступки права требования. До закрепления этого положения суды отказывали цессионарию в его требованиях, мотивируя свою позицию тем, что в соответствии с положениями § 1 главы 24 ГК РФ уступка требования влечет полную замену кредитора в обязательстве, т.е. к новому кредитору должны переходить все права, вытекающие из обязательства, и в полном объеме. При этом уступка требования влечет перемену лиц в обязательстве в том объеме и на тех условиях, которые существовали к моменту перехода

² Саркисов А. К. Юридический смысл понятия «цессия» в современном российском законодательстве (по материалам практики Высшего Арбитражного Суда РФ). URL: www.lawmix.ru/jude/3812

права³. Практика же арбитражных судов складывалась вариативно, в связи с чем право требования, связанное с заменой лиц в обязательстве, могло быть уступлено не только по всему обязательству в целом, но и по частям⁴. Следует отметить, что такая уступка может быть ограничена законом или договором.

Новым и несколько спорным является положение об уступке будущего требования, которое закрепляется в ст. 388.1 ГК РФ.

Многие авторы отмечают, что право требования как имущественное право является согласно ст. 128 ГК РФ объектом гражданских прав, поэтому им можно распоряжаться. Однако если говорить о цессии как способе правопреемства, то несколько странно, когда уже в момент возникновения обязательства происходит замена в его субъектном составе. Вероятно, по своей природе такая замена будет подобна сделке подлагательным условием.

Анализируя закон, мы можем отметить ряд позитивных изменений, коснувшихся положения должника в обязательстве.

Во-первых, уступка может быть запрещена, если установлено, что цессионарий знал о ее запрете в договоре и такая сделка может быть признана недействительной. Во-вторых, предусмотрена обязанность первоначального и нового кредитора солидарно возместить должнику – физическому лицу – необходимые расходы, вызванные переходом права, в случае, если уступка, которая повлекла такие расходы, была совершена без согласия должника.

Несмотря на то что эти новеллы можно назвать позитивными, есть ряд вопросов, требующих решения. Так, например, положение ст. 382 ГК РФ о возмещении расходов, понесенных должником при замене кредитора, распространяется только на физических лиц. В ст. 388 ГК РФ дублируется

³ См.: Почуйкин В. В. Уступка права требования в гражданском праве // Актуальные проблемы гражданского права : сборник статей. Вып. 4. 2002. С. 267–272.

⁴ См.: Дарий Н. Е. Некоторые особенности перехода обязательственных прав кредитора к другим лицам. URL: www.lawmix.ru/comm/6288

общее положение из ст. 382 ГК РФ о том, что соглашением между цедентом и цессионарием может быть запрещена или ограничена уступка права на получение неденежного исполнения.

Интересное положение закреплено в ст. 388 ГК РФ, оно касается ответственности цедента при неисполнении соглашения об ограничении уступки права требования в том случае, если это соглашение закреплено между субъектами предпринимательской деятельности. В случае нарушения этого условия цедент несет ответственность перед должником. Это положение крайне важно, особенно в предпринимательских отношениях, но оно обращает наше внимание на то, что глава 24 ГК РФ не содержит общего механизма привлечения к ответственности цедента за неисполнение такого рода соглашения.

Таким образом, можно отметить, что наметилась позитивная тенденция, выраженная в стремлении законодателя детально регламентировать институт цессии, по праву считающийся дискуссионным.

И. Д. Ефанова

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА РЕБЕНКА НА ИМЯ, ПРАВО НА ПЕРЕМЕНУ ИМЕНИ

Право ребенка на имя, отчество и фамилию является личным неимущественным правом, индивидуализирующим его в обществе, оно предопределяет реализацию всех других субъективных прав и сопутствует им. Это право провозглашается в Конвенции ООН «О правах ребенка»¹, Семейный кодекс

¹ Конвенция о правах ребенка : одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. : ратифицирована постановлением Верховного Суда СССР от 13 июня 1990 г. № 1559-1 // Ведомости СНД и ВС СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

© Ефанова И. Д., 2014

Российской Федерации (далее – СК РФ)², Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ)³, Федеральном законе от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния»⁴. Но, как выясняется, имеются многочисленные проблемы и пробелы в действующем российском законодательстве. Остановимся на них поподробнее и попытаемся смоделировать пути их решения.

Начнем с проблем присвоения имени, отчества и фамилии ребенка. СК РФ исходит из принципа равенства прав родителей при присвоении имени ребенку. Закон не ограничивает права родителей при выборе имени ребенка, из-за чего нередко детям даются странные и нелепые имена. Одним из показательных примеров является история мальчика, которого родители назвали БОЧ рВФ 260602 (Биологический объект человека рода Ворониных – Фроловых, родившийся 26 июня 2002 года). Заместитель начальника главного управления ЗАГС Москвы Татьяна Ушакова так прокомментировала сложившуюся ситуацию: «Это дело рассматривала не одна судебная инстанция, но все равно родителям было отказано в регистрации ребенка с таким именем. Все это было сделано в защиту интересов самого малыша»⁵. Если бы органы ЗАГСа были наделены соответствующими полномочиями отказывать в регистрации рождения ребенка под неблагозвучным именем, звучащим обидно, вызывающим неприличные ассоциации, подобной ситуации можно было бы избежать. Согласно ст. 11 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» у органов ЗАГС есть право отказать в государственной регистрации акта гражданского состояния, если государственная регистрация противоречит названному закону или доку-

² Семейный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (с изм. от 30 июня 2008 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 1. Ст. 16; 2008. № 27. Ст. 3124.

³ Гражданский кодекс РФ. Часть первая : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (с изм. от 27 декабря 2009 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301; 2009. № 52 (ч. 1). Ст. 6428.

⁴ Об актах гражданского состояния : федер. закон от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ (в ред. от 5 апреля 2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 47. Ст. 5340.

⁵ URL: <http://vz.ru/news/2009/2/18/257635.html>

менты, которые представлены для регистрации, не соответствуют законным требованиям. Данное право органов ЗАГС, на наш взгляд, не подпадает под действие указанной нормы, поскольку нигде в законодательстве не прописано, что родители должны давать детям только благозвучные, несмешные имена, явно не нарушающие интересы и права ребенка. Также действующее законодательство обходит стороной вопрос о присвоении двойного, тройного имени. С одной стороны, это смогло бы стать способом преодоления разногласий между родителями, а с другой – породит ряд неудобств: при обращении к лицу, при образовании отчества. В современной юридической литературе приводятся точки зрения различных авторов на решение данной проблемы. По мнению И. А. Михайловой, в Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» необходимо внести положение о запрете выбора (и последующей регистрации) имени, содержащего цифровые обозначения, представляющего собой различные аббревиатуры, сочетания согласных⁶. Аналогичного мнения придерживается и Т. В. Шершень, полагая, что в законодательстве должны быть установлены ограничения, обусловленные необходимостью учета интересов ребенка при выборе его родителями имени, поэтому имя ребенка не может состоять, например, из буквенной аббревиатуры, цифр⁷. Есть противоположные точки зрения, в которых высказывается необходимость Министерством юстиции Российской Федерации вести список имен, разрешенных для регистрации, и с течением времени дополнять его, как это происходит в Исландии. На наш взгляд, в условиях российской действительности это сделать будет весьма проблематично, поэтому наиболее верный выход из сложившейся проблемы – внести изменения в п. 1 ст. 19 ГК РФ, а именно определить, что под именем гражданина необходимо понимать средство индивидуализации, которое не может быть двойным, состоять из цифр, аббревиатур, ассоциировать-

⁶ См.: Михайлова И. А. Имя гражданина : понятие, значение, правовая природа // Гражданское право. 2006. № 2. С. 15–18.

⁷ См.: Шершень Т. В. Право ребенка на имя и его интерес как определяющий критерий в процессе реализации права на присвоение и перемену имени // Семейное и жилищное право. 2009. № 6. С. 22–25.

ся с неодушевленными предметами, географическими названиями, природными явлениями, какими-либо событиями, а следующим шагом было бы закрепление в п. 2 ст. 58 СК РФ нормы, предписывающей право органам ЗАГС отказывать родителям в регистрации имени ребенка, не отвечающим требованиям, содержащимся в ст. 19 ГК РФ.

В отличие от имени, которое выбирается свободно, на усмотрение родителей, отчество и фамилия присваиваются (отчество – от имени отца, а фамилия – от общей фамилии родителей). Здесь также действует принцип равноправия отца и матери. Если у них разные фамилии, то присвоение фамилии происходит по соглашению, если соглашения нет, то спор рассматривает орган опеки и попечительства. Представляется, что было бы целесообразнее установление судебного порядка рассмотрения данного спора.

Обратим внимание на проблемы при изменении имени, отчества и фамилии. В вопросах перемены имени несовершеннолетними лицами также наблюдаются определенные противоречия между положениями ст. 59 СК РФ и ст. 63 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» (в СК РФ говорится о перемене имени и фамилии, в законе только об имени). Следует обратить внимание и на несовпадение терминологии этих норм с положениями ст. 19 ГК РФ, где имя понимается как совокупность всех трех составляющих, в то время как названные акты трактуют имя в собственном значении этого слова. СК РФ говорит об изменении имени и фамилии ребенка, не достигшего возраста 14 лет. Изменение отчества ребенка в возрасте до 14 лет возможно только в связи с изменением имени отца. Согласно положениям Федерального закона «Об актах гражданского состояния» это должно происходить автоматически без согласия ребенка, которого в принципе не требует и СК РФ. Однако могут возникнуть сложности при изменении имени отцом в связи с переменой им пола, ведь женское имя не может играть роль отчества. Думается, что перемена пола должна получить регламентацию в законодательстве как самостоятельный акт с решением вопросов о правовых последствиях перемены пола в отношении ребенка лица, поменявшего пол. Целесообразно закрепить за-

конодательно, что в таком исключительном случае отчество ребенка не изменяется. Перемена фамилии ребенком в возрасте до 14 лет допускается, согласно положениям и СК РФ, и Федерального закона «Об актах гражданского состояния», только на фамилию другого родителя, в том числе и при перемене фамилии одним родителем. При перемене фамилии обоими родителями п. 3 ст. 63 указанного закона предполагает автоматическую смену фамилии ребенка в императивном порядке. Однако как быть с нормой ст. 59 СК РФ о необходимости согласия ребенка, достигшего 10 лет, на перемену фамилии? Ведь ребенок мог привыкнуть к своей фамилии и не желает отказываться от нее. Если исходить из приоритета СК РФ, то правило об обязательной смене фамилии применяться не должно.

При перемене собственно имени ребенка и его фамилии ст. 59 СК РФ требует совместного заявления родителей (и только), учета интересов ребенка и обращения за разрешением в орган опеки и попечительства. Возникает вопрос: почему с таким заявлением не могут обратиться иные законные представители, к примеру опекун, если имя, которое дали родители, неблагозвучно? Мы считаем, что целесообразно предоставить и иным законным представителям право обращаться с подобным заявлением и предусмотреть право изменения имени ребенку, достигшему 14 лет, о чем сейчас законодатель в СК РФ умалчивает.

Перемена составляющих имени ребенка в возрасте от 14 до 18 лет не регламентируется СК РФ, а нормы ст. 58 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» требуют согласия обоих родителей, усыновителей или попечителя, кроме случаев приобретения полной дееспособности до достижения ребенком совершеннолетия. Названная статья допускает при отсутствии согласия всех или одного из законных представителей изменение имени на основании решения суда. Остается открытым вопрос о процессуальном механизме получения такого согласия, в частности: субъект права обращения в суд, вид производства, в рамках которого должно рассматриваться заявление. В юридической литературе высказывается мнение о том, что второй родитель после отказа ребенку органом

ЗАГС в регистрации перемены имени вправе обратиться в суд в порядке особого производства⁸ с заявлением о внесении изменений в актовую книгу по правилам ст. 307 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ)⁹. Позиция представляется неверной, поскольку в данной процессуальной норме речь идет об исправлении неправильной записи акта гражданского состояния при отказе органа ЗАГС. Думается, допустимо выступление от имени несовершеннолетнего в защиту его прав второго законного представителя в рамках искового производства. Все вышеизложенное свидетельствует о том, что реализация положений Конвенции о праве ребенка на имя наталкивается на определенные трудности, обусловленные неполнотой и противоречивостью норм отечественного законодательства о присвоении и перемене имени ребенка. Таким образом, вопросы присвоения и изменения имени ребенка требуют дальнейшего совершенствования законодательного механизма регулирования.

⁸ См.: Шляпников А. В., Братановский С. Н. Комментарий к Федеральному закону от 15 ноября 1997 г. «Об актах гражданского состояния» // Справ.-правовая система «КонсультантПлюс».

⁹ Гражданский процессуальный кодекс РФ : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (с изм. от 23 июля 2010 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532; 2010. № 30. Ст. 4009.

В. Г. Свиридова

АКЦЕПТ ОФЕРТЫ КОНКЛЮДЕНТНЫМИ ДЕЙСТВИЯМИ КАК СПОСОБ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРА РОЗНИЧНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ

Волеизъявление лица может быть определено не только из его формальных заявлений, но и из его поведения. В этом плане показателен подход американского права, согласно которому договор может быть заключен любым способом, в до-

статочной степени демонстрирующим наличие соглашения, включая поведение сторон, из которого следует признание наличия соглашения (§ 2–204 ЕТК, § 202(a) UCITA)¹. Признание договора заключенным в таких случаях привносит гибкость и оперативность в процесс его заключения, что жизненно необходимо для электронной коммерции.

В соответствии с п. 3 ст. 434 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)² письменная форма договора считается соблюденной, если письменное предложение заключить договор акцептовано путем совершения действий по выполнению указанных в оферте условий договора (отгрузка товаров, предоставление услуг, выполнение работ, уплата соответствующей суммы и т.п.).

Таким образом, при наличии письменного предложения заключить договор и в случае оплаты заказа покупателем по договору розничной купли-продажи следует считать простую письменную форму соблюденной. Возникает вопрос: какие действия покупателя, помимо оплаты заказа, следует считать акцептом? В этой связи интерес представляет зарубежная практика, а именно так называемые *click-wrap* соглашения (соглашения, заключаемые путем щелчка мышью).

Под *click-wrap* соглашением понимается договор, заключаемый в электронном виде посредством щелчка мышью одной из сторон по кнопке «Я согласен», сопровождающей текст такого договора.

Учитывая достаточно необычный способ заключения договора с точки зрения классической доктрины договорного права и ряд сопряженных с этим правовых проблем, не вызывает удивления то, что с момента появления подобных соглашений ведутся споры об их юридической силе.

Однако показателен тот факт, что судебная практика и доктрина европейских стран высказываются в пользу жиз-

¹ См.: Савельев А. И. Электронная коммерция в России без ЭЦП : иллюзия или реальность? // Вестник гражданского права. 2013. № 3. С. 63.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

неспособности конструкции click-wrap. Основу для вывода о действительности такого механизма заключения договора заложила ст. 9 Директивы 2000/31/ЕС «Об электронной торговле»³. Она предписывает странам-участницам Европейского союза (ЕС) обеспечить в их национальном праве возможность заключения договоров в электронном виде, в том числе уделяв особое внимание тому, чтобы существующие положения о порядке заключения договоров не препятствовали юридической силе электронных договоров.

Так, механизм заключения договора click-wrap признается в Англии, Италии, Франции, Германии и ряде других стран.

Российское право не предусматривает специальных положений относительно соглашений, заключаемых посредством щелчка мыши. Однако подобный механизм заключения договора вписывается в известный российскому праву способ заключения договора путем акцепта оферты конклюдентными действиями.

Как уже было отмечено, для того чтобы договор считался заключенным в порядке п. 3 ст. 434 ГК РФ, необходимо, чтобы имели место 1) письменная оферта и 2) действие лица по выполнению указанных в ней условий. Проверим указанные условия применительно к click-wrap соглашениям.

1. Письменная оферта.

Что следует понимать под письменной офертой и можно ли говорить о том, что в случае с click-wrap такая письменная оферта имеет место? Необходима ли идентификация оферента посредством электронной подписи или каким-либо иным способом?

Н. А. Дмитрик считает, что в случае с click-wrap соглашениями имеет место письменное предложение заключить договор: оно изложено в письменной форме, т.е. с использовани-

³ Директива 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 года «О некоторых правовых аспектах услуг информационного общества, в частности электронной торговли, на внутреннем рынке («Директива об электронной торговле»»). URL: [//eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:en:HTML)

ем букв алфавита или иных письменных символов⁴. Данная точка зрения является спорной. Говоря о письменной форме, законодатель, прежде всего, подразумевает возможность идентификации субъектов. Что же касается идентификации оферента, уместно было бы предположить, что размещение публичной оферты на сайте интернет-магазина должно указывать на продавца по договору розничной купли-продажи, а именно на сам интернет-магазин, поэтому никакого другого идентифицирующего признака для оферента не требуется.

2. Действие лица по выполнению указанных в оферте условий.

Поскольку в тексте соглашения имеются указания на то, что, нажимая на кнопку «Я согласен», пользователь выражает свое согласие с условиями договора, совершение таких действий является действием по выполнению указанных в оферте условий, т.е. акцептом письменной оферты конклюдентными действиями.

Для того чтобы повысить шансы на признание click-wrap соглашения, целесообразно предпринять ряд дополнительных мер, наличие или отсутствие которых принималось во внимание иностранными судами при решении вопроса о наличии действительного соглашения между сторонами, заключенного по модели click-wrap⁵.

Во-первых, пользователю должна быть обеспечена возможность предварительного ознакомления с условиями такого договора до того момента, как договор будет считаться заключенным. При этом желательно, чтобы кнопка «Согласен» находилась в конце текста такого соглашения и могла быть активирована только при условии просмотра всего текста с начала и до конца. Можно усилить выражение согласия лица с условиями соглашения добавлением фразы «С условиями договора ознакомился и согласен».

⁴ См.: *Дмитрик Н. А.* Способы осуществления субъективных гражданских прав исполнения обязанностей с использованием сети Интернет : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 9.

⁵ *Кучер А. Н.* Теория и практика преддоговорного этапа : юридический аспект. М. : Статут, 2005. С. 325–326.

Во-вторых, пользователь должен иметь возможность отказаться от принятия его условий и, соответственно, от совершения сделки. Тот факт, что, имея возможность отказаться от заключения договора на условиях, с которыми можно предварительно ознакомиться, лицо, тем не менее, продолжило процесс заключения договора, является сильным аргументом в пользу наличия действительного волеизъявления на заключение такого договора со стороны пользователя.

Наконец, в-третьих, крайне важно обеспечить возможность распечатать и сохранить условия такого договора, что может быть весьма полезно, учитывая, что условия интернет-соглашений имеют тенденцию периодически изменяться предпринимателем в одностороннем порядке. Данная распечатка не будет являться письменной формой сделки, однако, нотариально удостоверенная, она будет подтверждать условия заключенного договора.

Таким образом, можно отметить, что соглашения click-wrap вполне имеют право на существование в рамках российского права, решая тем самым проблему соблюдения простой письменной формы в договоре розничной купли-продажи, заключаемом в сети Интернет.

О. А. Печенкина

НОВЕЛЛЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЛОГЕ

Исследование гражданско-правового института залога как одного из наиболее часто используемых способов обеспечения обязательств приобретает особую актуальность в настоящее время. Связано это с тем, что федеральными законами в 2008 и 2011 гг. в законодательство о залоге вносились значительные изменения, а Федеральный закон № 367-ФЗ от 21 декабря 2013 г. признает утратившим силу с 1 июля 2014 г. Закон

РФ «О Залоге» и вносит изменения в Гражданский кодекс РФ (далее – ГК РФ). Рассмотрим наиболее существенные из них.

По общему правилу залогодателем вещи может быть только ее собственник. В соответствии с новой конструкцией добросовестного залогодержателя, теперь, если вещь была передана в залог не ее собственником, но залогодержатель не знал и не должен был знать об этом, собственник заложенной вещи имеет права и несет обязанности залогодателя (за исключением случаев, если вещь выбыла из владения помимо воли собственника). Данное нововведение представляется целесообразным, так, согласно действующей формулировке, если вещь передавалась в залог не собственником, сделка могла быть признана недействительной, залогодержатель оставался в данной ситуации незащищенным.

Также в новой редакции положений ГК РФ о залоге отдельная статья регламентирует положение созалогодержателей (залогодержатели, имеющие на предмет залога равные по старшинству права, в обеспечение исполнения разных обязательств). Важным в данной конструкции является невозможность ограничения права на досрочное исполнение обязательства по соглашению другого залогодержателя с залогодателем (как в случае с последующим залогом) и сохранение залога в случае, если залогодержатель не воспользовался этим правом.

Что касается предмета залога, то возможен залог имущества, которое залогодатель приобретет в будущем. Данное положение существует и в действующей редакции ГК РФ. Однако в судебной практике имелись противоречия, договоры с таким предметом признавались недействительными¹. В подтверждение возможности заключения таких договоров законодательно закрепляется положение о том, что возникновением залога в отношении имущества, которое будет создано или приобретено залогодателем в будущем, является момент создания или приобретения залогодателем соответствующего имущества. Несколько иначе формулируется возможность за-

¹ См.: Шатохин М. В. Залог будущего объекта недвижимости : миф или реальность? // Юриспруденция. 2011. № 3. С. 27–35.

мены и восстановления предмета залога. Замена происходит по соглашению залогодателя и залогодержателя, закрепляются случаи, когда имущество считается находящимся в залоге независимо от согласия сторон.

Описание предмета залога (для залогодателей, осуществляющих предпринимательскую деятельность) может быть осуществлено путем указания на залог всего имущества, имущества определенного рода или вида. Данное нововведение способствует предотвращению возникновения коллизий о согласованности предмета договора и связано с возможностью залога будущего имущества, точно описать которое крайне сложно².

Важной новеллой является возможность заключения договора о залоге до возникновения основного обязательства. В этом случае залог возникает не ранее возникновения этого обязательства, а с момента заключения договора о залоге у сторон возникают обязательства по содержанию и сохранению заложенного имущества³.

В новой редакции предусмотрена конструкция «независимой» ипотеки. В ч. 4 ст. 341 ГК РФ закреплено: «Законом в отношении залога недвижимого имущества может быть предусмотрено, что залог считается возникшим, существует и прекращается независимо от возникновения, существования и прекращения обеспеченного обязательства». В действующей редакции ГК РФ залог предполагается акцессорным обязательством, существующим для обеспечения основного обязательства⁴, хотя о модели строгой акцессорности речь не идет и в действующей редакции. Об этом, в частности, рассуждает Р. С. Бевзенко. Рассматривая обеспечительные обязательства на всех стадиях существования, он приходит к выводу, что в действующем законодательстве принцип акцессорности значительно ослаблен, что отвечает развивающимся кредитно-

² Там же.

³ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации : федер. закон от 21 декабря 2013 г. № 367-ФЗ // Рос. газета. 2013. № 6276.

⁴ О залоге : закон Российской Федерации от 25 мая 1992 г. №2872-1 (в ред. от 6 декабря 2011 г.) // Рос. газета. 1992. № 129.

денежным отношениям⁵. Об ослабленной акцессорности возникновения залога свидетельствует, например, положение Федерального закона от 16 июля 1998 г. № 102-ФЗ (в ред. от 21 июля 2014 г.) «Об ипотеке (залоге недвижимости)», ст. 11 которого предусматривает возможность возникновения основного обязательства после государственной регистрации договора о залоге.

Возможность учета залога имущества путем регистрации уведомлений о залоге в реестре уведомлений о залоге такого имущества закреплена в ГК РФ и реализована в Федеральном законе № 166-ФЗ от 2012 г. Регистрация залога в реестре будет влиять на очередность удовлетворения требований залогодержателей⁶. Требования залогодержателя, запись об учете залога которого совершена ранее, удовлетворяются преимущественно.

Наиболее детально разработаны вопросы о соотношении предшествующего и последующего залогов, предусмотрена возможность изменять старшинство в договорном порядке, а возможность запретить последующий залог в договорном порядке исключена, в отношении последующего залога соглашением могут быть установлены ограничения.

Для удобства управления предметом залога при осуществлении предпринимательской деятельности предусмотрена возможность заключения договора управления залогом, который кредиторы заключают с управляющим залогом (один из кредиторов или третье лицо). Такое регулирование вызвано потребностями участников российского рынка и отвечает зарубежной практике⁷.

Реализация заложенного имущества по-прежнему может осуществляться как во внесудебном, так и в судебном поряд-

⁵ См.: Бевзенко Р. С. Акцессорность обеспечительных обязательств. М. : Статут, 2013. 96 с.

⁶ О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов Российской Федерации : федер. закон от 21 декабря 2013 г. // Рос. газета. 2013. № 6276.

⁷ См.: Уайт энд Кейс и Линия Права для Министерства экономического развития РФ // Проект, октябрь 2010. URL: <http://www.pandia.ru/text/77/231/33613.php>

ке. В судебном порядке реализация заложенного имущества осуществляется путем продажи с публичных торгов. В случае если это предусмотрено законом или соглашением, возможна реализация путем оставления залогодержателем предмета залога за собой или продажи предмета залога залогодержателем третьему лицу. Несколько изменен также перечень случаев, когда взыскание на предмет залога может производиться только по решению суда.

Отдельная статья предусматривает порядок реализации заложенного имущества во внесудебном порядке. Однако, если при реализации имущества во внесудебном порядке будет доказано нарушение прав залогодателя или существенный риск такого нарушения, суд может вынести решение об обращении взыскания путем продажи с публичных торгов. Данное положение отвечает интересам залогодателя, которые могут быть ущемлены при реализации имущества во внесудебном порядке. С этой же целью включается обязанность залогодержателя и иных лиц принять меры, необходимые для получения наибольшей выручки от продажи предмета залога.

Несколько изменен перечень оснований для прекращения залога. Введена конструкция добросовестного приобретателя с целью защиты прав третьих лиц. Согласно ст. 352 ГК РФ залог прекращается, если заложенное имущество возмездно приобретено лицом, которое не знало и не должно было знать, что это имущество является предметом залога. Идея защиты добросовестного покупателя имела место в Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда от 17 февраля 2011 года № 10⁸, и теперь получила законодательное закрепление. Представляется, что выявление добросовестности приобретателя будет упрощено в связи с введением реестра регистрации уведомлений о залоге.

Значительное количество изменений и уточнений предусмотрено Федеральным законом № 367-ФЗ и в отношении залога отдельных видов имущества.

⁸ О некоторых вопросах применения законодательства о залоге : постановление Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 г. № 10 // Вестник ВАС РФ. 2011. № 4.

Л. А. Плотникова

ЗАЩИТА ПРАВА ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Интеллектуальная собственность играет важную роль в современном мире, потому что именно она способствует внедрению новых усовершенствованных технологий, индивидуализации той или иной продукции и полной защите авторских ноу-хау. В соответствии со ст. 1225 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), под интеллектуальной собственностью понимаются результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана¹. Право интеллектуальной собственности закрепляется либо самим фактом создания произведения, либо путем регистрации содержания изобретения, либо путем фиксации и сохранения в тайне результата творчества. В первых двух случаях информация, создаваемая в процессе творчества и сопровождающая этот процесс, не нуждается в дополнительной защите, поскольку она сама является таким результатом или содержит описание результата творчества. Дополнительная защита требуется информации, отражающей секреты государства, а также производства, науки и т.д.

5 марта 2014 г. Совет Федерации одобрил поправки в ч. 1, 2, 4 Гражданского кодекса РФ, касающиеся прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации². Мы считаем правильным акцентировать внимание на основных поправках, касающихся:

- регистрации интеллектуальных прав;
- прав на товарные знаки и другие средства индивидуализации;

¹ Гражданский кодекс РФ (часть вторая) : федер. закон от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ (в ред. от 21 июля 2014 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 22 августа 2014 г.). URL: <http://www.consultant.ru/popular/gkrf2/>

² URL: <http://pravo.ru/news/view/102760/>

© Плотникова Л. А., 2014

- патентных прав;
- распоряжения исключительным правом, принадлежащим совместно нескольким лицам;
- использования произведений;
- запрета на возможность безвозмездного отчуждения исключительного права в отношениях между коммерческими организациями;
- общих положений об интеллектуальных правах;
- меры ответственности за нарушение интеллектуальных прав в зависимости от наличия вины нарушителя;
- государственного регулирования отношений в сфере интеллектуальной собственности;
- совершенствования правового регулирования использования результатов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети Интернет;
- права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий;
- способа распоряжения исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации наряду с уже существующими.

Принятие данных поправок будет иметь большое практическое значение, а именно:

1) усилит защиту интеллектуальной собственности и расширит полномочия правообладателя в отношении результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации, что имеет важное практическое значение;

2) будет способствовать борьбе с пиратством и свободным распространением информации в сети Интернет путем расширения круга лиц, ответственных за нарушение авторских прав;

3) облегчит разбирательство дел, касающихся интеллектуальной собственности, где правообладателями являются несколько человек. К тому же у каждого владельца интеллектуальной собственности появится возможность получения доходов (к примеру, право на доход теперь имеют не только композиторы, но и авторы слов музыкальных произведений), если иное не предусмотрено законом;

4) поправки, касающиеся использования произведений и совершенствования правового регулирования использования результатов интеллектуальной деятельности в информационно-телекоммуникационных сетях, содействуют свободному использованию объектов интеллектуальной собственности в общественно полезных целях и приобретению тех или иных информационных продуктов в упрощенном порядке;

5) поправки, затрагивающие нормы о правах на товарные знаки и другие средства индивидуализации, а также положения, касающиеся патентных прав, на наш взгляд, являются наиболее актуальными на данный момент, ибо большая часть дел в судах по интеллектуальным правам связана именно с ними;

6) поправки, касающиеся распоряжения исключительным правом, принадлежащим совместно нескольким лицам, объективны, ибо каждый из владельцев интеллектуальной собственности должен получать доход в равной степени, так как он затратил определенный объем своих умственных способностей на создание того или иного объекта интеллектуальной деятельности.

В целях усовершенствования защиты права интеллектуальной собственности законодателю, по нашему мнению, следует:

1) расширить способы защиты указанных прав;

2) систематизировать законы и иные нормативные акты, касающиеся интеллектуальной собственности, в целях организации ее эффективной защиты;

3) разработать методы борьбы с производителями контрафактных товаров;

4) нормативно урегулировать функционирование государственных органов, ассоциаций, правообладателей и потребителей в сфере препятствия узаконивания контрафактной и фальсифицированной продукции (возможно, это потребует принятия специального закона);

5) снизить стоимость лицензионной продукции;

6) увеличить уровень защиты авторских произведений до их выпуска в серийное производство;

7) выработать концепцию повышения культуры потребления.

Говоря о судебной защите права интеллектуальной собственности, стоит отметить, что в начале июля 2013 г. Высший

Арбитражный Суд РФ (далее – ВАС РФ) принял Постановление Пленума ВАС РФ от 2 июля 2013 г. № 51 «О начале деятельности Суда по интеллектуальным правам»³. В соответствии со ст. 26.1 ФКЗ «О судебной системе РФ»⁴, суд по интеллектуальным правам является специализированным арбитражным судом, рассматривающим в пределах своей компетенции дела по спорам, связанным с защитой интеллектуальных прав, в качестве суда первой и кассационной инстанций. Основной целью создания суда по интеллектуальным правам явилось профессиональное и качественное, с учетом специфики интеллектуального права, рассмотрение соответствующих споров. В связи с объединением ВАС РФ и Верховного Суда (далее – ВС РФ) планируется выделить Суд по интеллектуальным правам из системы арбитражных судов. Также в будущем планируется создать систему судов по интеллектуальным правам на уровне субъектов РФ.

Существуют проблемы, касающиеся функционирования Суда по интеллектуальным правам: трудности разграничения полномочий Суда по интеллектуальным правам и полномочий арбитражных судов первой и апелляционной инстанций; отсутствие закрытого перечня дел, связанных с рассмотрением дел в сфере интеллектуальной собственности арбитражными судами первой и апелляционной инстанций; дефицит кадров, связанный со спецификой дел, рассматриваемых данным судом и материальным обеспечением сотрудников (на данный момент суды укомплектованы менее чем на 50 %); отсутствие на сегодняшний день сформировавшейся судебной практики⁵.

Перечислим перспективы развития защиты права интеллектуальной собственности.

1. В целях содействия защиты интеллектуальной собственности Комитет Государственной Думы по международным делам готовит к рассмотрению внесенный Правительством законопроект «О ратификации Соглашения между Правительством Российской Федерации и ВОИС об учреждении представи-

³ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_149167/

⁴ URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=158423>

⁵ URL: <http://www.consultant.ru/law/interview/novoselova/>

тельства ВОИС в Российской Федерации». Основными задачами представительства являются содействие развитию системы правовой охраны и защиты интеллектуальной собственности в регионе, поддержка глобальных систем по регистрации объектов интеллектуальной собственности, предоставление технического содействия в рамках программ ВОИС⁶.

2. Разработка проекта Концепции развития законодательства об интеллектуальной собственности. Основная цель проекта заключается в преодолении некоторой разобщенности, возникающей при совершенствовании законодательства⁷.

3. Обеспечение тесного сотрудничества Суда по интеллектуальным правам с Российским агентством по патентам и товарным знакам, ФАС, правоохранительными органами.

Таким образом, разработка технологий защиты интеллектуальной собственности является одной из актуальных задач современности. Единый механизм защиты интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации позволит в разы уменьшить количество нарушений в данной правовой сфере, создать среду для здоровой конкуренции и благоприятного инвестиционного климата.

⁶ URL: <http://m.government.ru/activities/10780>

⁷ URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/6636709/>

В. В. Плужников

ОСНОВАНИЯ ПРИОБРЕТЕНИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ДОБРОСОВЕСТНЫМ ПРИОБРЕТАТЕЛЕМ В СВЕТЕ РЕФОРМЫ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Институт добросовестного приобретения от неуправомоченного отчуждателя имеет непростую историю развития, как с точки зрения цивилистической теории, так и отечественного законодательства. В 2009 г. Государственной Думой РФ был

принят проект редакции нового Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – проект ГК РФ)¹. Данный проект предусматривает изменения и в правовом регулировании института приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя. Определим некоторые проблемы нашей темы, которые необходимо решить.

Первая проблема касается выделения элементов юридического состава, влекущего возникновение права собственности у неуправомоченного отчуждателя.

В действующем законодательстве длительное время существовала сложность определения правового статуса добросовестного приобретателя имущества применительно к недвижимым вещам. С какого момента необходимо считать такого приобретателя полноценным собственником, не ясно, так как положения ст. 302 ГК РФ имеют сугубо процессуальное значение и не определяют судьбу вещи после отказа виндикации вещи. Не понятен в ней статус владельца вещи. Приобретение собственности этой статьей не регулируется. Право собственности на имущество не может возникнуть в результате интерпретации законоположений, как полагает Д. О. Тузов².

Затем в 2004 г. в ст. 223 ГК РФ были внесены дополнения в статус добросовестного приобретателя. Новая норма гласит: «...недвижимое имущество признается принадлежащим добросовестному приобретателю (п. 1 ст. 302) на праве собственности с момента такой регистрации, за исключением случаев, когда собственник вправе истребовать такое имущество от добросовестного приобретателя»³. Данная норма вызвала оживленную научную дискуссию.

¹ Проект редакции Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) с изменениями, внесенными проектом федерального закона № 47538-6. URL: <http://base.garant.ru/5762296/>

² См.: Тузов Д. О. Продажа чужой вещи и проблемы защиты добросовестного приобретателя в российском гражданском праве // Вестн. ВАС РФ. 2007. № 1. С. 8.

³ О внесении изменений в статью 223 части первой Гражданского кодекса РФ и ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»: федер. закон от 30 декабря 2004 г. № 217-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 1. Ст. 43.

Через толкование ст. 302 ГК РФ можно выделить следующие условия легитимации добросовестного приобретателя:

- 1) наличие сделки между неуправомоченным отчуждателем и приобретателем вещи;
- 2) возмездный характер указанной сделки;
- 3) добросовестность приобретателя вещи.
- 4) выбытие вещи из обладания собственника по его собственной воле.

Из ст. 223 ГК РФ следует еще одно условие для недвижимости – государственная регистрация перехода прав по сделке между приобретателем и отчуждателем. В юридической литературе называют и иные условия, например юридическую годность объекта к приобретению, необходимость фактической передачи вещи, несовпадение в одном лице собственника и отчуждателя.

Правило для недвижимых вещей в ч. 2 ст. 241 проекта ГК РФ дополнилось основанием возникновения права собственности – необходим отказ собственнику в истребовании вещи. Указывается, что, если право собственности добросовестного приобретателя на недвижимую вещь не было зарегистрировано, такое решение суда является основанием для его государственной регистрации.

В п. 3. ст. 228 проект ГК РФ предусматривает еще одно условие для приобретения права на недвижимость – должно быть зарегистрировано и право отчуждателя: «Если недвижимая вещь приобретена у лица, право которого не было зарегистрировано, собственник вправе истребовать такую недвижимую вещь во всех случаях». Однако неочевидно, какое право должно быть зарегистрировано: то право, по которому вещь легально выбыла из владения собственника по его воле, или это ошибочная регистрация права собственности отчуждателя на недвижимость. Увеличение числа условий осложнит положение приобретателя, хотя, следует признать, и защитит собственника. Представляется, что у собственника и приобретателя должно быть равное количество возможностей для защиты своих прав.

Вторая проблема – это отсутствие в законе легитимации добросовестного приобретателя движимого имущества.

Нужно учитывать, что в отношении приобретения права собственности на движимые вещи прямой нормы в ГК РФ нет, есть только положение об аналогии закона с недвижимыми вещами в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 10/22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»⁴. В проекте ГК РФ такая проблема устраняется. Устанавливается правило для движимых вещей: добросовестный приобретатель признается собственником приобретенной им по сделке движимой вещи при наличии судебного спора в случае отказа собственнику в иске об истребовании движимой вещи из владения добросовестного приобретателя и считается возникшим с момента приобретения вещи.

Нерешенным с теоретической точки зрения остается вопрос о характере способа приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя (первоначальный или производный). Необходимо учитывать доктринальные критерии отнесения к тому или иному способу. С точки зрения волевого критерия, при первоначальном способе приобретения нет воли предыдущего собственника, а при производном таковая имеется. В ГК РФ указывается, что добросовестный приобретатель станет собственником, если вещь выбыла от собственника по его собственной воле. Но нужно понимать, что это воля на передачу вещи тому лицу, которое впоследствии станет неуправомоченным отчуждателем, а не воля на отчуждение вещи приобретателю, которую собственник не выражает.

Согласно критерию правопреемства, в нашем случае право собственности приобретается не в отсутствие прав собственника, а независимо от них, добросовестный приобретатель в силу своей добросовестности и не знает о таких правах, а собст-

⁴ О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой собственности и других вещных прав : постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 апреля 2010 года № 10/22 // Рос. газета. 2010. № 106(5188). С. 14.

венник в свою очередь и не имеет намерения передать кому-либо свои права в полном объеме.

Все это наталкивает на мысль о том, что приобретение права собственности добросовестным приобретателем следует относить к первоначальным способам. Однако этот вывод не согласуется с названием ст. 223 ГК РФ «Момент возникновения права собственности у приобретателя по договору». По гражданско-правовому договору право собственности приобретает производным способом, а значит, есть и воля, и правопреemptство, соответственно, могут быть и притязания в отношении вещи третьих лиц, обладающих, например, ограниченными вещными правами. В то же время нельзя не согласиться с Б. Б. Черепахиным, что «приобретение права собственности от лица, не управомоченного на его предоставление, является первоначальным способом, а не производным, поскольку право приобретателя не зависит от права отчуждателя (он его не имеет) и от права бывшего собственника (он его не отчуждает)»⁵.

Проект ГК РФ данную неопределенность устраняет, устанавливая в ст. 240 положение: «Право собственности может быть приобретено на вещь впервые или независимо от права предшествующего собственника, в том числе в силу приобретательной давности (первоначальное приобретение права собственности)...»

Таким образом, институт добросовестного приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя является, как и прежде, актуальным, его пытаются реформировать, искать возможные пути выхода из проблемных ситуаций. Возможно, в ближайшее время рассмотренные нами изменения и будут приняты законодателем.

⁵ См.: *Бычкова Е. Ю.* Проблемы определения правового режима недвижимого имущества, приобретенного добросовестным лицом от неуправомоченного отчуждателя (в порядке обсуждения проекта части первой ГК РФ) // Наука и образование: хозяйство и экономика; предпринимательство; право и управление. URL: www.journal-nio.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1324%3A2012-10-13-16-54-25&catid=66%3Aokt&Itemid=1

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

К. П. Горшкова

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИЗНАНИЯ ЗАВЕЩАНИЯ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ

Одна из актуальных проблем гражданского права – проблема наследования, неотъемлемым элементом которой является вопрос наследования по завещанию, в частности, признание завещания недействительным. Данный вопрос требует всестороннего изучения, так как на практике он вызывает ряд определенных проблем.

Первая проблема признания завещания недействительным связана с кругом лиц, которые обращаются в суд с иском о признании завещания недействительным. Здесь следует помнить, что оспаривание завещания допускается только человеком, права которого были нарушены, а также человеком, который может представлять его интересы в суде. Так, решением Стерлитамакского городского суда Республики Башкортостан от 5 апреля 2013 г. было отказано в иске о признании завещания недействительным, поскольку в ходе судебного разбирательства истец не доказал факт своей заинтересованности в оспаривании завещания, не представил доказательств нарушения своих наследственных прав.

Безусловно, эта проблема встречается редко, но, чтобы исключить ее совсем, возможно, стоит законодательно закрепить положение об обращении в суд с иском о признании завещания недействительным лишь наследникам той очереди,

которая была бы призвана к наследованию, если бы не было завещания.

Вторая проблема признания завещания недействительным касается оснований недействительности завещания.

Наиболее часто встречаются иски о признании завещания недействительным вследствие того, что наследодатель не был способен понимать значение своих действий или руководить ими. В таких случаях не являются редкостью затяжные споры. Например, решением Белгородского районного суда от 19 сентября 2011 г. были удовлетворены требования А. В. Макушева о признании завещания Т. Н. Митиной недействительным в связи с тем, что Т. Н. Митина на момент составления завещания в силу своего возраста и психического состояния не была способна понимать значение своих действий и руководить ими. Исходя из того, что достаточных и объективных доказательств, подтверждающих, что на момент составления завещания Т. Н. Митина не понимала значения своих действий и не могла руководить ими, в судебном заседании не представлено, судебная коллегия по гражданским делам Белгородского областного суда от 10 ноября 2011 г. отменила решение суда первой инстанции в части признания завещания недействительным. Однако Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации постановила отменить определение судебной коллегии по гражданским делам Белгородского областного суда от 10 ноября 2011 г., так как, отменяя решение суда первой инстанции, судебная коллегия по гражданским делам Белгородского областного суда не согласилась с выводами проведенной по делу психиатрической экспертизы, однако доказательств, данные выводы опровергающих, в обжалуемом определении не привела, повторную либо дополнительную экспертизу не назначила.

Проведение посмертной судебно-психиатрической экспертизы является сложным процессом. Во-первых, отсутствует сам испытуемый, и его психическое состояние на конкретном периоде жизни определяется на основании письменных объектов экспертизы, во-вторых, информация, в них содержащаяся, как правило, противоречива.

Нужно понимать, что заключение судебно-психологической экспертизы выносится только на основании изучения различных материалов, характеризующих личность наследодателя (характеристики личности с места работы, учебы, места жительства, медицинской документации из психиатрических, наркологических стационаров, показаний врачей, наблюдавшего умершего, показаний иных свидетелей и т.д.), без его личного обследования. В связи с этим выводы, сделанные экспертом, в большинстве случаев носят лишь вероятностный, предположительный характер¹.

Таким образом, достаточно сложно после смерти наследодателя доказать его неспособность понимать свои действия в момент составления завещания, поэтому предлагается предоставить нотариусу возможность назначить психиатрическую экспертизу, которая могла бы дать заключение о способности гражданина понимать характер совершаемых им действий при жизни, предоставить ему законные основания запросить необходимые сведения из медицинских учреждений о состоянии наследодателя.

Порядок составления завещания лицами, страдающими физическими недостатками, также сопровождается определенными проблемами, среди них могут быть злоупотребления недобросовестными лицами.

К. А. обратилась с иском к Х. о признании недействительным завещания от 23.07.2007, составленного от имени Ч. в интересах Х. В обоснование своих требований она ссылалась на то, что завещание было удостоверено с грубым нарушением закона, поскольку подписано рукоприкладчиком П. без просьбы об этом со стороны Ч. Решением Калининского районного суда Санкт-Петербурга в иске было отказано. Оставляя это решение без изменения, кассационная инстанция указала следующее. Судом установлено, что доводы истицы, не присутствовавшей при подписании оспариваемого ею завещания, основаны на предположениях, не представлены доказательства изложенных ею обстоятельств. Проведенная по хода-

¹ См.: *Холопова Е. Н.* Посмертные судебно-психологические экспертизы по гражданским делам // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 10. С. 89.

тайству истца судебно-медицинская экспертиза исследовала физическую способность Ч. расписаться в момент совершения оспариваемого завещания. Комиссия экспертов категорично заключения дать не смогла. Суд также учел, что в период с 27.07.2007 по 15.08.2007 Ч., при отсутствии действительного намерения завещать имущество Х., имел возможность через К. А. или иное лицо вызвать нотариуса на дом и отменить оспариваемое завещание, однако этого не сделал и даже не сообщил К. А. о наличии такого завещания.

Приведенные доводы суда являются довольно спорными. В соответствии с п. 3 ст. 1125 ГК РФ правовое значение по делу имеет четко выраженная просьба завещателя о подписании завещания рукоприкладчиком. Помимо этого, Ч. страдал онкологическим заболеванием, поэтому в период со дня составления завещания до смерти мог не вызвать нотариуса для отмены завещания не по нежеланию, а по состоянию здоровья.

Таким образом, существующий порядок совершения сделок гражданами, которые вследствие болезни не могут собственноручно подписать соответствующий документ, не содержит достаточных гарантий достоверности такого документа².

Мы согласны с теми цивилистами, которые для решения этой проблемы предлагают, во-первых, при составлении завещаний лицами с физическими недостатками, тяжелыми заболеваниями или неграмотными гражданами использовать устройства аудио-, видеозаписи или иные технические средства, позволяющие с достоверностью идентифицировать личность завещателя, а также его истинную волю, а во-вторых, считают необходимым присутствие не менее двух нотариусов при составлении завещания³.

При определении последствий недействительности завещания необходимо помнить, что, несмотря на то, что при жизни завещателя завещание не порождает никаких юридических последствий и становится юридически значимым лишь

² См.: *Боннер А. Т.* Осторожно, рукоприкладчик // Закон. 2011. № 9. С. 128.

³ См.: *Реутов С. И.* Свобода завещания и условия ее осуществления // Нотариальный вестник. 2006. № 3. С. 27.

после смерти завещателя, недействительность завещания определяется на момент его совершения.

Так как в настоящее время новые нормы в судебной и нотариальной практике еще слабо проработаны, отсутствуют руководящие разъяснения высших судебных органов, необходимо обозначить в законе четкие критерии недействительности завещания для того, чтобы у наследодателя не было помех в волеизъявлении, а у наследников – в принятии наследства.

А. Н. Демяшова

ВИДЫ ЭКСПЕРТИЗ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Судебная экспертиза – один из важнейших институтов доказательственного права, значение которого возрастает с каждым годом. В гражданском судопроизводстве существует большое количество самых разнообразных экспертиз. Их классификация может быть проведена по различным основаниям. Наиболее распространенной является классификация по процессуальным критериям на первичные, повторные, дополнительные, комплексные и комиссионные. Деление на первичные, повторные и дополнительные осуществляется в зависимости от степени исследования объекта. Рассмотрим более подробно каждую из них.

В случае недостаточной ясности или неполноты заключения эксперта, а также при возникновении вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств дела суд может назначить дополнительную экспертизу, поручив ее проведение тому же или другому эксперту. На наш взгляд, назначение дополнительной экспертизы является целесообразным и оправданным, поскольку недостатки первичной экспертизы могут быть устранены в судебном заседании при допросе эксперта, а это в свою очередь способствует правильному разрешению спора.

Как показывает судебная практика, суд в большинстве случаев отказывает в назначении дополнительной экспертизы. Его аргументы сводятся к тому, что отсутствуют сомнения в правильности и обоснованности заключения экспертов; вопросы, поставленные перед экспертом, разрешены; заключения экспертов составлены полно и ясно.

Стоит также отметить, что в определениях о назначении дополнительной экспертизы судьями не всегда указывается, что именно в заключении эксперта является неполным или недостаточно ясным.

Что же касается повторной экспертизы, то она назначается при наличии сомнений в правильности и обоснованности ранее данного заключения, а также при наличии противоречий в заключениях нескольких экспертов и поручается другому эксперту или другим экспертам.

Основанием для выделения комплексных и комиссионных экспертиз является характер исследования объектов.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 82 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ) комплексная экспертиза назначается судом в тех случаях, когда установление обстоятельств по делу требует одновременно проведения исследований с использованием различных областей знаний или с использованием различных научных направлений в пределах одной области знаний.

В качестве примера можно привести Апелляционное определение Московского городского суда: технико-криминалистическое исследование документов провел и удостоверил результаты исследования эксперт № 1, а газохроматографическое исследование летучих компонентов в штрихе реквизитов – эксперт № 2. Эксперт № 1 имеет право допуска на проведение технико-криминалистических экспертиз документов, а эксперт № 2 обладает познаниями в области химии. Таким образом, при проведении исследования экспертами использовались различные области знаний, т.е. по делу была проведена комплексная судебная экспертиза¹.

¹ См.: Апелляционное определение от 30 октября 2013 г. по делу № 11-36132/13. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Как видно из примера, комплексная экспертиза назначается нескольким экспертам – не менее двух, обладающим необходимыми познаниями. В заключении указывается, какие исследования и в каком объеме провел каждый из экспертов, какие факты он установил и к каким выводам пришел. В составлении и подписании общего вывода, как правило, участвуют все эксперты. Однако если кто-то из них не участвовал в составлении вывода либо не согласен с ним, он может подписать только свою часть исследования.

Согласно положениям ч. 1 ст. 83 ГПК РФ, комиссия экспертная назначается судом для установления обстоятельств двумя или более экспертами в одной области знаний. Как видно, комиссия экспертная мало чем отличается от обычной. Главная ее особенность – это проведение исследования одного объекта несколькими специалистами одного профиля. Заключение составляется на основе общего вывода. Если у эксперта есть свое особое, отличное от других мнение, то он вправе составить отдельное заключение.

Например, в заключении комиссии экспертов Алтайской краевой клинической психиатрической больницы имени Ю. К. Эрדмана (дело по иску Р. к Р-ву, администрации Октябрьского района г. Барнаула о признании договора приватизации квартиры недействительным) содержался вывод о том, что выявленное у Р. психическое расстройство не сопровождается значимыми нарушениями мнестических, интеллектуальных функций и критических способностей и на конкретную дату по психическому состоянию испытываемая не была лишена способности понимать значение своих действий либо руководить ими. Данное заключение не было подписано членом комиссии – экспертом-психологом первой категории, который в своем заключении выразил иное мнение о том, что с учетом низкого интеллектуального уровня, индивидуально-психологических особенностей Р. и сложной для ее понимания информации последняя в момент подписания согласия на приватизацию могла иметь ошибочное мнение относительно содержания данного документа.

Решением Октябрьского районного суда г. Барнаула в удовлетворении исковых требований Р. отказано в полном объеме.

Отдельное заключение члена комиссии – эксперта-психолога – было проанализировано и отвергнуто судом со ссылкой на то, что его выводы носят предположительный характер и что затруднения у истицы с восприятием не исключали наличия у нее возможности выяснить достоверное содержание подписываемого документа до полного понимания его сущности, что нашло отражение в мотивировочной части решения².

В гражданском судопроизводстве в ряде случаев используются заключения экспертизы, проводимой государственными и иными органами и организациями, так называемые ведомственные экспертизы. В связи с этим необходимо различать судебную и несудебную (ведомственную) экспертизы. Порядок проведения и назначения ведомственной экспертизы, ее компетенция определены в положениях о конкретных экспертизах. К их числу относятся товарные, аудиторские, экологические и т.д. Заключения экспертов несудебной экспертизы рассматриваются как письменные доказательства.

Существует еще классификация экспертиз по формально-специальным основаниям, которая выделяет виды экспертиз в зависимости от места их проведения: в судебном заседании и вне суда – стационарные и амбулаторные. Выбор места проведения экспертизы зависит, прежде всего, от методов специального исследования, возможности их применения в определенных условиях к определенным объектам³.

Чаще всего исследование объектов экспертизы проводится вне суда, в лабораторных условиях. При стационарной экспертизе объектом исследования является человек – участник процесса, за которым необходимо длительное наблюдение, например, психиатрическая экспертиза.

Кроме того, выделяют классификацию судебных экспертиз по предметно-содержательному основанию. Безусловно, исчерпывающего перечня экспертиз по частному предмету дать нельзя. Это обусловлено как их многообразием, так и тем, что постоянно появляются новые виды экспертиз. Наиболее рас-

² Обзор судебной практики по применению законодательства, регулирующего назначение и проведение экспертизы по гражданским делам от 14 декабря 2011 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Сахнова Т. В. Экспертиза в суде по гражданским делам. М., 1997. С. 115.

пространенными являются автотехнические, почерковедческие, автороведческие, психиатрические и др.

Таким образом, в гражданском процессе используется большое количество экспертиз, различных по своему характеру и предмету.

М. В. Нескородова

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ЗАЩИТЫ ДЕЛОВОЙ РЕПУТАЦИИ

Каждый участник оборота, осуществляя свою деятельность, имеет определенную репутацию. Для успешной работы необходима положительная репутация. Это залог успеха. Но что делать, если она нарушена? Если кто-то распространяет сведения, порочащие вашу деловую репутацию?

Статьями 23 и 46 Конституции Российской Федерации¹ закреплено право каждого на защиту своей чести и доброго имени, а ст. 152 Гражданского кодекса Российской Федерации² (далее – ГК РФ) предусмотрено право на судебную защиту чести, достоинства и деловой репутации от распространенных, не соответствующих действительности порочащих сведений.

Как можно реализовать право на защиту деловой репутации? Для начала определимся с подведомственностью.

Пунктом 5 ч. 1 ст. 33 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации³ установлена специальная под-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 4. Ст. 445.

² Гражданский кодекс Российской Федерации. (Часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (в ред. от 02.11.2013) // Собр. законодательства Рос. Федерации. № 30. Ст. 3012.

ведомственность арбитражным судам дел о защите деловой репутации в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. В соответствии с ч. 2 названной статьи указанные дела рассматриваются арбитражными судами независимо от того, являются ли участниками правоотношений юридические лица, индивидуальные предприниматели или иные организации и граждане.

Если сторонами спора о защите деловой репутации будут юридические лица или индивидуальные предприниматели в иной сфере, не относящейся к предпринимательской и иной экономической деятельности, то такой спор подведомствен суду общей юрисдикции. Это некоммерческие организации, органы государственной власти и органы местного самоуправления.

Надлежащими ответчиками по искам о защите деловой репутации являются авторы не соответствующих действительности порочащих сведений, а также лица, распространившие эти сведения.

Если оспариваемые сведения были распространены в СМИ, то надлежащими ответчиками будут автор и редакция соответствующего средства массовой информации. Если эти сведения были распространены в СМИ с указанием лица, являющегося их источником, то это лицо также – надлежащий ответчик.

Вместе с тем гражданин вправе обратиться с требованием об опровержении таких сведений напрямую к редакции соответствующего СМИ, а отказ в опровержении либо нарушение установленного законом порядка опровержения могут быть обжалованы в суде.

В случае, когда сведения были распространены работником в связи с осуществлением профессиональной деятельности от имени организации, в которой он работает (например, в служебной характеристике), надлежащим ответчиком является юридическое лицо, работником которого распространены такие сведения. Этот работник может вступить в дело в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований относительно предмета спора на стороне ответчика.

Судебная защита деловой репутации лица не исключается также в случае, когда невозможно установить лицо, распространившее такие сведения (например, при направлении анонимных писем в адрес граждан и организаций либо распространении сведений в интернете лицом, которое невозможно идентифицировать). В соответствии с п. 8 ст. 152 ГК РФ суд в указанном случае вправе по заявлению заинтересованного лица признать распространенные в отношении него сведения не соответствующими действительности. Такое заявление рассматривается в порядке особого производства⁴.

Распределение бремени доказывания осуществляется следующим образом.

Истец в суде должен доказать:

- факт распространения ответчиком порочащих сведений;
- порочащий характер сведений.

Ответчик должен доказать:

- соответствие действительности распространенных сведений.

Под распространением сведений, порочащих деловую репутацию, следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио, телевидению и другим средствам массовой информации, распространение в интернете, а также с использованием иных средств телекоммуникационной связи, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в той или иной, в том числе устной, форме хотя бы одному лицу.

Сообщение таких сведений лицу, которого они касаются, не может признаваться их распространением, если лицом, сообщившим данные сведения, были приняты достаточные меры конфиденциальности, с тем чтобы они не стали известны третьим лицам.

Не соответствующими действительности сведениями являются утверждения о фактах или событиях, которые не име-

⁴ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц : постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 4.

ли места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения.

Не могут рассматриваться как не соответствующие действительности сведения, содержащиеся в судебных решениях и приговорах, постановлениях органов предварительного следствия и других процессуальных или иных официальных документах, для обжалования и оспаривания которых предусмотрен иной, установленный законами судебный порядок.

Порочащими, в частности, являются сведения, содержащие утверждения о нарушении лицом действующего законодательства, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении любой профессиональной деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют деловую репутацию гражданина либо юридического лица⁵.

Для установления порочащего характера распространенных сведений может применяться лингвистическая экспертиза. Для положительного решения вопроса о порочащем характере сведений устанавливается присутствие двух признаков в исследуемом тексте:

- наличие негативной информации об истце;
- наличие в тексте высказываний в форме сведений, содержащих утверждение о противоправном и аморальном поведении и поступках лица.

Требования, которые истец может предъявить в суд:

1) об опровержении порочащей информации, если она не была опровергнута или способ ее опровержения не соответствует требованиям закона, а также размещения своего ответа (п. 1 ст.152 ГК РФ);

2) об отзыве или замене документа, исходящего от организации, в котором содержатся сведения, порочащие деловую репутацию лица, если он не был заменен или отозван (п. 3 ст. 152 ГК РФ);

3) об удалении соответствующей информации, а также пресечении или запрещении дальнейшего распространения

⁵ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан...

указанных сведений путем изъятия и уничтожения без какой бы то ни было компенсации изготовленных в целях введения в гражданский оборот экземпляров материальных носителей, содержащих указанные сведения, если без уничтожения этих материальных носителей удаление соответствующей информации невозможно, когда сведения стали широко известны, и в связи с этим опровержение невозможно донести до всеобщего сведения (п. 4 ст. 152 ГК РФ);

4) об удалении соответствующей информации, а также опровержении указанных сведений способом, обеспечивающим доведение опровержения до пользователей интернета, если порочащие деловую репутацию сведения оказались после их распространения доступными в интернете (п. 5 ст. 152 ГК РФ);

5) о возмещении убытков, причиненных распространением этих сведений (п. 9 ст. 152 ГК РФ);

6) о компенсации морального вреда, причиненного распространением этих сведений (п. 9 ст. ГК РФ).

Следует отметить новеллы ГК РФ о защите чести достоинства и деловой репутации. Они коренным образом изменили практику по данным делам.

Первым подобным нововведением является установление исключения для юридических лиц такого способа защиты, как компенсация морального вреда. До этого суды, вплоть до декабря 2003 г., придерживались единой позиции о невозможности применения категории «морального вреда» по отношению к юридическим лицам и, соответственно, не допускали компенсации морального вреда.

Перелом в судебной практике произошел после определения Конституционного Суда Российской Федерации от 4 декабря 2003 г. № 508-О⁶. В нем суд вводит понятия «компенсация нематериальных убытков», «нематериальный вред», но одновременно указывает, что данные категории отличны от

⁶ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Шлафмана Владимира Аркадьевича на нарушение его конституционных прав пунктом 7 статьи 152 Гражданского кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 4 декабря 2003 г. № 508-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 3.

понятия морального вреда, причиненного гражданину. «При этом отсутствие прямого указания в законе на способ защиты деловой репутации юридических лиц не лишает их права предъявлять требования о компенсации убытков, в том числе нематериальных, причиненных умалением деловой репутации, или нематериального вреда, имеющего свое собственное содержание (отличное от содержания морального вреда, причиненного гражданину), которое вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения».

После этого в арбитражных судах сложилась практика, допускающая возможность компенсации морального (так называемого «репутационного») вреда юридическим лицам. Суды вместе с понятием «моральный вред» употребляли такие понятия, как «неимущественный вред», «репутационный вред» либо «компенсация вреда»⁷.

Теперь же, после вступления в силу Федерального закона от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ⁸, повод для споров о возможности компенсации юридическим лицам морального вреда утрачен.

Второй новеллой стало отдельное указание в ст. 152 ГК РФ на возможность судебной защиты чести, достоинства, деловой репутации гражданина в случае распространения любых, не соответствующих действительности сведений о нем, если такой гражданин докажет несоответствие указанных сведений действительности. По данным требованиям, предъявляемым в связи с распространением указанных сведений в средствах массовой информации, установлен срок исковой давности. Вообще исковая давность на дела о защите нематериальных прав в силу ст. 208 ГК РФ не распространяется, кроме случаев, установленных законом. Теперь в ГК РФ прямо закреплен по данной категории дел указанный случай. Исковая давность составляет один год со дня опубликования таких сведений в СМИ.

⁷ См.: *Серебрякова А. А., Родионов Н. Г.* Формирование судебной практики по требованиям о компенсации нематериального вреда юридическим лицам в Российской Федерации // *Налоги*. 2011. № 1. С. 28–31.

⁸ О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ // *Собр. законодательства Рос. Федерации*. 2013. № 27. Ст. 3434.

А. В. Пирумян

ОТРИЦАТЕЛЬНЫЕ ФАКТЫ И ИХ ДОКАЗЫВАНИЕ: ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМЫ

В условиях состязательного процесса все большее теоретическое и практическое значение приобретает институт распределения бремени доказывания, одним из проявлений которого является правило доказывания, согласно которому каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требования и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Однако, несмотря на законодательное закрепление данного положения, а также длительное и тщательное его исследование, в нем слишком много проблем и неопределенностей. В настоящей работе постараемся осветить одну из них, касающуюся доказывания отрицательных фактов.

Стоит отметить, что данной проблематике не уделялось должного внимания, несмотря на ее большую актуальность в связи с огромным практическим значением, и не проводилось системных исследований.

Понятие «отрицательные факты» законодательно не закреплено, а существует лишь в доктрине гражданского процессуального права. При этом оно довольно активно используется на практике, в том числе и судами при вынесении решений. Употребление конструкций, отсутствующих в законе, — явление не новое, однако и в судебной практике на вопрос о доказывании отрицательных фактов нет единства мнений.

Процессуалисты различают в зависимости от отношения факта к реальной действительности положительные и отрицательные доказываемые факты. Под последними понимают отсутствие чего-то, несовершенство каких-то актов, невыполнение обязательств¹.

Употребление понятия «отрицательный факт» признается верным не всеми процессуалистами. Как указывается от-

¹ См.: *Зайцев И., Фокина М.* Отрицательные факты в гражданских делах // Рос. юстиция. 2000. № 3. С. 19.

дельными авторами, деление юридических фактов на положительные и отрицательные не корректно. Отрицательных фактов в праве нет, можно говорить лишь об отсутствии юридически значимого обстоятельства². И если исходить из этого, то доказыванию подлежит как наличие факта, так и его отсутствие.

Однако, думаем, что употребление термина «отрицательный факт» возможно, так как его использование очень удобно. Как известно, защита против иска может осуществляться различными способами, в том числе простым отрицанием. Отсюда следует одно из правил относительно бремени доказывания: ответчик не должен доказывать своего отрицания (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat; negantis nulla probatio est*).

Е. В. Васьковский отмечает: «неправильное понимание приведенных в скобках изречений римских юристов послужило источником для традиционного, развитого еще глоссаторами учения о том, что отрицательные факты не подлежат доказыванию (*negativa non probantur*). Такое мнение неоднократно высказывал и Сенат. Но оно неверно, и сам Сенат признал подлежащими доказыванию такие отрицательные факты, как неполучение наследства, отсутствие денег в кассе, незнание о существовании завещания»³.

Положение о том, что отрицательные факты не доказываются, не подвергалось сомнению вплоть до XIX в., когда французский юрист Бонье высказал мнение, что отрицательные факты доказать возможно, так как трудности с доказыванием отрицательных фактов возникают в силу того, что они недостаточно конкретизированы. Если сторона выразит отрицательный факт более определенно, то его доказывание не вызовет затруднения⁴.

В действующем процессуальном законодательстве содержится положение «кто утверждает, тот доказывает». В то же время ст. 56 Гражданского процессуального кодекса Россий-

² См.: Баулин О. В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел. М., 2004. С. 150.

³ Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса. М.: Издание Бр. Башмаковых, 1917. С. 235.

⁴ См.: Зайцев И., Фокина М. Указ. соч. С. 19.

ской Федерации и ст. 65 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации содержат отсылочную норму, согласно которой федеральными законами могут быть предусмотрены исключения из данного правила. Законодатель не различает факты положительные и факты отрицательные, и, соответственно, из данного положения следует, что доказыванию подлежат все факты. Однако, как уже указывалось, в судебной практике используются и само понятие «отрицательный факт», и выработанное доктриной положение «отрицательные факты не доказываются».

Известно, что законодатель, закрепляя задачи гражданского судопроизводства, стремился создать необходимые условия для защиты и восстановления прав и законных интересов участников процесса. Одним из способов достижения данной цели является построение законодательства таким образом, чтобы максимально исключить шансы различного рода злоупотреблений как со стороны самих участников, так и со стороны суда. Именно поэтому гражданский процесс четко регламентирован и формализован и для него действует правило «все, что не предусмотрено, все запрещено». Если законодатель ничего не говорит, то такое молчание означает запрет на подобные действия⁵.

Из этого следует, что суды не могут самостоятельно, не основывая свое мнение на норме права, перераспределять доказательственное бремя, тем самым ставя одну из сторон в необоснованно худшее положение. Сказанное не означает, что закрепленное законодательно положение является удачным и судам просто необходимо ему следовать. Очевидно, что, действительно, существуют факты, которые в силу своей специфики доказать либо невозможно, либо крайне сложно. А значит, нужно отыскать верный подход для решения данной проблемы, который нашел бы законодательное закрепление, чтобы в процессе реализации прав одних лиц не нарушались права и интересы других.

⁵ См.: Германов А. В. Молчание законодателя и пробел в гражданском процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 7. С. 2–3.

Как уже упоминалось, и в науке гражданского процессуального права, и в судебной практике нет единства мнений на вопрос о необходимости доказывать отрицательный факт. Сторонники этой необходимости утверждают, что при их доказывании имеет значение отраслевая принадлежность обстоятельства. Такие факты гражданского процессуального характера выясняются судами без существенных затруднений по материалам дела (по протоколу судебного заседания), так как любое действие находит там свое отражение. А большинство отрицательных фактов материально-правового характера устанавливаются через выяснение связанных с ними положительных фактов. Иначе говоря, получение знания об отрицательных фактах — это доказывание с помощью косвенных доказательств⁶.

С. Ф. Афанасьев указывает, что доказывание отрицательного факта должно происходить через корреляцию с положительными фактами, входящими в предмет доказывания по гражданскому делу⁷.

Думается, решать вопрос о доказывании отрицательного факта в зависимости от его отраслевой принадлежности несколько не универсально. Авторы данной позиции ставили в основу возможность напрямую доказать отсутствие юридического факта. Считаем, это возможно сделать не только в отношении фактов, имеющих гражданско-процессуальный характер. Не составляет труда доказать отрицательный факт, когда законодательно предусмотрено закрепление или подтверждение каких-либо действий или прав.

Б. В. Поповым отмечалось, что трудности доказывания negative не представляют чего-нибудь исключительного до такой степени, чтобы следовало возводить презумпцию их отсутствия на степень основного догмата для целого учения о доказательствах⁸.

⁶ См.: Зайцев И., Фокина М. Указ. соч. С. 20.

⁷ См.: Афанасьев С. Ф. Судебно-правовая политика в области доказывания отрицательных фактов по гражданским делам // Современное право. 2012. № 7. С. 101.

⁸ Попов Б. В. Распределение доказательств между сторонами в гражданском процессе. Харьков, 1905. С. 21. Цит. по: Афанасьев С. Ф. Указ. соч. С. 102.

При всей логичности суждений названных авторов нельзя не признать, что существуют отрицательные факты, которые объективно невозможно доказать в рамках гражданского дела. Поэтому утверждать, что все отрицательные факты доказываются наравне с другими обстоятельствами по делу, было бы слишком категорично. В то же время и другую позицию нельзя считать обоснованной и признавать отрицательный характер факта как основание для освобождения от его доказывания.

В обоих случаях будет налицо несоответствие и букве, и духу закона. К тому же вписать все отрицательные факты в такие жесткие рамки доказывания не представляется возможным, поскольку существующие отрицательные факты многообразны и специфичны каждый по-своему.

Как это обычно бывает, в науке гражданского процессуального права есть и иная позиция (золотая середина), авторы которой стремятся учесть все недостатки названных выше позиций. В рамках такого подхода выработаны следующие положения, с учетом которых доказывание отрицательных фактов может иметь место. Во-первых, бремя опровержения отрицательного факта может быть возложено только на профессионального участника гражданских правоотношений. Во-вторых, предложенная презумпция признания отрицательного факта установленным должна применяться только с учетом требований разумности и процессуальной обоснованности. В-третьих, данная презумпция может применяться только к тем отрицательным фактам, для которых имеются противоположные им положительные факты, которые в соответствии с законодательством подлежат фиксации в письменной форме или иным специальным образом. При этом неисполнение требований закона о такой фиксации не является основанием для освобождения от бремени опровержения отрицательного факта⁹.

Вопрос о доказывании отрицательных фактов спорный, и он будет оставаться таковым до тех пор, пока в законода-

⁹ См.: *Шитиков Д. А.* Доказывание отрицательных фактов в гражданском и арбитражном процессах // Арбитражный и гражданский процесс. 2013. № 7. С. 37–38.

тельстве не появятся специальные правила. Однако трудно представить подобную норму, особенно, если речь идет о «золотой середине». Принимая вариант, что в ряде случаев отрицательный факт доказывается, а в других случаях нет, законодателю необходимо будет указать четкий критерий разграничения таких случаев, что на данный момент не является возможным. Полагаем, более разумно было бы дать высшим судебным инстанциям толкование нормам о доказывании, которые внесли бы ясность в решение данного вопроса и позволили бы говорить о единстве судебной практики.

В настоящее время у судов различного уровня при рассмотрении самых разных категорий дел такового единства не наблюдается.

В результате на практике складывается недопустимая ситуация, когда исход дела зависит от суда и судьи, который рассматривает дело. Тем самым теряется смысл вообще всего института. Во-первых, одной из задач закрепления правил распределения бремени доказывания является устранение неопределенности, в случае, если искомые факты невозможно будет установить достоверно при помощи доказательств. Во-вторых, бремя доказывания стабильно и не зависит от действий сторон в процессе, правила о распределении бремени доказывания должны действовать неизменно, так как вытекают из самой нормы права и практически одинаковы по одной и той же категории дел. Его изменение возможно только в связи с расширением предмета и пределов доказывания в силу таких норм, как, например, сроки исковой давности, или наличия в законе неопределенных формулировок.

Подобное состояние неопределенности по данному вопросу будет сохраняться до тех пор, пока не будет уделено должное внимание рассмотренной проблеме, пока высшие судебные инстанции не предложат единого толкования норм о доказывании, в частности о доказывании отрицательных фактов. Это тем более важно, что имеет не столько теоретическое, сколько практическое значение.

А. А. Проваторова

ПРОБЛЕМЫ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Развитие информационных технологий в современном мире не могло не отразиться на деятельности судебной системы. В частности, это породило возникновение таких новых средств доказывания, как электронные доказательства. Однако использование электронных доказательств в гражданском процессе встречает затруднения, которые связаны с неготовностью судебной системы в настоящее время воспринимать новые явления современного информационного общества.

Речь идет в первую очередь об отсутствии специальных норм в гражданском процессуальном законодательстве, которые бы регулировали данную сферу отношений.

Понятие электронного документа дается в Федеральном законе от 27 июля 2006 г. № 149 «Об информации, информационных технологиях и защите информации»¹. Так, электронный документ представляет собой документированную информацию, представленную в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах. Данное определение, на наш взгляд, не имеет отношения к установлению таких важных с процессуальной точки зрения характеристик электронного документа, как его допустимость и достоверность, т.е. на законодательном уровне не закреплены критерии допустимости и достоверности рассматриваемого вида доказательств. Поэтому трудности при использовании электронных документов в качестве доказательств в суде возникают уже на этапе их приобщения к материалам дела.

¹ Об информации, информационных технологиях и о защите информации : федер. закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ (в ред. от 28.12.2013 г.) // Рос. газета. 2006. № 165.

В законе отсутствуют требования к форме и формату предоставления данных в электронной форме, к исследованию таких данных в судебном заседании, а также к порядку приобщения их к судебному делу. В силу технической неподготовленности суда, традиционного бумажного документооборота, электронные доказательства подвергаются распечатке и наравне с другими материалами подшиваются в дело. Возможно, дальнейшее внедрение информационных технологий в российском судопроизводстве повлечет создание электронных дел, что положительно бы сказалось на практике, обеспечив быстроту работы с базой данных. Однако нельзя не учитывать, что достаточно велик риск утраты электронной информации, поэтому целесообразно создать копии судебных дел на бумажном носителе.

Следует отметить, что законодатель прямо не указывает, что электронные документы могут использоваться в гражданском процессе в качестве доказательств, но, анализируя положения п. 1 ст. 71 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ), можно увидеть, что законодатель признает возможность использования электронных доказательств, закрепляя, что письменными доказательствами являются документы и материалы, содержащие сведения об обстоятельствах, имеющих значение для рассмотрения и разрешения дела, выполненные, в том числе, в цифровой форме, позволяющей установить достоверность документа².

В России электронные доказательства традиционно рассматриваются в качестве письменных доказательств, поскольку с точки зрения содержания и электронный, и бумажный документы содержат сведения о фактах, имеющих значение для разрешения дела. Данный подход нам представляется верным. Однако следует отметить, что по данному вопросу существуют различные точки зрения. По мнению И. Г. Медведева, электронный документ нельзя рассматривать как письменное доказательство в чистом виде, поскольку у него

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 02.04.2014 г.) // Рос. газета. 2002. № 220.

отсутствует один из важнейших признаков письменных доказательств – письменная форма³. Ряд исследователей предлагают относить электронные документы к вещественным доказательствам, т.к. сами по себе электронные документы не доступны человеческому восприятию, а служат лишь средством установления обстоятельств действительности.

Электронные доказательства в гражданском процессе могут существовать в различных формах: переписка по электронной почте, в социальных сетях, в программе «Skype»; сведения из локальной компьютерной сети организации; сведения с официальных сайтов в информационно-телекоммуникационной сети Интернет; электронный кошелек; различные государственные автоматизированные системы⁴.

Для признания электронного документа доказательством по делу он должен иметь реквизиты, позволяющие установить его подлинность: электронная цифровая подпись или иной аналог собственноручной подписи отправителя. Однако законодатель ничего не говорит об электронных документах, не подписанных электронной цифровой подписью или иным аналогом собственноручной подписи, которых подавляющее большинство. К таким документам, к примеру, относится электронная переписка, часто содержащая важные сведения для доказывания.

Проблема достоверности электронной переписки как доказательства заключается в том, что, как правильно отметил А. Т. Боннер, хотя и нет сомнения в том, что электронный адрес отправителя сообщения является реквизитом, идентифицирующим электронный документ, он не позволяет с достоверностью установить отправителя этого документа⁵. Решение данной проблемы на практике заключается в удостоверении подписями авторов переписки распечаток электронных документов, что не всегда возможно реализовать ввиду того, что

³ См.: *Медведев И. Г.* Письменные доказательства в частном праве России и Франции. СПб. : Юрид. центр Пресс, 2004. С. 145.

⁴ См.: *Бурганов Р. С.* Электронные доказательства в гражданском процессе // *Цивилист.* 2013. № 2. С. 112.

⁵ См.: *Боннер А. Т.* Доказательственное значение информации, полученной из Интернета // *Закон.* 2007. № 12. С. 86.

сторона не заинтересована удостоверять доказательство, которое представляется другой стороной. В судебной практике встречаются случаи, когда достоверность электронной переписки подтверждается свидетельскими показаниями.

В качестве наиболее эффективного способа решения проблемы достоверности электронных доказательств исследователи предлагают использовать институт обеспечения сведений, содержащихся как на электронных носителях, так и в Интернете, нотариусами. Действующий ГПК РФ такой возможности не предусматривает, однако существуют мнения о том, что указание на досудебное обеспечение доказательств в Основах законодательства о нотариате имеет самостоятельное юридическое значение⁶.

Представляется, что процедура обеспечения электронного доказательства будет выглядеть так: лицо, нуждающееся в обеспечении доказательств, должно направить нотариусу запрос, где указывает сведения, интернет-страницу, файл, которые необходимо обеспечить. Нотариус описывает содержащуюся в электронном документе информацию, причем желательно, чтобы нотариус распечатал информацию и чтобы вместе с распечаткой, протоколом осмотра документа в суд был представлен электронный носитель информации⁷.

Следует отметить, что судебная практика по вопросу обеспечения доказательств является противоречивой. Так, в Апелляционном определении Московского городского суда от 30 января 2013 г. по делу № 11-3198/2013 указано, что довод жалобы о том, что суд первой инстанции принял в качестве надлежащих доказательств электронную переписку, тогда как она является ненадлежащим доказательством, так как она не заверена надлежащим образом, не может быть принят судебной коллегией, поскольку законом не предусмотрены в

⁶ См.: *Вайшнурс А. А.* Правонарушение в Интернетe : применимое право и доказательства // Доказательства в арбитражном процессе. М. : Экономическая газета. 2004. С. 134.

⁷ См.: *Кулик Т.* Доказательственные возможности электронных документов // Хозяйство и право. 2006. № 8. С. 72.

качестве обязательных условий данные действия⁸. Хотя по общему правилу заверение электронной переписки нотариусами является необходимым для принятия ее судом в качестве доказательства.

Рассматривая проблему достоверности электронных доказательств, обратим внимание на зарубежный опыт. В Гражданском процессуальном кодексе Венгрии электронные документы делятся на публичные и частные, при этом частные документы бывают простые и с полной доказательственной силой. Повышенная доказательственная сила публичных документов и частных документов с полной доказательственной силой состоит в том, что, пока не доказано обратное, считается, что обстоятельства происходили именно так, как изложено в таких документах, включая место, время и способ зафиксированного в документе волеизъявления. Подлинность частных документов с повышенной доказательственной силой устанавливается только тогда, когда они ставятся под сомнение противоположной стороной или судом признана необходимость подтверждения их подлинности. Простые частные документы, напротив, не обладают повышенной доказательственной силой, т.е. оцениваются на общих основаниях со всеми другими доказательствами в совокупности⁹.

Подводя итог, следует отметить, что активное использование, вовлечение в процесс доказывания электронных доказательств – веление времени, и необходима законодательная разработка процессуального понятия электронных доказательств, определение порядка и формы их представления, критериев достоверности, порядка обеспечения, а также определения иных положений, связанных с особенностью данного вида доказательств.

⁸ Апелляционное определение Московского городского суда от 30 января 2013 г. по делу № 11-3198/2013. URL: <http://base.consultant.ru>

⁹ См.: Харсаги В. Новеллы венгерского законодательства об электронных документах // Рос. ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2005. № 4. С. 319–320.

Т. Н. Проскурина

НЕКОТОРЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

Создание в России действенной системы защиты прав потребителей является одной из основных задач государственной потребительской политики. Все чаще каждый из нас сталкивается с нарушением собственных интересов как потребителя, и немногие, к сожалению, знают, как себя вести в подобных ситуациях.

Для начала надо определиться, какому суду подсудны дела о защите прав потребителей.

«Дела по спорам о защите неимущественных прав потребителей (например, при отказе в предоставлении необходимой и достоверной информации об изготовителе), равно как и требование имущественного характера, не подлежащее оценке, а также требование о компенсации морального вреда подсудны районному суду»¹ (ст. 23, 24 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ)).

Закон не устанавливает обязательный досудебный порядок рассмотрения требований потребителя. Поэтому потребитель, как правило, может сразу обратиться со своими требованиями в суд. На практике, однако, потребителю целесообразно обратиться к соответствующему лицу с письменным обоснованным требованием.

К этому побуждает также требование ст. 483 Гражданского кодекса Российской Федерации об извещении продавца о нарушении определенных условий договора купли-продажи. Невыполнение этого правила дает продавцу право отказаться от удовлетворения соответствующих требований покупателя.

Вместе с тем по некоторым услугам законодательством предусмотрено обязательное предъявление претензий до об-

¹ О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 // Рос. газета. 2012. 11 июля.

ращения в суд. Такой порядок установлен, например, ст. 55 Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи», транспортными уставами и кодексами в случае споров, вытекающих из договоров перевозки пассажиров, их багажа и грузов. Несоблюдение обязательного досудебного порядка урегулирования споров препятствует рассмотрению иска.

Законодательством предусмотрена также территориальная подсудность по выбору истца (потребителя).

Если иск к организации вытекает из деятельности ее филиала или представительства, он может быть предъявлен в суд по месту их нахождения.

Кроме общей и альтернативной подсудности, ГПК РФ предусматривает другие ее виды, из которых практическое значение для защиты прав потребителей имеют исключительная подсудность, подсудность нескольких связанных между собой дел, родовая подсудность.

Исключительная подсудность установлена для дел определенных категорий ст. 30 ГПК РФ, из которых отметим подсудность дел, вытекающих из договора перевозки: иски к перевозчикам предъявляются в суд по месту нахождения перевозчика, к которому в установленном порядке была предъявлена претензия.

Согласно ч. 1 ст. 31 ГПК РФ иск к нескольким ответчикам, проживающим или находящимся в разных местах, предъявляется в суд по месту жительства или месту нахождения одного из ответчиков по выбору истца.

«Выбор ответчика и, следовательно, суда зависит не только от усмотрения потребителя, но также и от ряда других обстоятельств: содержания нарушенного права, времени нарушения права (в период гарантийного срока, после его истечения и т.п.), лица, несущего ответственность в конкретных обстоятельствах»².

Родовая подсудность дел о защите прав потребителей определяется следующими положениями. В соответствии с п. 5 ч. 1 ст. 23 ГПК РФ дела по имущественным спорам при цене

² *Парций Я. Е.* Комментарий к Закону РФ «О защите прав потребителей»: постатейный. М.: Юнити, 2012. С. 121.

иска, не превышающей 50 тысяч рублей, подсудны мировому судье. Все остальные дела имущественного характера по искам потребителей подсудны районному суду (ст. 24 ГПК РФ).

Не менее интересен вопрос о судебных расходах по делам о защите прав потребителей. По общему правилу, иск подается в суд по месту нахождения ответчика и исковое заявление должно быть оплачено государственной пошлиной. При этом «по искам по защите прав потребителей закон делает исключение и освобождает потребителя от уплаты государственной пошлины» (ст. 17 Закона РФ от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей»³. Однако не все так однозначно. Налоговым кодексом Российской Федерации также предусмотрено освобождение потребителя, права которого нарушены от уплаты государственной пошлины, но с оговоркой, если цена иска не превышает 1 000 000 рублей. «В случае, если цена иска превышает 1 000 000 рублей, указанные плательщики уплачивают государственную пошлину в сумме, исчисленной в соответствии с подп. 1 п. 1 ст. 333.19 настоящего Кодекса и уменьшенной на сумму государственной пошлины, подлежащей уплате при цене иска 1 000 000 рублей»⁴.

Говоря о доказывании по делам о защите прав потребителей, следует вспомнить общие положения о доказывании, а именно, ст. 56 ГПК РФ: «каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом». В судебных спорах по делам о защите прав потребителей Закон РФ «О защите прав потребителей» переносит данную обязанность на продавца. Хотя и не во всех случаях.

В п. 28 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» рассмотрен вопрос

³ О защите прав потребителей : закон Рос. Федерации от 7 февраля 1992 г. № 2300-1 (в ред. от 02.07.2013 г.) // Рос. газета. № 8. 1996. 16 янв.

⁴ Налоговый кодекс Рос. Федерации. Часть 1 : федер. закон от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (в ред. от 28.12.2013 г.) // Рос. газета. № 148-149. 1998. 6 авг.

распределения бремени доказывания в спорах о защите прав потребителей. Верховный Суд РФ указывает, что «по общему правилу бремя доказывания обстоятельств, освобождающих от ответственности за неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательства, в том числе и за причинение вреда лежит на продавце, а не на потребителе (п. 4 ст. 13, п. 5 ст. 14, п. 5 ст. 23.1, п. 6 ст. 28 Закона о защите прав потребителей, ст. 1098 ГК РФ)».

Исключение предусмотрено для случаев продажи товара (выполнения работы, оказания услуги) ненадлежащего качества. В этой ситуации распределение бремени доказывания зависит от того, был ли установлен на товар (работу, услугу) гарантийный срок, а также от времени обнаружения недостатков.

Следовательно, по общему правилу бремя доказывать свою правоту и необоснованность претензии покупателя лежит на продавце.

В ст. 13 Закона РФ «О защите прав потребителей» закреплено положение об освобождении продавца (изготовителя) от ответственности перед потребителем. В частности, освобождение ответственности возможно в случае, если неисполнение обязательств или их ненадлежащее исполнение произошло вследствие непреодолимой силы.

На потребителя также возлагается обязанность доказывать в установленном законом порядке свою правоту в случае, если на товар был установлен гарантийный срок менее 2 лет, а недостатки появились после истечения гарантийного срока, но в пределах 2 лет. Если существенные недостатки товара обнаружены по истечении двух лет со дня передачи товара потребителю, в течение установленного на товар срока службы или в течение десяти лет со дня передачи товара потребителю в случае неустановления срока службы, потребитель также вправе предъявить свои требования, связанные с недостатками товара, если докажет, что недостатки возникли до передачи товара потребителю или по причинам, возникшим до этого момента.

Т. А. Федорова

ПРЕИМУЩЕСТВА АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

С начала 1990-х гг. российскому обществу предлагалась идея о главном, а в некоторых случаях и единственном, органе, разрешающем споры. В дореволюционной России, а также в советский период обращение в суд в народе понималось как крайний способ урегулирования конфликта.

Признание российским государством приоритета прав и свобод человека и гражданина обусловило принципиально новые подходы к пониманию и способам реализации конституционного принципа государственной (судебной) защиты. В частности, «предпринимаются попытки ликвидации конфликтов путем активного использования примирительных процедур, упрощения процедуры судопроизводства по делам, не представляющим сложности при установлении фактических обстоятельств дела. Также и отечественное судопроизводство эволюционирует в сторону расширения использования примирительных процедур»¹.

В последнее время в России и за рубежом все большее внимание уделяется вопросам альтернативного разрешения споров, а в правовых системах государств всего мира прослеживается четкая тенденция, направленная на упрощение и облегчение доступа к правосудию.

В Российской Федерации продолжается формирование законодательной базы в сфере альтернативного урегулирования (разрешения) правовых конфликтов (далее – АРС). Так, приняты законы о третейских судах и международном коммерческом арбитраже, о примирительной процедуре с участием посредника (медиации). «Стремление законодателя сформировать нормативную правовую базу в области АРС позволяет некоторым ученым ставить вопрос об активном формирова-

¹ Кузбагаров А. Н. Примирение сторон по конфликтам частноправового характера : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2006. С. 5–6.

нии (развитии) в современной России новой процессуальной отрасли права – права альтернативного разрешения споров или, с учетом правовой специфики, – частного процессуального права»².

Разрешение спора с помощью альтернативных форм имеет ряд достоинств, преимуществ перед разрешением спорных правоотношений в государственных судах.

Государственные суды в достаточной степени загружены делами. АРС – отличный внеюрисдикционный вариант для разгрузки государственных судов.

Сейчас судебная тяжба перестала быть нерядовым событием. Как итог – растущая динамика обращения в суды: выборочное обращение к судебной статистике показывает, что «в судах общей юрисдикции с 1992 г. количество гражданских дел возросло в 14 раз.

В системе арбитражных судов динамика не столь явная. Количество споров увеличилось в 2,5 раза – не столь значительно, как в судах общей юрисдикции, однако суммарно в стране обращение в суд с начала 90-х годов возросло весьма существенно»³.

Одним из положительных аспектов АРС является отсутствие публичности. «Необходимо учесть, что юрисдикционные процедуры по урегулированию конфликтов нередко приводят к разглашению конфиденциальной информации или огласке той информации, которую стороны конфликта хотели бы оставить в рамках их личных взаимоотношений. При этом, решение конфликтной ситуации в юридической плоскости нередко не соответствует представлению о справедливости, поскольку разрешение конфликта на уровне государственного органа происходит на основе подчинения формальным правилам законодательства. Такая ситуация, по верному замечанию А. А. Брыжинского, ведет к прекра-

² Курочкин С. А. Дискуссия о частном процессуальном праве // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 1.

³ Стрельцова Е. Г. Примирительные процедуры : проблемы законотворчества и правоприменения // Законы России : опыт, анализ, практика. 2011. № 10.

щению конфликта силовым решением, но не к его разрешению»⁴.

Не стоит забывать, что принимаемые в рамках различных форм АРС решения по конкретным конфликтам обладают добровольностью исполнения. К примеру, исполнение решений третейского суда осуществляется добровольно, а в случае неисполнения решения применяется процедура принудительного исполнения решения, установленная законодательством. В связи с этим нельзя не согласиться с Е. И. Носыревой, которая отмечает, что главной особенностью арбитража, отличающей его от всех других альтернативных форм разрешения правовых споров, является то, что «это единственная альтернативная процедура, в которой нейтральное лицо наделено правом вынесения обязательного для сторон решения, которое является окончательным и может быть принудительно исполнено с помощью судебного механизма»⁵.

Говоря о преимуществах внеюрисдикционных форм разрешения споров, стоит обратить внимание на возможность самостоятельного выбора лиц, рассматривающих и разрешающих спор. Из этого следует, что раз есть возможность самостоятельного выбора, то существует большое доверие к выбранным лицам, а следовательно, к принимаемым ими решениям.

Немаловажным достоинством является большая вероятность сохранения партнерских отношений. К примеру, коммерческие споры, которые возникают в результате долгосрочных и сложных отношений между сторонами, наиболее благоприятны для использования процедуры посредничества. Положительным моментом в посредничестве является то, что стороны, которые не смогли разрешить спор с помощью переговоров, получают дополнительный шанс на мирный исход дела – посредничество. «Посредничество позволяет сохранить в секрете коммерческие аспекты деятельности, деловые отношения между партнерами. Обычно достаточно одной-

⁴ Кирилловых А. А. Правовой конфликт в образовании : практика регулирования и альтернативные механизмы разрешения // Адвокат. 2012. № 10.

⁵ Носырева Е. И. Альтернативное разрешение споров в США. М., 2005.

двух встреч с посредником (при необходимости может быть и больше)»⁶.

Отдельного внимания заслуживает положение, касающееся «экономической эффективности».

Экономическая эффективность – соотношение результата и затрат на его получение. С. А. Курочкин утверждает, что «основными факторами экономического характера, определяющими выбор той или иной формы защиты права, являются размер спорного требования (цель – предполагаемый результат) и расходы, которые сторонам необходимо понести для разрешения дела (затраты на получение результата). Эти факторы могут быть формализованы»⁷. В своих трудах он опирается на исследования американского ученого Р. Познера, который, в свою очередь, предложил в качестве условия проведения судебного разбирательства следующее неравенство:

$$PpJ - C + S > PdJ + S - C,$$

где J – размер присужденной судом выплаты при выигрыше истца; Pp – вероятность выигрыша истца по оценке самого истца; Pd – эта же вероятность по оценке ответчика; C и S – издержки судебного разбирательства и договорного урегулирования соответственно для каждой из сторон⁸.

Думается, что для участников гражданского оборота не составит труда определить размер присуждаемой судом выплаты при выигрыше и в тех случаях, когда иск включает и иные (помимо денежных) требования. Р. Познер отмечает, что условие проведения судебного разбирательства можно записать и в таком виде:

$$J(Pp - Pd) > 2(C - S).$$

⁶ Практика рассмотрения коммерческих споров : анализ и комментарии постановлений Пленума и обзоров Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации / И. В. Решетникова, М. А. Рожкова, Д. А. Афанасьев [и др.] ; под ред. Л. А. Новоселовой, М. А. Рожковой. М. : Статут, 2011. Вып. 15. С. 215.

⁷ Курочкин С. А. Выбор между судебным разбирательством и альтернативными способами разрешения правовых споров как итог оценки их эффективности // Рос. юридический журнал. 2011. № 1. С. 153–161.

⁸ Pozner R. A. Etkonomicheskij analiz prava : v 2 t. [пер. с англ.] / под ред. В. Л. Тамбовцева. СПб., 2004. Т. 2.

«Если стороны одинаково оценивают вероятность выигрыша истца в случае судебного разбирательства, то левая часть неравенства будет равна нулю и дело будет урегулировано путем переговоров, поскольку разбирательство обойдется дороже; а *fortiori*, дело будет урегулировано путем переговоров, если одна из сторон пессимистичнее другой, так, что $P_p - P_d$ является отрицательным числом. Таким образом, в общем случае судебное разбирательство произойдет, только если обе стороны оптимистично оценивают его исход»⁹.

Подводя итоги, следует сказать, что, несмотря на большое количество положительных аспектов АРС, присутствуют и отрицательные моменты. Следует согласиться с тем, что среди проблем, сдерживающих становление и развитие цивилизованного АРС в современной России, можно выделить следующие: малочисленное или полное отсутствие нормативной базы (но законодатель работает в этом направлении), недостаточная информированность общества в целом и юридического сообщества в частности о несудебных формах защиты гражданских прав. Также причинами определенного невосприятия АРС является низкий уровень правовой культуры населения и отсутствие веры в реальную защиту своих прав со стороны закона.

Но в силу ряда преимуществ у альтернативных процедур разрешения споров есть будущее. Ведь АРС развивается в силу того, что стороны стремятся прийти к быстрому, взаимовыгодному и конфиденциальному способу решения спора, который позволит им сохранить партнерские отношения, чего не удастся достичь при разбирательстве в суде.

⁹ Курочкин С. А. Указ. соч.

ТРУДОВОЕ ПРАВО

Ю. И. Коренева

ОТСТРАНЕНИЕ ОТ РАБОТЫ РАБОТНИКА, СОВЕРШИВШЕГО ПРЕСТУПЛЕНИЕ

Отстранение от работы – это, исходя из смысла ст. 76 Трудового Кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ)¹, временное недопущение работника к исполнению трудовых обязанностей. Легального определения в ст. 76 ТК РФ не дано. Отстранение производится по основаниям, указанным в ТК РФ, и в иных случаях, предусмотренных федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

Недопустимы волевые действия работодателя, отстраняющего работника по своему усмотрению. В то же время отстранение от работы в случаях, предусмотренных законодательством, – это не право работодателя, а его обязанность².

Однако отсутствие в ст. 76 ТК РФ указания на цели и задачи отстранения от работы является, по мнению многих ученых, недостатком данного института, как и отсутствие четкой дефиниции «отстранение», что в целом, может спровоцировать как ущемление интересов работника в связи с применением статьи в соответствии с интересами работодателя, так и вообще невозможность использовать данный институт в определённых ситуациях. Соответственно, на практике возни-

¹ Трудовой Кодекс Российской Федерации : принят 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // Рос. газета. 2001. 31 дек.

² Орловский Ю. П. 500 Актуальных вопросов по Трудовому Кодексу РФ. Комментарии и разъяснения : практ. пособие. М. : Юрайт-Издат, 2007. С. 71.

© Коренева Ю. И., 2014

кает достаточно много проблемных моментов при отстранении работника, совершившего уголовное преступление.

Во-первых, в ст. 76 ТК РФ не указано прямо никаких оснований отстранения работника, связанных с фактом подачи заявления о совершении работником, например, хищения, и даже возбуждение уголовного дела к таким основаниям не относится. Работодатель не вправе отстранить данного сотрудника от работы³. Зачастую нахождение такого работника в коллективе и на рабочем месте становится для работодателя неприемлемым или по крайней мере нежелательным, и вопрос отстранения становится достаточно остро. Однако, при отсутствии прямых оснований в законе, в абзаце 6 ч. 1 ст. 76 ТК РФ указано, что сотрудник может быть отстранен от работы по требованию органов или должностных лиц, уполномоченных федеральными законами и иными нормативно-правовыми актами Российской Федерации. Эти положения и становятся отправной точкой в разрешении таких вопросов.

Стоит обратить внимание на ст. 114 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ)⁴, предусматривающую временное отстранение от должности. «1. При необходимости временного отстранения от должности подозреваемого или обвиняемого следователь с согласия руководителя следственного органа, а также дознаватель с согласия прокурора возбуждает перед судом по месту производства предварительного расследования соответствующее ходатайство. 2. В течение 48 часов с момента поступления ходатайства судья выносит постановление о временном отстранении подозреваемого или обвиняемого от должности или об отказе в этом. <...> 6. Временно отстраненный от должности подозреваемый или обвиняемый имеет право на ежемесячное пособие, которое выплачивается ему в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 131 настоящего Кодекса» (ежемесячное государственное пособие в размере прожиточного минимума трудоспособного населения в целом по Российской Федерации, выплачиваемое обвиняемому, временно отстраненному от должности, в порядке, установленном ч. 1 ст. 114 УПК РФ).

³ Белов В. А. Как правильно оформить отстранение от работы и увольнение в случае хищения // Кадровик.ру. 2012. № 1. С. 55–57.

⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : принят 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Рос. газета. 2001. 22 дек.

Таким образом, решение об отстранении работника остается на судебное усмотрение. Тем не менее, как показывает судебная практика, именно последнее положение ст. 114 обычно и является для суда решающим обстоятельством. Дело в том, что упомянутое пособие в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 131 УПК РФ относится к процессуальным издержкам. Деньги же на эти цели, как правило, в бюджете отсутствуют. Соответственно, судья чаще всего отклоняет ходатайство о временном отстранении от работы⁵.

Во-вторых, если обратиться к процессу, то расследование уголовного дела может длиться несколько месяцев и даже больше, и работодатель не может ни уволить данного работника по своей инициативе, ни отстранить от работы на этот срок.

Как же еще возможно разрешить сложившуюся ситуацию?

1. Допустить сотрудника к работе до момента вынесения судом соответствующего постановления. Вряд ли этот вариант является приемлемым для работодателя, особенно если работник, например, уличен в хищении и выполняет работу, связанную с материальными ценностями.

2. Временно перевести работника на должность, не связанную с обслуживанием материальных ценностей и денежными средствами (например, при хищении). Но без согласия работника перевод его на должность рангом ниже осуществить будет невозможно.

3. Расторгнуть трудовой договор с сотрудником по иным основаниям. На практике это либо увольнение по инициативе работника, либо более приемлемое для работодателя расторжение трудового договора «по соглашению сторон»⁶. Стоит отметить, что в данной ситуации бывает сложно прийти к консенсусу между работником и работодателем. Кроме того, важно, чтобы данное соглашение не было заключено под давлением со стороны работодателя, иначе увольнение может быть оспорено в судебном порядке.

4. Предложить работнику взять неоплачиваемый отпуск на время проведения разбирательства по делу, аргументировав это как с моральной точки зрения, в связи с дискомфортом

⁵ Белов В. А. Указ. соч.

⁶ Там же.

нахождения в коллективе, так и с практической – у работника появляется время на судебные тяжбы. Однако отпуск без сохранения заработной платы не может предоставляться при отсутствии волеизъявления работника, соответственно, могут возникнуть проблемы с получением такого волеизъявления.

Подводя итог, можно сказать, что проблем в данной сфере достаточно много. Возможно, улучшить сложившуюся ситуацию могло бы внесение некоторых изменений в ст. 76 ТК РФ, расширив перечень оснований отстранения⁷.

Так, предлагаем установить положение, при котором работодатель был бы вправе, до вступления в законную силу приговора суда, отстранить от работы (не допустить к работе) сотрудника, задержанного по месту работы в момент совершения уголовного преступления с момента приобретения им статуса подозреваемого в совершении данного преступления по основаниям, предусмотренным в ст. 46 УПК РФ, и при наличии подтверждения данного статуса работника соответствующим полномочным органом или уполномоченным должностным лицом. В случае же вынесения оправдательного приговора или признания данного лица невиновным в совершении преступления можно было бы предусмотреть положение, согласно которому работодатель обязан был бы выплатить такому отстраненному работнику компенсацию в размере, предусмотренном ст. 131 УПК РФ в отношении обвиняемого, временно отстраненного от должности.

Кроме того, необходимо ввести легальное определение «отстранения» и конкретизировать его цели в ТК РФ.

Полагаем, что указанные изменения могли бы положительно повлиять на данный институт.

⁷ *Пушкарь Я. А.* Отстранение от работы как основание приостановления трудового правоотношения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 156.

М. С. Пронина

ВЛИЯНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОГО АРЕСТА НА ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ

Исходя из положений Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТР РФ)¹, нельзя однозначно сказать, как следует поступать работодателю в случае, когда в отношении сотрудника его организации применяют административный арест. Законодательно не урегулирована подобная ситуация. На практике можно увидеть, что некоторые работодатели ограничиваются отстранением работника от исполнения его должностных обязанностей без сохранения заработной платы, другие же «идут на крайние меры» и увольняют таких сотрудников.

Можно сказать, что главной проблемой здесь будет возможность увольнения работника в связи с длительным отсутствием на рабочем месте или указанием в объяснительной записке в качестве причины отсутствия административного ареста. Одни работодатели считают, что если работник подвергся административному аресту, то он совершил виновное правонарушение и причину отсутствия нельзя признать уважительной. Другие приходят к выводу, что поскольку работник совершил виновное правонарушение, то он утратил доверие работодателя и его можно уволить по инициативе последнего. Третьи в данной ситуации находят возможным увольнение работника в связи с его наказанием, исключающим продолжение прежней работы в соответствии с приговором суда, вступившим в законную силу.

Как видим, на данном этапе решение вопроса о том, отнесется ли данная причина к разряду уважительных для отсутствия на рабочем месте, «дается на откуп» работодателю. Однако существует определенная судебная практика урегулирования подобного спорного момента. Ранее Президиум Верховного Суда СССР в постановлении «Об усилении ответ-

¹ Трудовой кодекс Российской Федерации : принят 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ // Рос. газета. 2001. 31 дек.

ственности за хулиганство»² разъяснял, что применение ареста, исправительных работ и штрафа за мелкое хулиганство – это мера административного взыскания, которая не влечет за собой судимости, не является основанием для увольнения с работы и не прерывает стажа работы. Сегодня схожую позицию можно найти в постановлении Московского областного суда³, где говорится о том, что назначение административного ареста нельзя отнести к неуважительным причинам отсутствия на рабочем месте, поскольку в данной ситуации от воли работника, от его желания или нежелания исполнять трудовые обязанности ничего не зависит. Можно сделать вывод, что увольнение работника по основаниям, указанным выше, в связи с его нахождением под административным арестом, не является законным.

Исключение составляют случаи, когда при совершении административного проступка, повлекшего наложение административного наказания, работник нарушил свои должностные обязанности (например, работник-водитель оставил место ДТП, участником которого являлся). Кроме того, увольнение в связи с наложением административного ареста будет возможно в том случае, если данное наказание назначено ввиду совершения работником мелкого хищения у работодателя. В данном случае работник может быть законно уволен на основании утраты доверия.

Также нельзя не заметить, что при наложении на работника административного ареста у работодателя формально появляется возможность уволить его в связи с дисквалификацией или наложением иного административного наказания, исключающего возможность исполнения работником обязанности по трудовому договору. Однако при внимательном про-

² О порядке применения Указа Президиума Верховного Совета СССР «Об усилении ответственности за хулиганство»: постановление Президиума ВС СССР от 26 июля 1966 г. № 5363-VI // Ведомости ВС СССР. 1966. № 30. Ст. 596.

³ Дело по иску о восстановлении на работе, взыскании заработной платы за время вынужденного прогула направлено на новое рассмотрение в связи с неправильным применением норм материального права: постановление Президиума Московского областного суда от 13 октября 2004 г. № 631. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=SOJ;n=984>

чтении положений статьи становится очевидным, что данное основание применимо только в случае наложения такого административного наказания, при котором работник в течение длительного периода времени не может исполнять свои трудовые обязанности, тогда как арест в таком случае будет лишь временным препятствием для исполнения трудовых обязанностей, поскольку его максимальный срок составляет 15 суток⁴ (в редких случаях 30 суток – за нарушение требований режима чрезвычайного положения или правового режима контртеррористической операции). В данной ситуации проблема возникнет лишь в том случае, если трудовой договор был заключен на короткий период и время пребывания под арестом «поглощает» большую часть срока действия трудового договора. Здесь действительно возможно увольнение работника по п. 8. ч. 1 ст. 83 ТК РФ. Однако следует учитывать, что увольнение по указанному основанию возможно только в случае невозможности перевода работника с его письменного согласия на другую имеющуюся у работодателя работу, которая может соответствовать квалификации работника или быть ниже. Очевидно, что для этого необходимо предлагать работнику работу, но, так как при административном аресте свидания невозможны, явно будет нарушен порядок увольнения и работник сможет обратиться в суд с требованием о восстановлении на работе и оплате вынужденного прогула. Согласно п. 4 ч. 1 ст. 83 ТК РФ в данном случае произвести увольнение также невозможно, поскольку административный арест не влечет судимости.

В заключение можно сказать, что необходимо более детальное урегулирование данного вопроса на законодательном уровне. Это поможет создать единообразную практику применения соответствующих норм и сократить количество трудовых споров в связи с незаконным увольнением по данным основаниям. Учитывая все имеющиеся сейчас пробелы в законодательном урегулировании этого вопроса, для работодателя важно быть внимательным в случае столкновения с подобной ситуацией.

⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : принят 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // Рос. газета. 2001. 31 дек.

Д. А. Семенихина

ОСОБЕННОСТИ МАТЕРИАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ РАБОТНИКА В РОЗНИЧНОЙ ТОРГОВЛЕ

За последние десятилетия розничная торговля изменилась до неузнаваемости: принцип самообслуживания сделал процесс покупок крайне удобным для покупателей. Однако для самих работников магазинов он таковым не является. По данным Национальной Коалиции предотвращения магазинных краж США, каждый 11-й человек когда-либо воровал в магазине¹. В России подобная статистика не ведется, но по отзывам самих продавцов в нашей стране доля таких потерь даже больше. Кроме того, устаревшие нормы отечественного законодательства, которые не отвечают специфике современных отношений, могут сделать работника легкой мишенью для мести или обогащения самого работодателя.

С одной стороны, если с работником заключен договор о полной материальной ответственности и у этого работника обнаружена недостача, то последний обязан доказать отсутствие своей вины в причинении ущерба. Как известно, в любом судебном процессе отрицательный факт доказать намного сложнее, чем положительный. С другой стороны, законодатель в ст. 239 ТК РФ предусмотрел возможность освобождения работника от материальной ответственности, если ущерб возник вследствие непреодолимой силы, нормального хозяйственного риска, крайней необходимости или необходимой обороны либо неисполнения работодателем обязанности по обеспечению надлежащих условий для хранения имущества, вверенного работнику. Именно ущерб при несоблюдении последнего условия является наиболее распространенной возможностью для работника, чтобы избежать материальной ответственности.

Так, работодатель может быть признан необеспечивающим нормальные условия хранения, если:

¹ URL: <http://www.shopliftingprevention.org/whatnaspoffers/nrc/publiceducstats.htm>

а) именно это привело к порче товара (например, при неисправности холодильного оборудования в продуктовых магазинах);

б) не была исключена возможность доступа третьих лиц, не ответственных материально именно за эту массу ценностей.

Третьими лицами могут быть и грузчики, осуществляющие погрузку и разгрузку товаров в месте наличия ценностей без контроля материально ответственных лиц (например, в ночное время), и директор организации. Потому заключение договора о полной материальной ответственности с пунктом о том, что руководитель организации имеет право беспрепятственно посещать склад в отсутствие работника, не уведомляя его, является незаконным. Однако самое распространенное – допуск к материальным ценностям продавцов, с которыми договор о полной материальной ответственности пока не заключен. В условиях существующей «текучки кадров» в данной сфере деятельности магазины постоянно проводят обучение новых сотрудников. Такое допущение, безусловно, является именно необеспечением работодателем нормальных условий хранения ценностей.

Кроме того, если работник не может выйти на работу, работодатели зачастую привлекают к работе сотрудников других магазинов сети (если такие имеются). Мера, с одной стороны, разумная и гуманная, но никак не обеспеченная трудовым законодательством. В Указаниях о порядке применения в государственной торговле законодательства, регулирующего материальную ответственность рабочих и служащих за ущерб, причиненный предприятию, учреждению, организации, утвержденных приказом Министерства торговли СССР от 19 августа 1982 г. № 169, сказано: если по состоянию здоровья или другим причинам работник не может лично передать числящиеся за ним ценности, их передача производится комиссией в установленном порядке. При этом в соответствии с п. 2.8 Методических указаний по инвентаризации имущества и финансовых обязательств, утвержденных приказом Министерства финансов Российской Федерации от 13 июня 1995 г. № 49, проверка фактического наличия имущества производится при обязательном участии материально ответственных

лиц. В ситуации, если работодателю необходимо продолжать работу с материальными ценностями, а работник не присутствует, передача товарных ценностей возможна, но, в случае выявления недостачи в результате проведения инвентаризации в отсутствие материально ответственного лица, возмещение недостачи за счет этого работника представляется крайне маловероятным. В сложившейся судебной практике суд становится на сторону работодателя только в тех случаях, когда есть доказательства недобросовестного обращения работника с вверенным ему имуществом (например, передача ключей от помещений третьим лицам – Бюллетень судебной практики Омского областного суда № 44 2010). В иных случаях требования работодателя не удовлетворяются (Апелляционное определение Судебной коллегии по гражданским делам Ярославского областного суда по делу № 33-3299/2012, Кассационное определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Республики Мордовия по делу №33-1844/12). Данное положение фактически обрекает владельцев магазинов в торговых центрах на невозмещение ущерба работниками, так как возможности приостановить обслуживание покупателей во время работы торгового центра зачастую нет по договору с самим центром, а значит, нет возможности для проведения инвентаризации в рабочее время или для закрытия помещения до выхода работника на работу.

И последний случай незащищенности товарных ценностей от третьих лиц – это беспрепятственный доступ самих покупателей. В связи с распространением магазинов самообслуживания отсутствие охранных систем является недопустимым. Радиочастотные, акустомагнитные и электромагнитные противокражные системы, системы слежения и видеонаблюдения, сверка чеков личных покупок работников – отсутствие таких мер делает невозможным контроль выноса товара. По сути, потери в таких условиях аналогичны потерям вследствие нормального хозяйственного риска.

Таким образом, одна из главных возможностей для работника доказать свою невиновность в недостаче материальных ценностей – это доказать необеспечение работодателем над-

лежащих условий для хранения имущества. Одни способы обеспечения этих условий (охранные системы) являются дорогостоящими, другие (проведение внеплановых инвентаризаций, изоляция товарных ценностей до выхода работника на работу) – невозможны в торговых центрах, где введен запрет на закрытие торговых площадей в рабочее время. Поэтому работодатель всегда стоит перед выбором, что для него дешевле: обеспечить условия сохранности имущества или терпеть потери от пропажи товара.

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО

А. В. Глодина

КОДЕКС АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Вопрос о необходимости создания модели автономного регулирования процедур разрешения административных дел в Российской Федерации поднимался и поднимается юристами уже на протяжении многих лет. Ученые приводят неоспоримые аргументы, обосновывающие некачественность и неэффективность существующей модели гражданско-правового судебного разбирательства, так как оно не отражает специфику дел этой категории и в связи с этим порождает целый ряд проблем. В науке уже давно сошлись во мнении, что необходимо формировать отдельную систему нормативно-правовой регламентации судебного порядка рассмотрения административных дел¹. Учеными юристами изданы многочисленные труды, и можно сказать, что в науке уже сформирована доктрина административного судопроизводства. Более того, судебная практика свидетельствует о том, что количество споров публично-правового характера растет с каждым годом.

До относительно недавнего времени законодатель, безусловно, понимал, но исключал актуальность практического значения административного судопроизводства и не видел необходимости выделения ее в отдельную отрасль. Адми-

¹ См.: *Щепкин Д. Ю.* Главные направления совершенствования производства по рассмотрению административных дел // Правовая наука и реформа юридического образования. 2013. № 3 (26). С. 76–83.

© Глодина А. В., 2014

нистративное судопроизводство – одно из 4 закрепленных в Конституции Российской Федерации видов судопроизводства, осуществляемое судами общей юрисдикции и арбитражными судами, имеет долгую, нелегкую и, к сожалению, до сих пор неопределенную судьбу. Сегодня мы не можем считать административное судопроизводство полностью самостоятельным.

21 мая 2013 г. Государственная Дума приняла в первом чтении проект № 246960-6 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС). В соответствии с проектом предлагается закрепить в отдельном законе нормы, регулирующие правила рассмотрения судами общей юрисдикции дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений.

Проект КАС имеет свои существенные достоинства. Из наиболее важных назовем то, что законодатель смог устоять под давлением – проект КАС не предусматривает изменения подведомственности дел, возникающих из административных и иных правоотношений. Не подлежат рассмотрению в порядке, установленном проектом Кодекса, дела, возникающие из публичных правоотношений и отнесенные Федеральным законом к компетенции Конституционного Суда Российской Федерации, конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, арбитражных судов, Дисциплинарного судебного присутствия или подлежащие рассмотрению в ином судебном порядке в судах общей юрисдикции². Достоинство проекта КАС и в том, что его положения не распространяются на производство по делам об административных правонарушениях, так как, на наш взгляд, очевидна невозможность объединения в одном законе этих различных институтов.

Отдельно отметим, что при регламентации административного судопроизводства в проекте были учтены нормы Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ), которые касаются производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, и которые оп-

² См.: *Старостин С. А.* Административное судопроизводство в РФ : проблемы и перспективы // ЧЕЛОВЕК : преступление и наказание. 2013. № 3 (82). С. 82.

равдали себя на практике. При разработке проекта приняты во внимание не потребовавшие существенной переработки такие устоявшиеся институты гражданского судопроизводства, как возбуждение производства по делу, возвращение искового заявления, оставление его без движения, отказ в принятии искового заявления, прекращение производства по делу, оставление заявления без рассмотрения. В этом нет ничего отрицательного, так как, на наш взгляд, это сделано в целях повышения уровня судебной защиты прав и законных интересов граждан и организаций и уменьшения риска судебной ошибки. Кроме того, большинство норм, которые «перешли» в новый Кодекс, прошли проверку временем и практикой и доказали свою эффективность.

Что же нового даст нам Кодекс административного судопроизводства?

Пункт 1 ст. 1 КАС закрепляет, что Кодекс регулирует порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении судами общей юрисдикции административных дел о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, а также порядок рассмотрения и разрешения других административных дел, возникающих из административных или иных публичных правоотношений и связанных с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью осуществления государственных или иных публичных полномочий.

КАС четко определяет перечень нормативно-правовых актов, которые составляют законодательство об административном судопроизводстве. В кодексе закрепляются некоторые термины из понятийного аппарата в области административного судопроизводства: административное дело, административное исковое заявление, административный истец, административный ответчик и др. Эти термины, как их содержание, так и количество, подвергаются критике, поэтому законодателю, возможно, стоило пересмотреть данные понятия и, прислушавшись к мнению ученых, скорректировать их, дополнив список следующими определениями: административный правовой акт, нормативно-правовой акт, админис-

тративные процедуры. По аналогии с положениями Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в КАС предусмотрена возможность разрешения гражданских исков о возмещении вреда (в том числе о компенсации морального вреда) при разрешении административного дела. Однако в Кодексе отсутствует механизм реализации данной нормы: не установлены порядок рассмотрения гражданских исков, правила собирания, исследования и оценки доказательств, обосновывающих гражданские иски, распределение бремени доказывания, меры обеспечения гражданского иска, возможности обжалования решения в части гражданского иска, процедура выдачи исполнительного документа. Думается, что суды вынуждены будут прибегать к аналогии закона.

Общие вопросы рассмотрения административных дел в судах общей юрисдикции очень схожи с положениями ГПК РФ. На наш взгляд, это неплохо, так как данные нормы уже зарекомендовали себя и проверены временем. Более того, к ним уже привыкли правоприменители, в первую очередь судьи. В целом новизна и полезность КАС заключается в значительной детализации всех основных институтов: от требований к заявлению, правового статуса участников, средств и процедуры доказывания, рассмотрения дела до особенностей порядка пересмотра решений и их исполнения³. Особенностью рассмотрения дел в соответствии с Кодексом административного судопроизводства РФ, в отличие от ранее действующего порядка, будет более активная роль суда (в частности, право суда истребовать доказательства по своей инициативе, право суда выходить за пределы оснований и доводов заявленных требований при проверке законности нормативных правовых актов).

В ст. 1 проекта перечислены категории дел, которые подлежат рассмотрению в порядке административного судопроизводства. К ним отнесены все категории дел, перечисленные в гл. 24–26.2 ГПК РФ. Отдельно стоит отметить, что разработ-

³ См.: *Старилов Ю. Н., Давыдов К. В.* Проект Кодекса административного судопроизводства РФ : основные концептуальные проблемы и пути их разрешения // *Административное судопроизводство в РФ : развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства.* Вып. 7. Воронеж, 2013. С. 1052.

чики Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации выделили новые категории административных дел:

– об оспаривании решений, действий (бездействия), касающихся государственной службы (в КАС данная категория дел детально не рассматривается);

– о прекращении деятельности средств массовой информации.

Проектом не предусмотрено участие мировых судей в рассмотрении административных дел по правилам, установленным КАС, исходя из значимости указанных дел.

Статья 3 КАС формулирует общие задачи административного судопроизводства, которые во многом повторяют задачи, перечисленные в ст. 2 ГПК РФ и ст. 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ). В обобщенном виде в них выражаются представления всего общества о необходимом и желаемом результате осуществления правосудия по административным делам. Все другие нормы административного процессуального права и деятельность субъектов процесса не могут противоречить названным общим задачам. Даже принципы играют подчиненную роль по отношению к конечным задачам правосудия и предназначены для выражения этих задач и определения методов их осуществления.

Закрепленные в проекте принципы судебного административного процесса основываются на нормах международного права. Кодекс детализирует общие принципы правосудия, реализуемые в любом из видов судопроизводства (независимость судей при осуществлении правосудия, равенство всех перед законом и судом, законность при рассмотрении дел, открытость судебного разбирательства, состязательность и равноправие сторон и др.), и указывает на особенности реализации ряда принципов при осуществлении административного судопроизводства.

Глава 3 КАС «Состав суда. Отводы» для повышения объективности и предоставления судьям возможности обсуждения вопросов, возникающих при разрешении наиболее сложных

административных дел, немного изменяет порядок, предусмотренный ГПК РФ и определяет перечень дел, подлежащих коллегиальному рассмотрению судом первой инстанции. В этот перечень включены конкретные категории административных дел (например, о расформировании избирательной комиссии), а также административные дела, решение о коллегиальном рассмотрении которых принимает председатель суда или суд вышестоящей инстанции, отменивший решение суда первой инстанции.

По ряду административных дел введено упрощенное (письменное) производство, особенностью которого является рассмотрение и разрешение административного дела на основании письменных материалов, без проведения устного разбирательства и без составления протокола судебного заседания. По результатам рассмотрения административного дела в таком порядке предполагается вынесение мотивированного судебного решения. Данный порядок предлагается использовать также для рассмотрения частных жалоб в суде апелляционной инстанции.

Сроки обращения в суд и большинство сроков рассмотрения и разрешения административных дел короче соответствующих сроков по гражданским делам (в соответствии с КАС срок разрешения вопроса о принятии административного искового заявления к производству будет составлять три дня со дня поступления в суд такого заявления, за исключением случаев, установленных КАС в ч. 1 ст. 129). В ГПК РФ назван иной срок – пять дней со дня поступления заявления в суд (ст. 133), что зависит от вида предъявленного административного иска, например по административным делам, касающимся проведения публичных мероприятий. Сокращение сроков рассмотрения и разрешения административных дел, наряду с иными новеллами (в том числе с существенно сокращенными сроками направления судебных документов), направлено на создание эффективного судебного средства правовой защиты, что, тем самым, реализует задачу своевременного рассмотрения и разрешения административных дел.

Нормы КАС о лицах, участвующих в административном деле, в основном повторяют нормы ГПК РФ, однако есть и некоторые изменения, о них скажем подробнее:

1. Процессуальное соучастие и коллективный иск.

КАС предусматривает две формы одновременного участия нескольких административных истцов и (или) административных ответчиков в одном административном деле. Это может быть либо процессуальное соучастие, либо обращение в суд с коллективным административным иском заявлением.

Положения, регулирующие процессуальное соучастие (ст. 43 КАС), практически полностью совпадают с соответствующими положениями ГПК РФ (ст. 40 ГПК РФ). Отличие состоит только в том, что КАС позволяет не проводить повторную подготовку и рассмотрение административного дела с самого начала, если процессуальный соучастник намерен вести дело через единого представителя или через уполномоченное лицо, действующих от имени всех истцов (ответчиков).

Возможность обратиться с коллективным административным иском заявлением закреплена в ст. 44 КАС. В ГПК РФ подобная форма представления интересов других лиц не предусмотрена, однако она закреплена в АПК РФ (глава 28.2 «Рассмотрение дел о защите прав и законных интересов группы лиц»).

Обращаться в суд с коллективным административным иском заявлением смогут только граждане. Для такого обращения необходимо одновременное соблюдение четырех условий: 1) многочисленность группы лиц или неопределенность ее членов, что затрудняет рассмотрение спора в индивидуальном порядке, а также совместную подачу административного искового заявления по правилам процессуального соучастия (не менее 20 лиц); 2) однородность предмета спора и оснований для предъявления членами группы соответствующих требований; 3) наличие общего административного ответчика (ответчиков); 4) использование всеми членами группы одинакового способа защиты своих прав.

2. Обязанность вести дела через представителя.

Для большей объективности и обеспечения равных процессуальных возможностей гражданина и государства, на-

правления судебного процесса в правовое русло предусмотрено обязательное ведение гражданами ряда административных дел с участием представителя. Авторы КАС предлагают установить дополнительное требование к лицам, которые могут быть представителями в суде, – наличие у них высшего юридического образования (ч. 1 ст. 57). Такого правила нет ни в ГПК РФ, ни в АПК РФ. Одновременно предлагается установить обязанность граждан вести дела только через представителя, если у заявителя нет высшего юридического образования, и только по административным делам, представляющим наибольшую сложность с точки зрения реализации гражданами своих процессуальных прав и обязанностей. Скорее всего, это объясняется сложностью административных дел, и, на наш взгляд, данное положение является положительной новеллой. Это повлияет и на качество судопроизводства, его оперативность и обеспечит право на получение квалифицированной юридической помощи, гарантируемое каждому в соответствии с ч. 1 ст. 48 Конституции РФ⁴.

При подаче административного искового заявления по такому делу административный истец, если он является гражданином и намерен вести дело самостоятельно, должен будет указать сведения о наличии у него высшего юридического образования, а также приложить к заявлению копии документов об образовании (ст. 127 и ст. 128). Если данное требование не будет соблюдено, суд оставит административное исковое заявление без движения (ст. 132).

В КАС описываются также ситуации, в которых суд назначает гражданину адвоката в качестве представителя (ч. 4 ст. 56). Такое возможно, если нет представителя либо у административного ответчика, место жительства которого неизвестно, либо у административного ответчика, в отношении которого решается вопрос о принудительной госпитализации или о принудительном психиатрическом освидетельствовании, а также в других предусмотренных Федеральным законом слу-

⁴ См.: *Шмалый О. В.* Современные тенденции развития административного судопроизводства // Наука и образование : хозяйство и экономика ; предпринимательство ; право и управление. 2013. № 11 (42).

чаях. Отметим, что в ГПК РФ указан только один подобный случай – ситуация, когда представитель отсутствует у ответчика, место жительства которого неизвестно (ст. 50 ГПК РФ).

3. Замена ненадлежащего ответчика.

Обеспечение судебной защиты прав участников публичных правоотношений обусловило необходимость корректировки по сравнению с ГПК РФ круга лиц, участвующих в деле. В связи с этим КАС предусматривается возможность привлечения надлежащего административного ответчика в качестве второго административного ответчика, если административный истец не согласен на замену ненадлежащего административного ответчика надлежащим. При оспаривании решений, действий (бездействия) должностного лица, государственного и муниципального служащего в качестве второго административного ответчика обязательно должен привлекаться орган, в котором исполняют свои обязанности должностное лицо, государственный или муниципальный служащий.

Определение доказательств по административному делу, их относимость, допустимость и остальные основные институты доказывания остаются неизменными.

Что же нового привносит проект Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации?

1. Бремя доказывания законности принятых нормативных актов, решений, действий (бездействия) ложится на органы, организации и должностные лица, наделенные государственными или иными публичными полномочиями (ч. 2 ст. 64 КАС). Схожая норма содержится и в действующей редакции ГПК РФ (ч. 1 ст. 249), однако в ней не упоминается про «организации», поскольку, как было отмечено выше, данным Кодексом не предусмотрено оспаривание решений, действий (бездействия) организаций, обладающих отдельными властными полномочиями.

Данная норма конкретизируется ч. 2 ст. 64 КАС. Органы, организации и должностные лица обязаны подтверждать фактические данные, на которые они ссылаются как на основание своих возражений.

2. КАС определяет предмет доказывания в отношении административных истцов и иных лиц, обратившихся в защиту

чужих прав, свобод и интересов. Они не обязаны доказывать незаконность оспариваемых нормативных правовых актов, решений, действий (бездействия), но обязаны:

– указывать, каким нормативным правовым актам, по их мнению, противоречат данные акты, решения, действия (бездействие);

– подтверждать сведения о том, что оспариваемым нормативным правовым актом, решением, действием (бездействием) нарушены или могут быть нарушены права, свободы и законные интересы административного истца или неопределенного круга лиц либо возникла реальная угроза их нарушения;

– подтверждать иные фактические данные, на которые ссылаются как на основание своих требований.

В начале 2013/14 учебного года многие были практически уверены, что к моменту его завершения Кодекс административного судопроизводства уже вступит в свою законную силу. Казалось, что наконец-то Президент РФ и законодатель поняли необходимость совершенствования административно-процессуального законодательства. Однако изменений не произошло...

В этом можно найти и положительное – законодатель оставил время для устранения противоречий. Хочется надеяться, что все-таки процесс принятия Кодекса в скором времени получит свое логическое завершение. Стимулом послужит происходящее объединение Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, судов общей юрисдикции и арбитражных судов нижестоящих уровней, таким образом, образующее единую судебную систему. Как говорят, все это позволит снять острую проблему определения подведомственности дел. Предполагается, что вместо Гражданского процессуального Кодекса и Арбитражного процессуального Кодекса будет принят один новый Кодекс. Из этого логично сделать вывод, что главы о делах, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, не будут включены в новый общий Кодекс. Вместо этого будет принят долгожданный Кодекс административного судопроизводства.

В заключение отметим, что, несомненно, принятие Кодекса административного судопроизводства Российской Федера-

ции будет серьезным шагом в направлении повышения эффективности административного законодательства, однако не разрешит окончательно задачу формирования административной юстиции⁵. В юридической доктрине давно ведется дискуссия о необходимости формирования специализированных административных судов. Аргументов высказано много и все они так убедительны, что остается надеяться, что именно создание административных судов будет следующим этапом в развитии административного процесса (административного судопроизводства).

В настоящее время мы являемся свидетелями очень важного этапа создания эффективной административной юстиции. Законодателю предстоит весьма сложная и напряженная работа, которая положит конец (а скорее всего «откроет новое дыхание») затянувшейся полемики об административной юстиции, административном судопроизводстве в Российской Федерации.

⁵ Шмалый О. В. Современные тенденции развития административного судопроизводства // Наука и образование : хозяйство и экономика ; предпринимательство ; право и управление. 2013. № 11 (42).

А. Н. Голикова

ТАМОЖЕННО-ТАРИФНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ В ТАМОЖЕННОМ СОЮЗЕ И В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Россия, будучи членом Таможенного союза (куда помимо нее входят Республика Беларусь и Республика Казахстан), как и каждое государство, регулирует внешнюю торговлю товарами, используя меры таможенно-тарифного регулирования.

Что означает понятие «таможенно-тарифное регулирование»? К сожалению, Таможенный кодекс Таможенного сою-

за¹ (далее – ТК ТС) ответ на этот вопрос не дает, равно как и Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 311 «О таможенном регулировании в Российской Федерации»², где лишь упоминается, что таможенно-тарифное регулирование является частью таможенного дела.

Указанное понятие раскрывает Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164 «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»³ в п. 24 ст. 2, определяя его как метод государственного регулирования внешней торговли товарами, осуществляемый путем применения ввозных и вывозных таможенных пошлин.

Понятие «таможенная пошлина» закреплено на международном и национальном уровнях. Согласно п. 25 ст. 4 ТК ТС, таможенная пошлина – обязательный платеж, взимаемый таможенными органами в связи с перемещением товаров через таможенную границу.

Роль Федеральной таможенной службы России (далее – ФТС) в пополнении российского бюджета неуклонно возрастает. В 1995 г. таможенные платежи составляли 25 % федерального бюджета РФ, в 2001 г. – 36, в 2006 г. – 45,6, в 2012 г. – 51,2, а в 2013 г. – 54 %.

С 2006 по 2013 г. таможенники собрали более 2 триллионов долларов США⁴. В 2012 г. сумма доходов федерального бюджета, администрируемых таможенными органами, составила 6 триллионов 579 миллиардов рублей⁵, в 2013 г. – 6 триллио-

¹ Таможенный кодекс Таможенного союза : федер. закон от 2 июня 2010 г. № 114-ФЗ «О ратификации Договора о Таможенном кодексе Таможенного союза» (с изм. от 27.11.2010 г.) // Рос. газета. 2010. 4 июня ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 23. Ст. 2796.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 48. Ст. 6252 ; 2013. № 51. Ст. 6682.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 50. Ст. 4850 ; 2013. № 48. Ст. 6166.

⁴ См.: Зыкова Т. Таможня готова к электронному взаимодействию // Таможенный вестник. 2013. № 3 ; Сведения о поступлении таможенных и иных платежей в доход федерального бюджета. URL: <http://www.customs.ru> (дата обращения: 15.01.2014).

⁵ См.: Зыкова Т. Указ. соч.

нов 460 миллиардов рублей⁶, а за три месяца 2014 г. – 1 триллион 628 миллиардов рублей⁷. Однако и это не предел, существуют проблемы, связанные с контрабандой, контрафактом и интернет-торговлей, которые, в свою очередь, создают определенные сложности с пополнением федерального бюджета, а точнее его непополнением. Об этой проблеме неоднократно упоминает руководитель ФТС России А. Бельянинов в общении со СМИ.

В теории выделяют различные виды таможенных пошлин. Основными считаются ввозная и вывозная таможенные пошлины.

Ставки вывозных (экспортных) таможенных пошлин устанавливаются на уровне государств – членов Таможенного союза, применительно к России – постановлением Правительства РФ от 30 августа 2013 г. № 754 «Об утверждении ставок вывозных таможенных пошлин на товары, вывозимые из Российской Федерации за пределы государств – участников соглашений о Таможенном союзе и о признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации»⁸ и приказом Министерства экономического развития РФ от 15 апреля 2013 г. № 197 «О мониторинге цен на нефть сырую марки «Юралс» на мировых рынках нефтяного сырья (средиземноморском и роттердамском) и на отдельные виды товаров, выработанных из нефти, и о расчете ставок вывозных таможенных пошлин на нефть сырую и отдельные категории товаров, выработанных из нефти»⁹.

В Республике Казахстан ставки вывозных таможенных пошлин на отдельные виды товаров устанавливаются постановлением Правительства Республики Казахстан от 7 июня 2010 г. № 520 «О ставках таможенных пошлин Республики Казахстан» (по состоянию на 11.03.2014 г.)¹⁰.

⁶ См.: Сведения о поступлении таможенных и иных платежей в доход федерального бюджета. URL: <http://www.customs.ru> (дата обращения: 15.01.2014).

⁷ См.: Там же.

⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 36. Ст. 4582.

⁹ Таможенный вестник. 2013. № 9.

¹⁰ Информационный портал Казахстана «ZAKON.KZ». URL: <http://online.zakon.kz/Document/> (дата обращения: 15.02.2014).

В Республике Беларусь ставки вывозных таможенных пошлин устанавливаются Указами Президента Республики Беларусь от 31 декабря 2010 г. № 716 «О ставках вывозных таможенных пошлин» № 149¹¹ или от 9 октября 2010 г. № 522 «Об установлении ставок вывозных таможенных пошлин на лесоматериалы»¹².

Ввозные (импортные) таможенные пошлины закреплены в Едином таможенном тарифе Таможенного союза (далее – ЕТТ ТС)¹³.

В ст. 3 Соглашения о таможенно-тарифном регулировании¹⁴ от 25 января 2008 г. закреплено понятие ЕТТ ТС – свод ставок таможенных пошлин, применяемых к товарам, ввозимым на единую таможенную территорию из третьих стран, систематизированный в соответствии с Единой товарной номенклатурой внешнеэкономической деятельности.

ЕТТ ТС состоит из 21 раздела и 97 групп. Каждый раздел, равно как и группа, имеет свое наименование. Например, группа 01 – живые животные, 02 – мясо и пищевые мясные субпродукты, 03 – рыба и ракообразные, моллюски и прочие водные беспозвоночные, 55 – химические волокна и т.д. В свою очередь группы подразделяются на позиции, субпозиции. В судебной практике РФ встречаются случаи неправильного декларирования товаров, ошибок при выборе классификационного кода. Доля таких дел в общей массе судебных дел

¹¹ URL: <http://www.customs-union.com/документы/указ-президента-рб-от-31-декабря-2010> (дата обращения: 15.02.2014).

¹² URL: <http://www.customs-union.com/документы/указ-президента-рб-от-9-октября-2010-г> (дата обращения: 15.02.2014).

¹³ Об утверждении единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Таможенного союза и Единого таможенного тарифа Таможенного союза : решение Совета Евразийской экономической комиссии от 16 июля 2012 № 54 (в ред. от 25.02.2014 г.) // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.tsouz.ru/> (дата обращения: 23.07.2012).

¹⁴ О едином таможенно-тарифном регулировании : соглашение между Правительством РФ, Правительством Республики Беларусь и Правительством Казахстан от 25 января 2008 г. (в ред. от 25.09.2013 г.) : федер. закон № 253 «О ратификации соглашения О едином таможенно-тарифном регулировании от 22.12.2008» // Рос. газета. 2008. 26 дек. ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. 29 дек. Ст. 6208.

с участием таможенников невелика. В работе Воронежской таможни нами было посчитано количество дел с ошибкой в выборе классификационного кода за последние 3 года. В 2011 г. из 21 дела, рассмотренного в Арбитражных судах (без учета дел, рассмотренных в судах общей юрисдикции) с участием Воронежской таможни, выявлено только 3 дела. В 2012 г. из 61 дела – 3. В 2013 г. из 80 дел – 9. Отметим, что большинство решений по данной категории дел выносятся не в пользу таможни.

По Соглашению о таможенно-тарифном регулировании от 25 января 2008 г. сфера действия ЕТТ распространяется только на ввозимые (импортные) товары. Дефиниция таможенного тарифа на вывозимые (экспортные) товары отсутствует как в законодательстве Таможенного союза, так и в национальном законодательстве РФ. Ранее определение таможенного тарифа содержалось в ст. 2 Закона РФ от 21 мая 1993 г. № 5003-1 «О таможенном тарифе»¹⁵. В связи с этим предлагаем внести в закон статью 2.1 «Таможенный тариф Российской Федерации». Под таможенным тарифом в Российской Федерации следует понимать свод ставок таможенных пошлин, применяемых к товарам, вывозимым (экспортируемым) из Российской Федерации в третьи страны, не являющиеся членами Таможенного союза.

Вступление России во Всемирную торговую организацию (ВТО) потребовало поэтапного снижения ввозных и вывозных таможенных пошлин. Такая необходимость предусмотрена нормами ВТО, поэтому Совет Евразийской экономической комиссии в 2012 г. утвердил новые редакции единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Таможенного союза и ЕТТ ТС. Проанализировав ставки ввозных таможенных пошлин Таможенного союза, можно сделать вывод о том, что ставки неуклонно понижаются и на сегодняшний день менее удобны для расчета суммы выплаты таможенной пошлины за перемещаемый товар. Например, ставки вывозных таможенных пошлин до 2012 г. на пресноводную живую рыбу

¹⁵ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 23. Ст. 821 ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 10. Ст. 953.

устанавливалась в размере 10%¹⁶, сейчас – 9%¹⁷. На сушеные финики раньше – 10 %, сейчас – 5 %. На макаронные изделия прочие (сушеные) – 15 %, но не менее 0,06 евро за 1 кг, сейчас – 13 %, но не менее 0,05 евро за 1 кг. На жевательную резинку без сахара (полуфабрикат) – 20 %, но не менее 1,2 евро за 1 кг, сейчас – 12,5 %, но не менее 0,5 евро за 1 кг и т.д.

Доля импорта в потреблении россиянами в процентном соотношении по отдельным видам товаров составляет: 69,1 % – на лекарственные средства, 62,4 – на говядину, 47,8 – на сыры, 47,1 – на мебель, 41,1 – на бытовые стиральные машины, 36,0 – на легковые автомобили, 35,3 – на сливочное масло¹⁸, а также около 90 % приходится на кожаную обувь, около 60 % на молоко, около 30 % – на свинину¹⁹.

Доля импортных готовых лекарственных форм на российском фармацевтическом рынке выросла с 58 % в 2000 г. до 90 % в 2012 г., а согласно данным, опубликованным в начале февраля 2014 г. в «Российской газете», сократилась и составила 69,1 %. Из 2500 лекарственных субстанций, производимых в мире, Китайская Народная Республика производит 1350, а РФ – 100. Из 394 препаратов, входящих в перечень жизненно важных лекарственных средств, в начале 1990-х гг. из отечественного сырья производилось 153 лекарства, а в 2012 г. – 21²⁰.

Основным импортером обуви в РФ, по данным таможенной статистики ФТС России является Китай. Его доля на российском рынке составила 78 % в 2012 г. Далее обувь поступает из Таиланда, Италии и Вьетнама и составляет 9, 4 и 2,5 %, соответственно.

¹⁶ Единый таможенный тариф Таможенного союза. М. : Проспект, 2010.

¹⁷ Об утверждении единой Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности Таможенного союза и Единого таможенного тарифа Таможенного союза : решение Совета Евразийской экономической комиссии от 16 июля 2012 г. № 54 (в ред. от 25.02.2014 г.) // Официальный сайт Евразийской экономической комиссии. URL: <http://www.tsouz.ru/> дата обращения: 23.07.2012).

¹⁸ См.: Фомченко Т. Пятое колесо // Рос. газета. 2014. 6 февр.

¹⁹ См.: Миркин Я. Хроники пикирующего рубля // Рос. газета. 2014. 3 февр.

²⁰ См.: Михайлин А. Фактор ВТО // Международная экономика. 2013. № 12. С. 49.

соответственно, на остальные страны приходится 6,5 % всего импорта²¹.

В начале февраля 2014 г. прошел съезд Национального союза производителей молока («Союзмолоко»), на котором подвели итоги уходящего года: у переработчиков молоко подорожало почти на 15 %, сливочное масло – на 25, сыр – на 30 %. В рознице молочная продукция подорожала почти в два раза²².

В союзе считают, что рост цены произошел из-за резкого снижения производства молока отечественными производителями, а возникший дефицит на полках магазинов восполнили фальсификаты. Участники съезда «Союзмолоко» считают, что отечественным производителям необходима господдержка (пролонгация инвестиционных кредитов, увеличение компенсации процентной ставки), а также программа по развитию сельскохозяйственной отрасли в сфере производства молока и молочной продукции²³. Кроме того, 21 апреля 2014 г. в Кремле обсудили вопросы обеспечения устойчивого развития сельскохозяйственных территорий. В. В. Путин отметил о необходимости активизации финансовой поддержки сельскохозяйственных предприятий со стороны местных властей²⁴.

Импорт мяса обусловлен недостаточностью его производства внутри страны, исходя из суточной нормы потребления на душу населения. Производство мяса в Беларуси составляет 102 кг/год, в Казахстане – 57 кг/год, а в России – 50 кг/год. Согласно приказу Министерства здравоохранения и социального развития РФ от 2 августа 2010 г. № 593н²⁵ рациональная норма потребления мяса и мясопродуктов на одного человека составляет 70–75 кг/год, что в пересчете на ежедневный рацион равно примерно 200 г²⁶ (фактически 137 г мяса вместо необходимых 200 г).

²¹ См.: *Бартевев С. А., Буренин В. А., Медведев В. П., Сельцовский В. Л.* Особенности импорта потребительских товаров длительного пользования из Китая в Россию // *Российский внешнеэкономический вестник*. 2013. № 12. С. 62.

²² См.: *Узбекова А.* Цены скисли // *Рос. газета*. 2014. 6 февр.

²³ См.: Там же.

²⁴ URL: <http://www.1tv.ru/news/polit/256974> (дата обращения: 21.04.2014).

²⁵ *Рос. газета*. 2010. 15 окт.

²⁶ Там же.

Таким образом, можно сделать вывод, что для отечественных товаропроизводителей существует ряд проблем – это и отсутствие соответствующей государственной поддержки отраслей экономики, и низкая конкурентоспособность отечественных товаропроизводителей, которая зависит не только от устаревших технологий и менеджеров, но и от нехватки квалифицированной рабочей силы, и мн. др.

Д. А. Соловьева

**АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС
ГЕРМАНИИ КАК ОБРАЗЕЦ ВОЗМОЖНОЙ МОДЕЛИ
АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Чарльз Кеттеринг говорил: «Правильно поставленная проблема – уже наполовину решена». Действительно, чрезвычайно важно перед каждым начинанием представлять желаемый результат и понимать, каким образом его можно добиться. Подобная проблема наблюдается в элементах административной процедуры, которые представляли собой разрозненные, несобранные в единый кодифицированный документ нормы права, и в вопросе их объединения в единый источник. Необходимо определить, какова наилучшая форма их правового выражения. Как правило, выбор делается между процессуальным кодексом, включающим в себя все административные процессы, и специальными процессуальными законами, относящимися к конкретным областям администрирования.

На сегодняшний день Россия – одна из стран, которые стоят перед таким выбором, потому что здесь проблема административного процесса не получила своего решения. Отсутствие практического применения дискуссий по этому вопросу

наблюдается как в юридическом плане, которое выражается в отсутствии единого нормативного акта, устанавливающего административно-процессуальную деятельность, так и в теоретическом плане – в неоднозначном понимании сущности административного процесса.

В связи с тем, что законодатель больше склоняется к созданию единого кодифицированного акта, регулирующего данный вопрос, целесообразно обратиться к опыту Германии, которая является страной, преуспевающей в развитии административно-процессуального законодательства. Административно-процессуальный кодекс Германии¹ имеет ряд положительных моментов.

1. Он вносит порядок и последовательность в то, как административные органы используют свои полномочия. Порядок и последовательность, в свою очередь, служат эффективности и экономности принятия решений.

2. Нет необходимости каждый раз разрабатывать процедуры при появлении новых административных дел. Вместо этого Кодекс формулирует общий, установленный знаменатель, соответствующий разнообразным видам административного действия, который может быть добавлен или модифицирован при необходимости.

3. Кодекс устанавливает минимальные стандарты, соблюдение которых необходимо во всех областях администрирования. Существует возможность риска, которая заключается в том, что без единого кодекса процедуры будут сильно варьироваться от контекста к контексту, при этом одни из них могут превосходить требования общего кодекса, другие неизбежно будут недостаточны. Наличие единого кодификационного акта не гарантирует отступлений от него: в некоторых областях устанавливаются специальные процедуры, а в других послабления кодекса будут вполне оправданны. Принимая во внимание тот факт, что процессуальные вопросы не всегда привлекают внимание законодателей, существование кодекса становится особенно важным.

¹ См.: Сборник законодательных актов отдельных государств по административной юстиции. Алматы, 2013. С. 828.

4. Административно-процессуальный кодекс Германии – это декларация общих принципов: открытость и прозрачность, обоснованность и беспристрастность, которые должны применяться в административном контексте. Четкое законодательное закрепление принципов является как указанием для администраторов, так и стандартом, относительно которого могут быть оценены их действия.

Обратившись к российскому законодательству, можно увидеть сходство Административно-процессуального кодекса Германии с Гражданским процессуальным кодексом Российской Федерации² (далее – ГПК РФ) и Арбитражным процессуальным кодексом Российской Федерации³ (далее – АПК РФ). Данное обстоятельство еще раз подтверждает возможность заимствования опыта Германии при создании единого кодекса, который бы регламентировал административные процедуры в России. Однако для сравнения необходимо брать не отдельно взятые кодексы, а проводить параллель между Административно-процессуальным кодексом Германии и совокупностью ГПК РФ и АПК РФ, что позволит увидеть все множество кодифицированных норм, регламентирующих административные процедуры.

Кодексы Германии и России имеют много общего в терминологии. Например, стороной в административном процессе в обоих случаях могут быть физические и юридические лица, коммерческие и некоммерческие организации. При этом в Германии субъектом обращения могут быть все вышеперечисленные лица в рамках единой правовой основы, а в России существуют две правовые основы: ГПК РФ регламентирует дела, касающиеся физических лиц и организаций, а АПК РФ регулирует производство по делам об обращениях юридических лиц и коммерческих организаций. Наличие данного нюанса не позволяет унифицировать административно-процессуальное законодательство в России.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138 // Рос. газета. 2002. № 220.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 24 июля 2002 г. № 95 // Рос. газета. 2002. № 137.

Целесообразно упомянуть о большом сходстве тех категорий дел, которые рассматриваются в соответствии с упомянутыми выше нормативно-правовыми актами. К ним относятся дела, возникающие из публичных правоотношений, если их рассмотрение не находится в компетенции других судов. Из этого следует, что в административной подсудности находятся дела об оспаривании (обжаловании) действий и решений органов публичного управления, споры о законности административных актов, а также имущественные требования из добровольно понесенного ущерба в интересах общества и из публично-правового хранения.

При таком пересечении и аналогичности базовых понятий в нормативно-правовых актах разных государств мы можем говорить о возможности заимствования опыта Германии в сфере административной юстиции. Несмотря на сходство во многих моментах, Административно-процессуальный кодекс Германии содержит в себе много черт, несвойственных отечественному праву, и их заимствование могло бы дать толчок развитию и совершенствованию некоторых сторон российского административного права. Например, в Российской Федерации, в отличие от Германии, нет кодифицированного законодательства об административных процедурах, которые заменяют административные регламенты. Однако преимущество немецкого кодекса в том, что все нормы содержатся в едином источнике, и это делает его более унифицированным, сокращает вероятность возникновения коллизий в праве, регулирующем административные процедуры. Это является существенным моментом, положительно характеризующим кодекс и позволяющим нам рассматривать Административно-процессуальный кодекс Германии как один из источников заимствования права.

Ю. В. Угрюмова

**РЕФОРМИРОВАНИЕ АДМИНИСТРАТИВНОГО
СУДОПРОИЗВОДСТВА В СУДАХ
ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ И АРБИТРАЖНЫХ СУДАХ:
ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ РЕАЛИЗАЦИИ**

Совершенствование и развитие административной юстиции – важная гарантия прав невластных субъектов, это логическое завершение реализации административной реформы в нашей стране. В рамках данного процесса рассматриваются два взаимосвязанных вопроса: 1) создание административной (внесудебной и досудебной) процедуры рассмотрения административных дел; 2) совершенствование административного судопроизводства в судах¹.

Остановимся подробнее на втором вопросе. Речь идет об административном судопроизводстве – сложном комплексном институте публичного права и о реализации этого института в качестве самостоятельной формы российского правосудия. До сих пор на законодательном уровне нет четкости в определении административного судопроизводства, хотя под административным судопроизводством чаще всего понимают рассмотрение любого административного дела судами в общем порядке. Однако представляется, что административные дела имеют свою специфику, что не позволяет в силу правовой природы их рассматривать аналогично гражданско-правовым делам.

В соответствии с п. 2 ст. 118 Конституции Российской Федерации судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства². Однако положение Конституции Россий-

¹ См.: *Панова И. В.* Административное судопроизводство и процедура внесудебного, досудебного рассмотрения административных дел // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.* 2007. № 4.

² Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ) // *Собр. Законодательства Рос. Федерации.* 2014. № 3. Ст. 851.

ской Федерации о данном виде судопроизводства носит скорее декларативный характер и нуждается в более детальной регламентации. И Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – АПК РФ), и Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – ГПК РФ) регулируют лишь часть вопросов разрешения споров, требующих рассмотрения в рамках административного судопроизводства.

Реформирование административного судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах с целью его совершенствования требует решения как законодательных, так и организационных задач. Основные проблемы административного судопроизводства на сегодняшний день: проблемы подведомственности рассмотрения административных дел, презумпция невиновности невластного субъекта, административный порядок рассмотрения дел. В связи с этим необходимо идти путем одновременного внесения изменений по проблемам административного судопроизводства в ГПК РФ, АПК РФ и Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях. Целью подобных изменений должно стать снижение нагрузки на судей и улучшение качества отправления правосудия, а главное – повышение гарантий защиты прав граждан и других невластных субъектов.

В настоящее время существуют правовые коллизии, возникающие при рассмотрении административных дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах. Единственным решением сложившейся ситуации является более четкое законодательное разграничение подведомственности между этими судами.

Что касается мнений ведущих российских ученых по этим вопросам, то они также разнятся.

Приходько И. А. сделал акцент на том, что сильного разграничения и отличий между гражданским и административным процессом не наблюдается. Административные дела должны рассматриваться в рамках искового производства с некоторыми особенностями. Им также была полностью отвергнута идея создания самостоятельных административных судов.

Бахрах Д. Н. отметил, что проблема административного судоустройства это не столько организационная, сколько процессуальная. Необходимо совершенствовать процессуальное законодательство, регламентирующее рассмотрение административных дел³.

Чирнинов А. М. утверждает, что при отсутствии четко проработанной концепции административной юстиции не следует создавать систему административных судов и ломать уже сложившуюся судебную систему⁴.

Предлагаются следующие направления реформирования:

1) создание самостоятельных административных судов;
2) принятие единого федерального конституционного закона, который будет определять процедуру рассмотрения дел, возникающих из административных правоотношений, как в судах общей юрисдикции, так и в арбитражных судах (например, Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации);

3) реформирование (усовершенствование) административного судопроизводства в рамках существующих судебных систем путем внесения соответствующих изменений в АПК РФ и ГПК РФ.

Сторонники образования административных судов обращают внимание на следующее: 1) конституционное положение, закрепляющее наравне с конституционным, гражданским, уголовным административное судопроизводство, образует основу для завершения формирования института административной юстиции в России, создания эффективного инструмента защиты прав и свобод граждан, разработки соответствующих законодательных актов; 2) принятием Государственной Думой Федерального Собрания РФ в первом чтении текста законопроекта Кодекса административного судопроизводства РФ в мае 2013 г. сделан еще один важный шаг вперед в развитии института административной юстиции в России.

³ См.: Бахрах Д. Н. Административное судопроизводство в России в начале XXI века // Полицейское право. 2007. № 1. С. 11–16.

⁴ См.: Чирнинов А. М. Некоторые проблемы создания административных судов в Российской Федерации // Политика, государство и право. 2012. № 5.

Наиболее полно и аргументировано необходимость создания административных судов в России на современном этапе исследована Ю. Н. Стариловым. К основным причинам создания административного судопроизводства он относит: во-первых, закрепление в Конституции РФ норм-принципов, направленных на обеспечение соответствия судебной системы России стандартам правового государства; во-вторых, необходимость приведения судебной системы РФ в соответствие с международными правовыми стандартами⁵.

Из других предпосылок ученые-административисты выделяют следующее: в силу сложности споров, возникающих из административно-властных отношений, назрела необходимость выделения судебской специализации по административным делам; кроме того, создание специализированных административных судов способно значительно расширить правовые гарантии личности, обеспечить права и свободы граждан.

Наиболее приемлемым, эффективным, по мнению ряда ученых, является не изменение устоявшихся судебных систем и создание административных судов, а реформирование административного судопроизводства в судах общей юрисдикции и арбитражных судах с целью его совершенствования. При создании административного судопроизводства в рамках судов общей юрисдикции и арбитражных судов имеется ряд положительных аспектов:

- экономический – финансовые затраты на проведение данной реформы будут меньше, чем на создание административных судов;
- организационный – не будут производиться серьезные изменения существующей судебной системы;
- нормотворческий – необходимо будет внести соответствующие изменения в уже имеющиеся законодательные акты: в АПК РФ, ГПК РФ, Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации».

⁵ См.: Старилов Ю. Н. «Перестройка» административного права : от «слома» «административно-командного управления» до эффективных административных процедур и Кодекса административного судопроизводства // Административное право : развитие теоретических основ и модернизация законодательства. 2013. № 8.

Таким образом, актуальность проблемы создания административных судов бесспорна, поскольку в сфере государственного управления, регулирования и контроля находятся, так или иначе, все граждане и юридические лица, и создание единой системы административных судов послужит переходом российской судебной системы на качественно новый уровень.

Б. М. Фролов

ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ПОНЯТИЕ, ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ, ПРОЦЕДУРЫ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ

В России на протяжении многих десятилетий образованию уделялось повышенное внимание. Советское образование считалось одним из лучших в мире; иметь образование, полученное в нашей стране, было престижно и почетно.

К сожалению, сегодня состояние образовательной сферы в нашей стране оставляет желать лучшего. Из всех российских образовательных организаций в 2013 г. в список ста лучших вузов мира по версии журнала «The Times» вошел только Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова, занявший пятидесятое место (в предыдущем году в данном списке не было ни одного российского вуза)¹, хотя в Российской Федерации существует несколько тысяч одних только высших учебных заведений. После долгих, длившихся почти два года обсуждений был принят Федеральный закон «Об образовании в Российской Федерации»² (далее – закон об образовании), который должен был положительно повлиять на начавшиеся перемены в российском образовании. Однако

¹ *Ивойлова И.* МГУ попал в топ-100 вузов мира. URL: <http://www.rg.ru/2013/03/05/reiting-site.html#comments>

² Об образовании в Российской Федерации : федер. закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ // Рос. газета. 2012. № 303.

недостаточный уровень юридической техники данного нормативного правового акта приводит к нарушению образовательных прав граждан, к невыполнению ими своих обязанностей в сфере образования, к появлению коррупционных фактов и иных случаев нарушения законодательства. На наш взгляд, решению перечисленных выше проблем может способствовать одно из нововведений закона об образовании – государственная регламентация образовательной деятельности (далее – государственная регламентация).

Понятия государственной регламентации в законе не установлено, однако содержатся существенные признаки данного правового института:

1) она является частью управления системой образования, т.е. частью осуществляемого на основе законов и иных нормативных актов целенаправленного воздействия государственных органов на общественные отношения, для их упорядочения, преобразования и изменения в соответствии с целями государственной политики³;

2) цель государственной регламентации – установление единых требований осуществления образовательной деятельности и процедур, связанных с установлением и проверкой соблюдения организациями, осуществляющими образовательную деятельность, этих требований. Таким образом, рассматриваемый правовой институт призван создать единообразные и точные условия осуществления образовательной деятельности на всех уровнях системы российского образования, а также единообразные административные процедуры (урегулированная нормами права деятельность органов управления, не только осуществляемая внутри публичной организации, но и внешне организационного характера⁴) проверки соблюдения этих условий;

3) система государственной регламентации состоит из взаимосвязанных элементов: лицензирования, государственной

³ См.: Костенников М. В., Куракин А. В., Павлюк А. В. К вопросу о понятии и методах государственного управления в административном праве // Административное и муниципальное право. 2013. № 5. С. 431.

⁴ См.: Рогачева О. С. От административных регламентов к административным процедурам : постановка задачи и пути ее практической реализации. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

аккредитации образовательной деятельности и государственного контроля (надзора) в сфере образования.

Следовательно, под государственной регламентацией образовательной деятельности можно понимать часть системы государственного управления сферой образования и государственной образовательной политики в виде деятельности государства по созданию единых условий осуществления образовательной деятельности, единообразных и точных административных процедур осуществления лицензирования и государственной аккредитации образовательной деятельности, а также государственного контроля и надзора в сфере образования.

Интересным является развитие законодательного закрепления процедур осуществления описываемых трех элементов государственной регламентации. В предыдущем законе об образовании 1992 г. и вплоть до 2010 г. не устанавливалось отдельных статей, посвященных лицензированию и государственной аккредитации в сфере образования. В 2010 г. появляются ст. 33.1 «Лицензирование образовательной деятельности» и ст. 33.2 «Государственная аккредитация образовательных учреждений, научных организаций». По нашему мнению, главными положительными чертами данных статей было то, что они достаточно подробно регулировали порядок лицензирования и государственной аккредитации: ст. 33.1 состояла из 28 пунктов, ст. 33.2 – из 43. Таким образом, закон об образовании 1992 г. являлся редким исключением среди законодательных актов, так как в нем были подробно регламентированы административные процедуры осуществления федеральными органами исполнительной власти своей деятельности (что обычно отдавалось на уровень подзаконных нормативных правовых актов). Также в описываемом нормативном правовом акте автор впервые увидел попытку разграничения понятий государственного контроля и государственного надзора: устанавливался государственный надзор за соблюдением законодательства в области образования и государственный контроль качества образования.

Хотелось бы проанализировать сегодняшнее состояние элементов государственной регламентации образовательной деятельности.

Лицензирование образовательной деятельности – совокупность административно-правовых процедур, целью которых является предотвращение ущерба правам, законным интересам, жизни и здоровью граждан организациями, осуществляющими образовательную деятельность, создание безопасных условий для осуществления обучения и воспитания. Государственными органами исполнительной власти, осуществляющими лицензирование, является Федеральная служба по контролю и надзору в сфере образования, а также государственные органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, осуществляющие контроль и надзор в сфере образования. Непосредственно административные процедуры данного вида деятельности содержатся в федеральных законах «О лицензировании отдельных видов деятельности»⁵ и «Об образовании в Российской Федерации», а также в Положении о лицензировании образовательной деятельности⁶. По нашему мнению, лицензионные требования, предъявляемые к соискателю лицензии на осуществление образовательной деятельности, должны содержаться в нормах закона об образовании, а не в Положении о лицензировании, где они закреплены сейчас. В соответствии с ч. 16 ст. 91 закона об образовании, в приведенном Положении должны в большей степени быть установлены особенности лицензирования деятельности отдельных видов образовательных организаций (осуществляющих реализацию образовательных программ, составляющих государственную тайну, религиозных организаций и т.д.).

Более подробно законом об образовании, Положением, утвержденным постановлением Правительства⁷, регулируются процедуры осуществления государственной аккредитации, целью которой является подтверждение соответствия образовательной деятельности по основным образовательным

⁵ О лицензировании отдельных видов деятельности : федер. закон от 4 мая 2011 г. № 99-ФЗ // Рос. газета. 2011. № 97.

⁶ О лицензировании образовательной деятельности : утв. постановлением Правительства РФ от 28 октября 2013 г. № 966 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 44. Ст. 5764.

⁷ Положение о государственной аккредитации образовательной деятельности : утв. постановлением Правительства РФ от 25 ноября 2013 г. № 1039 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 47. Ст. 6118.

программам и подготовки обучающихся федеральным образовательным стандартам. В отличие от предыдущего закона об образовании 1992 г., в котором государственной аккредитации подлежали образовательные учреждения и научные организации, в новом законе предмет данной деятельности – образовательная деятельность. Как справедливо отмечает А. А. Кирилловых, в статье о государственной аккредитации сохраняется процедурный характер норм о государственной аккредитации, но при этом используется более грамотная техническая систематизация соответствующего правового материала⁸. В отличие от норм, устанавливающих лицензионные процедуры в сфере образования, обозначено четкое разделение того, что регулируется законом, а что – Положением о государственной аккредитации.

Наравне с законом об образовании, административные процедуры осуществления государственного контроля (надзора) регулируются Федеральным законом от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»⁹. В систему контроля (надзора) в образовательной сфере входят: государственный контроль качества образования – деятельность по оценке соответствия образовательной деятельности и подготовки обучающихся требованиям федеральных государственных образовательных стандартов посредством организации и проведении проверок качества образования и принятия мер по выявлению и устранению нарушений этих требований; федеральный государственный надзор в сфере образования – деятельность, направленная на предупреждение, выявление и пресечение поднадзорными субъектами законодательства об образовании посредством проведения проверок органов, занимающихся управлением образованием, организаций, осуществляющих образовательную деятельность, а также принятие мер по пресечению и (или) устранению нарушений

⁸ Научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об образовании в Российской Федерации» (постатейный) / Н. С. Волкова [и др.]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Рос. газета. 2008. № 266.

указанных требований. Соответственно, в законе об образовании предусмотрено два вида административных процедур: связанных с осуществлением федерального государственного надзора и государственного контроля качества образования. В законе закреплены административно-юрисдикционные процедуры, связанные с «порядком реализации компетентными органами соответствующих мер государственного административного принуждения»¹⁰: о возбуждении дел об административных правонарушениях в случае выявления проверяющим органом отклонений от требований образовательного законодательства, применения обеспечительных мер производства по данным категориям дел и др.

Можно выделить следующие рекомендации по совершенствованию процедур осуществления лицензионной, аккредитационной и контрольно-надзорной деятельности.

Во-первых, обеспечить более четкое разграничение требований к организациям, стремящимся получить лицензию и (или) пройти аккредитационную деятельность, между федеральным законом и подзаконными нормативными правовыми актами.

Во-вторых, устранение двусмысленных, повторяющихся терминов и категорий. Например, объектом государственного контроля качества образования являются образовательная деятельность и деятельности по подготовке обучающихся (чем они отличаются – мы не знаем).

В-третьих, повысить значение государственной регламентации образовательной деятельности. Сейчас государственная регламентация служит только для объединения в одно понятие описанных выше трех производств, и иного значения, по сути, не имеет.

Надеемся, принятие нового закона об образовании, внесение в него необходимых изменений и дополнений будет способствовать как повышению качества российского образования в целом, так и такой важной составной его части, как административные процедуры осуществления государственной регламентации образовательной деятельности.

¹⁰ *Махина С. Н.* Административный процесс : проблемы теории, перспективы правового регулирования. Воронеж : Изд-во ВГУ, 1999. С. 102.

НАЛОГОВОЕ ПРАВО

А. А. Скоморохова

ДОЛЖНАЯ ОСМОТРИТЕЛЬНОСТЬ ПРИ ВЫБОРЕ КОНТРАГЕНТА КАК КРИТЕРИЙ ОБОСНОВАННОСТИ НАЛОГОВОЙ ВЫГОДЫ

Практика показывает, что зачастую налоговые органы и суды отказывают налогоплательщикам в получении налоговых вычетов, в уменьшении налоговой базы, в возмещении НДС по причине того, что его контрагент не перечислил в бюджет соответствующую сумму налога, не исполняет другие обязанности налогоплательщика, не осуществляет реальной деятельности и т.д. Фактически право на получение налоговых вычетов или уменьшение налогооблагаемой базы на сумму произведенных расходов ставится в зависимость не от действий или бездействий налогоплательщика и от факта нарушения им норм налогового законодательства, а от того, насколько законопослушными были контрагенты налогоплательщика, в адрес которых была произведена оплата.

В п. 10 постановления № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»¹ Высший Арбитражный Суд Российской Федерации указал, что факт нарушения контрагентом налогоплательщика своих налоговых обязанностей сам по себе не

¹ Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды : постановление Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 53 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

является доказательством получения налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды.

Налоговая выгода может быть признана необоснованной, если налоговым органом будет доказано, что налогоплательщик действовал без должной осмотрительности и осторожности и ему должно было быть известно о нарушениях, допущенных контрагентом, в частности в силу отношений взаимозависимости, или аффилированности, налогоплательщика с контрагентом.

Письмо Федеральной налоговой службы России (далее – ФНС России) от 17 октября 2012 г. № АС-4-2/17710 «О рассмотрении обращения»² рекомендует налогоплательщику при оценке налоговых рисков, которые могут быть связаны с характером взаимоотношений с некоторыми контрагентами, исследовать среди прочих следующие признаки: отсутствие документального подтверждения полномочий руководителя компании-контрагента (его представителя), копий документа, удостоверяющего его личность, отсутствие информации о фактическом месте нахождения контрагента, производственных и (или) торговых площадей, отсутствие информации о государственной регистрации контрагента в Едином государственном реестре юридических лиц (далее – ЕГРЮЛ), отсутствие очевидных свидетельств возможности реального выполнения контрагентом условий договора, а также наличие обоснованных сомнений в возможности реального выполнения контрагентом условий договора с учетом времени, необходимого на доставку или производство товара, выполнение работ или оказание услуг. При этом отмечается, что в соответствии со ст. 9 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³ регистрирующий орган не проверяет содержащиеся в представленных документах сведения, в связи с чем наличие выписки из ЕГРЮЛ в отношении какого-либо контрагента подтверждает

² О рассмотрении обращения : письмо ФНС РФ от 17 октября 2012 г. № АС-4-2/17710 // Экономика и жизнь. 2012. № 50.

³ О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей : федер. закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 33. Ст. 3431.

только факт его государственной регистрации и не исключает факт его создания не в целях осуществления реальной предпринимательской деятельности.

Исполнение этих рекомендаций или очень затруднено, или вообще невозможно, так как для исполнения некоторых из них необходимо обладать публично-правовой компетенцией, которой по действующему законодательству наделены не налогоплательщики, а налоговые органы.

Например, в указанном письме ФНС России «О рассмотрении обращения» говорится о том, что даже в случае представления налоговой отчетности контрагентами ее достоверность, а также реальность осуществления ими финансово-хозяйственной деятельности можно подтвердить только после проведения выездной налоговой проверки. В связи с этим сведения налогового органа о представлении контрагентом налоговой декларации, в том числе не «нулевой», не являются подтверждением его благонадежности.

Именно поэтому на практике и можно услышать мнение о том, что налогоплательщику необходимо в рамках устранения налоговых рисков по своей осмотрительности при выборе контрагентов запрашивать налоговый орган контрагента о том, является ли последний надлежащим налогоплательщиком. Такие запросы – чрезвычайная мера в рамках исполнения налогоплательщиком обязанности по проявлению должной осмотрительности при выборе контрагента по следующим причинам.

1. Налогоплательщику, вероятнее всего, не ответят на его запрос, так как запрашиваемые сведения (полностью или частично) могут представлять собой налоговую тайну. Согласно ст. 102 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ)⁴ налоговую тайну составляют любые полученные налоговым органом сведения, за исключением сведений: разглашенных налогоплательщиком самостоятельно или с его согласия; об идентификационном номере налогоплательщика; о нарушениях законодательства о налогах и сборах и ме-

⁴ Налоговый кодекс Российской Федерации. Часть первая : федер. закон от 31 июня 1998 г. № 146-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 31. Ст. 3824.

рах ответственности за эти нарушения; предоставляемых органам других государств на основании международных договоров Российской Федерации.

2. Такой запрос не соответствует этике и правилам делового оборота при ведении бизнеса, так как может повлечь за собой неблагоприятные последствия для контрагента, например начало в отношении его налоговой проверки. Поэтому о таком запросе как минимум нужно уведомить контрагента.

3. Массовое направление таких запросов способно парализовать хозяйственную жизнь в стране, так как ожидание даже в течение одного месяца ответа без заключения сделок с еще непроверенным контрагентом существенным образом затруднит ведение предпринимательской деятельности.

Таким образом, не справляясь со своей прямой обязанностью по борьбе с фирмами-однодневками, ФНС России перекладывает бремя контроля и неблагоприятных правовых последствий на налогоплательщиков, которые вступают с такими фирмами в прямые или опосредованные отношения⁵.

По нашему мнению, на налогоплательщиков стоит возлагать контроль за контрагентами только в том объеме, который возможно осуществить самостоятельно, без направления запросов в налоговый орган (например, на сайте ФНС России размещаются: информация о государственной регистрации контрагента в ЕГРЮЛ, сведения об адресах, указанных при государственной регистрации в качестве места нахождения несколькими юридическими лицами (так называемые адреса «массовой» регистрации, характерные, как правило, для «фирм-однодневок»), а также наименования юридических лиц, в состав исполнительных органов которых входят дисквалифицированные лица и т.д.). Следует также учесть то, что НК РФ не установлена обязанность налоговых органов предоставлять налогоплательщикам по их запросам информацию об исполнении контрагентами налогоплательщиков обязанностей, предусмотренных законодательством о налогах и сборах, или о нарушениях ими законодательства о налогах и сборах.

⁵ См.: *Щекин Д. М.* Налоговые риски и тенденции развития Налогового права / под ред. С. Г. Пепеляева. М. : Статут, 2007. С. 93.

Арбитражные суды при рассмотрении споров по вопросу о получении необоснованной налоговой выгоды тоже склонны вменять в обязанность налогоплательщику проявлять бдительность и выбирать таких контрагентов, связь с которыми не повлечет для них дополнительных налоговых начислений.

Однако есть судебные решения с выводом о том, что даже получение налогоплательщиком копий учредительных документов и сведений из ЕГРЮЛ еще не свидетельствует о проявлении им должной осмотрительности.

Так, в постановлении по делу № А71-5465/11⁶ Федеральный арбитражный Суд (далее – ФАС) Уральского округа пришел к выводу о том, что проверка государственной регистрации контрагента не свидетельствует о проявлении должной осмотрительности. Суд разъяснил, что по сведениям из ЕГРЮЛ нельзя определить наличие у контрагента необходимых ресурсов для выполнения строительных работ, узнать о наличии лицензии, персонала, оценить деловую репутацию.

В постановлении ФАС Московского округа по делу № А40-18924/10-111-122⁷ указывается, что истребование у контрагентов в том числе выписки из ЕГРЮЛ не свидетельствует о проявлении должной осмотрительности, поскольку налогоплательщик не привел доводов в обоснование выбора именно этих организаций, их деловой репутации, платежеспособности, возможностей исполнения обязательств без риска, наличия у них необходимых ресурсов (производственных мощностей, технологического оборудования, квалифицированного персонала).

ФАС Северо-Кавказского округа в постановлении по делу № А32-28960/2011⁸ отметил, что информация о регистрации контрагентов в качестве юридических лиц носит справочный характер и не характеризует их как добросовестных, надежных и стабильных участников хозяйственных взаимоотношений.

⁶ Постановление ФАС Уральского округа от 19 апреля 2012 г. № Ф09-2373/12 по делу № А71-5465/11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ Постановление ФАС Московского округа от 22 февраля 2011 г. № КА-А40/18297-10 по делу № А40-18924/10-111-122. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 18 апреля 2012 г. по делу № А32-28960/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Есть также примеры судебных решений, согласно которым проверка контрагентов путем получения информации, размещенной на официальных интернет-сайтах госорганов (агентств и т.п.), не свидетельствует о проявлении налогоплательщиком должной осмотрительности. Так, ФАС Поволжского округа в постановлении по делу № А65-6678/2011⁹ указал, что проверка действительности паспортов учредителей (руководителей) контрагентов на официальном сайте Федеральной миграционной службы России не свидетельствует о проявлении должной осмотрительности. Информация, размещенная на данном сайте, носит справочный характер, на что указано и в распечатке с сайта.

Помимо перечисленных выше проблем, можно выделить еще и различие в правовых механизмах борьбы с налоговым мошенничеством. В России налогоплательщику из-за дефектных поставщиков могут отказать в вычете НДС; в европейских странах предусмотрена солидарная ответственность за уплату налога в бюджет, что в большей степени отвечает идее борьбы с налоговым мошенничеством, чем отказ в вычете НДС. Однако очевидно, что ввести механизм солидарной ответственности нескольких лиц за уплату налога можно только федеральным законом, а не судебной практикой. И этот факт перекликается с самым главным, по нашему мнению, недостатком – отсутствием законодательного закрепления требования осмотрительности. Концепция осмотрительности при выборе контрагента является судебной доктриной, а не законодательной нормой. Поэтому она может быть применена, а может быть и не применена налоговым органом при проведении проверки. Такая ситуация создает легальное основание для выборочного применения этой доктрины (например, неприменение ее для компаний, фактически принадлежащих чиновникам)¹⁰.

В заключение хотелось бы отметить, что регулирование этого вопроса на уровне закона с максимальной степенью определенности правовых предписаний является необходимой мерой, способствующей решению некоторых проблем, о которых было сказано в данной статье.

⁹ Постановление ФАС Поволжского округа от 12 января 2012 г. по делу № А65-6678/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ См.: *Щекин Д. М.* Указ. соч. С. 98.

УГОЛОВНОЕ И УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО

Н. С. Гончарова

ТЮРЬМЫ НА ЭТАПЕ РЕФОРМИРОВАНИЯ УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Специфика современных тюрем состоит в том, что среди их контингента число лиц, непосредственно направляемых по приговору суда за совершение особо тяжких преступлений, составляет сравнительно небольшой процент (от 3 до 5 %)¹. Большая часть находящихся здесь лиц – это те, кто направлен в тюрьму из колоний за совершение преступлений, злостное нарушение режима, участие в массовых беспорядках, создание новых преступных групп, употребление наркотиков и т.д.²

Некоторые начальники колоний предпочитают направлять в тюрьмы наиболее «трудных» осужденных, чтобы не обременять себя кропотливой воспитательной работой. Осужденные, переведенные на тюремный режим, и здесь оказывают противодействие администрации. Возвратясь в колонию, многие осужденные как «бывалые уголовники» оказывают негативное воздействие на других.

В настоящее время в российских тюрьмах имеются проблемы: тяжелые условия содержания, связанные с переполнен-

¹ В России сократилось количество людей, сидящих в тюрьмах. URL: <http://www.ruwest.ru/news/13934/> (дата обращения: 06.03.2014).

² См.: *Калашников Г. В тюремных условиях // Преступление и наказание. 2011. № 8. С. 17.*

© Гончарова Н. С., 2014

ностью камер; жестокое обращение, избивание за малейшее неповиновение³. В России осужденные содержатся по одному или по двое в помещении, но иногда они вынуждены проживать по четверо, шестеро и более человек в помещении⁴. Условия содержания в этих помещениях не соответствуют нормам, установленным законодательством. В камерах бетонные полы и стены, глухо закрытые щитами окна, камеры часто без вентиляции и отопления, нет минимально необходимого оборудования, мебели и спальных принадлежностей. Скучное питание, жестокое обращение, отсутствие эффективной медицинской помощи становятся причинами высокой заболеваемости и смертности в местах лишения свободы. Насилие в тюрьмах имеет глобальный характер, что связано, как полагают, с нехваткой жилой площади для заключенных. Кроме того, есть проблемы, связанные с психическим здоровьем осужденных⁵, текучестью кадров в тюрьмах, расположенных вблизи крупных городов, заболеваемостью осужденных туберкулезом⁶.

Распоряжением Правительства Российской Федерации от 14 октября 2010 г. № 1772-р была утверждена Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 г.⁷

Реализация положений Концепции предполагает отказ от коллективных форм содержания осужденных. В ходе реформы предусмотрена замена существующей системы исправительных колоний на два основных типа учреждений – тюрьмы общего, усиленного и особого видов режима и колонии-поселе-

³ См.: *Спицын В. И.* Некоторые проблемы исполнения наказания в виде лишения свободы // Закон и право. 2009. № 1. С. 29–30.

⁴ См.: *Лихвик Д.* Наша настоящая проблема // Преступление и наказание. 2011. № 1. С. 58–59.

⁵ См.: *Пархоменко А.* Тюрьмы разные – проблемы схожие // Преступление и наказание. 2011. № 12. С. 44–48.

⁶ В российских тюрьмах сокращается количество заключенных. URL: <http://www.newsland.com/news/detail/id/502950/> (дата обращения: 06.03.2014).

⁷ Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года : утв. распоряжением Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 1772-р (в ред. от 31.05.2012). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ния, при сохранении лечебных исправительных, лечебно-профилактических учреждений и следственных изоляторов. Воспитательные колонии будут реорганизованы в воспитательные центры для несовершеннолетних правонарушителей.

Необходимость перехода от исправительных колоний к тюрьмам обусловлена рядом факторов. Тюрьма – более компактное сооружение, в одном комплексе зданий размещаются помещения для содержания осужденных, организации их труда и отдыха, проведения культурно-оздоровительных мероприятий, камеры для выдворения нарушителей режима, контрольно-пропускной пункт и пр. Здесь могут быть созданы более надежные и менее дорогостоящие сооружения по обеспечению охраны, лучшие условия для организации надзора за осужденными, для предупреждения с их стороны правонарушений, для размещения комнат свидания с родственниками и т.д.⁸

Для достижения указанных выше задач Концепцией предусмотрены определенные мероприятия: усиление психолого-педагогической работы с личностью и подготовки ее к жизни в обществе; дифференциация содержания осужденных в зависимости от характера и степени общественной опасности совершенных ими преступлений, поведения во время отбывания наказания; разработка и внедрение новых форм и методов исправительного воздействия, форм проведения воспитательной работы, организации образовательного процесса и трудовой занятости осужденных; повышение эффективности надзора за поведением лиц, содержащихся в исправительных учреждениях, повышения качества подготовки работников уголовно-исполнительной системы и улучшения условий несения службы и т.д.

По мнению разработчиков Концепции, в тюрьмах нового образца станут отбывать наказания в основном лица, осужденные за тяжкие и особо тяжкие преступления, в то время как менее опасные категории преступников будут содержаться в колониях-поселениях.

⁸ См.: Рахмаев Э. По пути развития // Преступление и наказание. 2011. № 5. С. 6–7.

Документ предлагает внести некоторые поправки в Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации) (далее – УИК РФ)⁹, чтобы создать правовую базу для масштабной реконструкции системы тюремной охраны. По плану, вышки и заборы из колючей проволоки уйдут в прошлое, на смену придет самая современная техника. Вместо существующих рубежей предусматривается устройство двух ограждений: основного и предупредительного. Основное соорудят из монолитного железобетона высотой не менее 6 метров. Предупредительное ограждение сделают из оцинкованной металлической плетеной сетки, высотой не менее 5,5 метра¹⁰. Запретная зона будет перерыта несколькими непрерывными рубежами обнаружения с помощью датчиков различного принципа действия.

Предусматривается также устройство дополнительных рубежей обнаружения для исключения побегов путем подкопов и раннего обнаружения лиц, пытающихся приблизиться к запретной зоне. Контрольно-пропускные пункты оборудуют системами контроля и управления доступом с функцией идентификации личности. А к стационарным металлодетекторам на пропусках в зону добавляют рентгеноскопы для проверки личных вещей и ручной клади. Так что побег в стиле «Джентльменов удачи» станет невозможен в принципе.

Еще одно новшество: технические средства можно будет использовать для получения информации о поведении не только осужденных, но и иных лиц, попавших на территорию казенного дома. О применении технического контроля будет положено предупреждать человека под роспись.

Поправки, внесенные в ст. 74 УИК РФ, предусматривают создание в исправительных колониях изолированных участков с разными видами режима, в том числе и изолированные участки, которые будут функционировать в тюремном режиме (так как в стране всего 7 тюрем, и добраться до них

⁹ Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 8 января 1997 г. № 1-ФЗ (в ред. от 03.02.2014). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ См.: *Котляр В. Н.* Совершенствование системы охраны и надзора как одно из направлений реализации Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года // Ведомости уголовно-исполнительной системы. 2013. № 1. С. 6–11.

тяжело)¹¹. Это будет сделано за счет переоборудования уже имеющихся помещений, функционирующих в режиме следственных изоляторов. Это позволит осуществить перепрофилирование исправительных колоний в тюремные учреждения.

Наличие указанного института должно обеспечиваться четкой правовой регламентацией. Несовершенство законодательства, регулирующего назначение лишения свободы с отбыванием в тюрьме, во многом предопределило существующие проблемы в стадии его исполнения. Перенаселенность тюрем исключает возможность индивидуализированного подхода к размещению осужденных. Существенной преградой на пути эффективного исполнения наказания стоит бурно процветающая в стенах тюремных учреждений асоциальная субкультура, а также активное применение насилия. Возникают и иные сложные правовые и практические вопросы. В науке не существует единого мнения относительно дальнейших перспектив тюремной изоляции.

Изменит ли реформа российскую пенитенциарную систему? На наш взгляд, от подобного перепрофилирования ничего не изменится, за исключением того, что колонии «просто переделают» в тюрьмы и сотрудников Федеральной службы исполнения наказаний России можно будет смело сокращать. В любом случае подобные изменения не могут быть быстрыми, о чем говорилось сразу, как только была принята Концепция тюремной реформы¹².

Самый главный вопрос финансовый: где взять столько средств на перестройку колоний в тюрьмы? Ведь на ее реализацию необходимо 1,8 трлн рублей, которых нет в бюджете¹³. Выходом из сложившейся ситуации, по нашему мнению, может стать строительство новых тюрем за счет частных инвесторов с последующей передачей их в аренду государству.

¹¹ О внесении изменений в статью 74 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации : федер. закон от 23 июля 2013 г. № 219-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² По ком звонят колонии // Рос. газета. 2013. № 6287 (15). URL: <http://www.rg.ru/> (дата обращения: 05.03.2014).

¹³ Реформа пенитенциарной системы России : а новы ли «инновации» ФСИН? URL: <http://www.prisonlife.ru/analitika/941-reforma> (дата обращения: 06.03.2014).

В. В. Устинов

ПРЕСТУПЛЕНИЯ ТЕРРОРИСТИЧЕСКОЙ НАПРАВЛЕННОСТИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Терроризм как идеологическое явление насильственного характера получил широкое распространение в рамках мирового сообщества еще во второй половине XX в. Для противостояния этому, несомненно, опасному порождению современного глобализованного общества большинство существующих стран заключило огромное количество международных договоров, регламентирующих порядок сотрудничества государств в борьбе с терроризмом. Одним из основных условий этих договоров является закрепление странами-участницами в своих правовых системах норм, посвященных противодействию терроризму. И наше государство не стало исключением. В Российской Федерации антитеррористическое законодательство представляет собой комплекс норм, содержащихся в Федеральном законе «О противодействии терроризму», Уголовном кодексе Российской Федерации (далее – УК РФ) и различных внутриведомственных актах. Однако одного лишь наличия законодательной базы для успешной борьбы с терроризмом недостаточно. Правовое регулирование антитеррористической деятельности должно быть стабильным, конкретным и внутренне целостным в рамках национального законодательства. К сожалению, такими качествами антитеррористическое законодательство Российской Федерации не обладает.

Первоначально антитеррористическая деятельность в России регулировалась Федеральным законом от 25 июля 1998 г. № 130-ФЗ «О борьбе с терроризмом». Данный закон содержал в себе основные способы противостояния террористической деятельности, а также впервые формулировал понятие терроризма для российского законодательства¹, определяя его как

¹ О борьбе с терроризмом : федер. закон от 25 июля 1998 г. № 130-ФЗ (с изм. и доп.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=58893.html> (дата обращения: 02.04.2014).

«насилие или угрозу его применения в отношении физических лиц или организаций, а также уничтожение (повреждение) или угрозу уничтожения (повреждения) имущества и других материальных объектов, создающие опасность гибели людей, причинения значительного имущественного ущерба либо наступления иных общественно опасных последствий, осуществляемые в целях нарушения общественной безопасности, устрашения населения, или оказания воздействия на принятие органами власти решений, выгодных террористам, или удовлетворения их неправомерных имущественных и (или) иных интересов; посягательство на жизнь государственного или общественного деятеля, совершенное в целях прекращения его государственной или иной политической деятельности либо из мести за такую деятельность; нападение на представителя иностранного государства или сотрудника международной организации, пользующихся международной защитой, а равно на служебные помещения либо транспортные средства лиц, пользующихся международной защитой, если это деяние совершено в целях провокации войны или осложнения международных отношений».

Учитывая, что до сих пор в международном законодательстве отсутствует официально закрепленное единое определение терроризма, заслуживает внимания попытка российского законодателя определить данное явление для установления правового регулирования противостояния терроризму. Тем не менее это определение было сильно недоработанным, и его главным недостатком было то, что оно не объясняло суть терроризма, а лишь перечисляло набор действий, которые законодатель оценивал как террористические (часть из которых были также перенесены законодателем в ст. 205 УК РФ², посвященную такому преступлению, как террористический акт). Учитывая, что содержание данного закона было слишком поверхностным и УК РФ на тот момент содержал всего лишь один состав преступления террористической направленности,

² Уголовный Кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с изм. и доп.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/popular/ukrf/>.html (дата обращения: 02.04.2014).

необходимы были дальнейшие изменения в области правового регулирования антитеррористической деятельности. Сначала в 2002 г. в УК РФ была введена новая ст. 205.1, предусматривающая ответственность за вовлечение в совершение преступлений террористического характера или иное содействие их совершению, а затем в 2006 г. была введена ст. 205.2, предусматривающая ответственность за публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма, и был принят новый Федеральный закон от 6 марта 2006 г. № 35-ФЗ «О противодействии терроризму», который значительно расширил правовое регулирование борьбы с терроризмом и ввел новое понятие терроризма.

В настоящее время под терроризмом в соответствии с подп. 1 ст. 3 Федерального закона «О противодействии терроризму» понимают³ *«идеологию насилия и практику воздействия на принятие решения органами государственной власти, органами местного самоуправления или международными организациями, связанные с устрашением населения и (или) иными формами противоправных насильственных действий»*.

В отличие от предыдущего Федерального закона, это определение обобщает все разновидности террористических действий понятием «идеология» и выделяет в качестве основного признака терроризма политический характер подобной деятельности. Такое понимание терроризма явно было вдохновлено англосаксонским законодательством, в частности, в соответствии с террористическим актом 2000 г. в Великобритании («терроризм – это совершение или угроза совершения действия, целью которого является оказание влияния на правительства, запугивание населения или его части... с целью реализации политической, религиозной или идеологической цели»⁴) и определением, данным Федеральным Бюро Рассле-

³ О противодействии терроризму : федер. закон от 6 марта 2006 г. (с изм. и доп.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=154022.html> (дата обращения: 02.04.2014).

⁴ Terrorist Act 2000. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents.html> (дата обращения: 02.04.2014).

дований США («терроризм – это незаконное применение силы или угроза ее применения ... с целью запугивания правительства, организации или какой бы то ни было общности с тем, чтобы заставить принять новую политическую или социальную линию»⁵).

При принятии нового закона об антитеррористической деятельности законодатель забыл, что была необходима не только детализация правового регулирования борьбы с терроризмом, но и приведение антитеррористического законодательства в соответствие с остальными законами Российской Федерации. Эта проблема наиболее остро раскрывается в возникшей коллизии норм Федерального закона «О противодействии терроризму» и Федерального закона от 25 июля 2002 г. № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности»⁶. Упомянутый Федеральный закон содержит в себе определение экстремистской деятельности, которое представляет собой список действий, оцениваемых законодателем как экстремистские (как и старое определение терроризма) и, кроме всего прочего, включает в себя публичное оправдание терроризма и иную террористическую деятельность. Таким образом, следуя логике этого определения, любую террористическую деятельность можно одновременно считать экстремистской. И именно здесь возникают проблемы при квалификации террористических действий в соответствии с УК РФ, так как уголовное законодательство руководствуется определениями терроризма и экстремизма, данными в соответствующих федеральных законах. Поэтому, учитывая, что в настоящий момент УК содержит 5 составов преступлений террористической направленности (ст. 205, 205.1, 205.2, 205.3, 205.4, 205.5 УК РФ) и 3 состава преступлений экстремистской направленности (ст. 280, 282.1, 282.2 УК РФ), мы вынуждены признать, что

⁵ Official definition of terrorism. URL: <http://www.fbi.gov/about-us/investigate/terrorism/terrorism-definition.html> (дата обращения: 02.04.2014).

⁶ О противодействии экстремистской деятельности : федер. закон от 25 июля 2002 г. (с изм. и доп.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=148972;dst=0;ts=9F2E7C75ED38D35614AA4C153AC5006A;rnd=0.03955172258429229.html> (дата обращения: 02.04.2014).

границы между этими составами нет. В качестве примера возьмем составы ст. 205.1 и 280 УК РФ. Первая статья устанавливает ответственность за публичные призывы к осуществлению террористической деятельности или публичное оправдание терроризма (что в Федеральном законе «О противодействии экстремистской деятельности» обозначено как экстремизм), а вторая статья – за публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности. Учитывая, что любая террористическая деятельность является экстремистской, состав ст. 280 поглощает собой состав ст. 205.1. Аналогичная ситуация происходит с составами 205.4 и 282.1. Что касается введенного в 2013 г. состава ст. 205.5, то законодатель пытался отделить его от состава ст. 282.2, предусмотрев, что действие статьи 282.2 не распространяется на организации, объявленные решением суда террористическими, но это всего лишь переносит проблему из уголовного законодательства непосредственно в судопроизводство, так как любая террористическая деятельность поглощается экстремистской, поэтому суд в равной степени может признать одну и ту же организацию как террористической, так и экстремистской, и это не будет противоречить законодательству Российской Федерации.

Мы считаем, что существующую коллизию норм можно устранить, окончательно разделив между собой понятия «экстремизм» и «терроризм». Для этого необходимо внести изменения в ст. 1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности», убрав из нее п. 1 ч. 2, обозначающий террористическую деятельность как экстремистскую, при этом оставив определение терроризма в российском законодательстве тем же. Таким образом, составы преступлений, предусматривающие ответственность за осуществление экстремистской и террористической деятельности, перестанут пересекаться в объективной стороне.

В январе 2014 г. в Государственную Думу поступил новый проект изменений антитеррористического законодательства Российской Федерации⁷, но места для нормы, которая смогла

⁷ О внесении отдельных изменений в законодательные акты Российской Федерации : проект федер. закона. URL : [http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/2A8B7..\\$FILE/428889-6.html](http://asozd2c.duma.gov.ru/addwork/scans.nsf/ID/2A8B7..$FILE/428889-6.html) (дата обращения: 03.04.2014).

бы разрешить уже 12 лет существующую коллизию, там не нашлось. Поэтому остается надеется, что сами правоприменители смогут в своей деятельности отграничить преступления экстремистской и террористической направленности друг от друга, и, возможно, когда-нибудь они напомнят законодателю о существующей коллизии и помогут устранить ее.

Е. А. Сорокина

**ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА ВОСПРЕпятСТВОВАНИЕ
ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ ПРАВА НА СВОБОДУ СОВЕСТИ
И ВЕРОИСПОВЕДАНИЯ. ОТГРАНИЧЕНИЕ
ОТ СМЕЖНЫХ СОСТАВОВ**

В 2013 г. в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ)¹ были внесены изменения в редакцию статьи 148 «Нарушение права на свободу совести и вероисповедания». Появлению этой статьи предшествовало громкое дело в отношении участниц группы «Пусси райт», которые пришли в Храм Христа Спасителя, незаконно проникли в огороженную часть Храма, предназначенную для совершения религиозных обрядов, облачились в одежду, недопустимую для данного места (маски, яркие платья, легинсы) и стали петь песни антирелигиозной и антироссийской направленности. Действия участниц данной группы записывались на камеру их соучастниками. Событие происходило на глазах у служителей храма и прихожан. Экспертная комиссия дала заключение о том, что действия участниц группы «Пусси райт» обоснованно могут быть оценены как совершенные по мотивам религиозной ненависти и вражды, а равно по мотивам вражды в отношении социальной группы православных верующих. Приговором Хамовнического суда г. Москвы данные

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 03.02.2014) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 6685.

лица были признаны виновными в совершении хулиганства по мотиву религиозной ненависти и вражды группой лиц по предварительному сговору². Хотя примененная в этом случае ст. 213 УК РФ об ответственности за хулиганство не совсем точно описывала действия девушек из группы «Пусси райт». Государство ощутило некоторую ущербность и недостаточность уголовного закона в этой части. Итогом стала ст. 148 УК РФ, которую мы обсуждаем³.

До внесения изменений она состояла только из одного состава – незаконное воспрепятствование деятельности религиозных организаций или совершению религиозных обрядов. Сегодня данная статья содержит четыре состава. Особое внимание хочется обратить на первые два: 1) публичные действия, выражающие явное неуважение к обществу и совершенные в целях оскорбления религиозных чувств верующих; 2) те же деяния, совершенные в местах, специально предназначенных для проведения богослужений, других религиозных обрядов и церемоний.

Определение действий как публичных, выражающих явное неуважение к обществу, дается не только в ст. 148 УК РФ. В соответствии со ст. 213 УК РФ, хулиганством является грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу. Таким образом, определения, данные в ст. 148 и 213, описывают одно и то же деяние. Можно сказать, ст. 213 (хулиганство) является общим составом, а ст. 148 (нарушение права на свободу совести и вероисповедания) – специальным, поскольку предусматривает ответственность за хулиганство, совершенное по религиозному мотиву.

Такой подход используется нашим законодателем не впервые. Например, ст. 159 (мошенничество) является общей, а специальные составы мошенничества вынесены в отдельные статьи. Такая законодательная техника вполне обоснована.

² URL: http://hamovnichesky.msk.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&srv_num=1&name_op=doc&number=117671859&delo_id=1540006&new=&text_number=1

³ URL: <http://www.nsad.ru/articles/zakon-o-zashhite-chuvstv-veruyushhih-s-tochki-zreniya-ateista>

Однако в случае с хулиганством законодатель забыл разграничить признаки составов хулиганства и нарушения права на свободу совести и вероисповедания. Дело в том, что п. «б» ч. 1 ст. 213 предусматривает ответственность за грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, совершенное по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы.

Например, 11 марта 2014 г. житель города Нягани Ханты-Мансийского автономного округа, находясь в храме свт. Алексия Московского, нецензурно выражался в адрес прихожан, ударил одного из них, демонстрируя тем самым пренебрежение к сложившимся в обществе правилам и нормам поведения.

21 марта 2014 г. прокуратура сообщила о возбуждении уголовного дела в отношении данного мужчины по ч. 2 ст. 148 УК РФ (публичные действия, выражающие явное неуважение к обществу и совершенные в целях оскорбления религиозных чувств верующих, в местах, специально предназначенных для проведения богослужений)⁴. Однако данные действия полностью охватываются диспозицией ст. 213 УК РФ и могут быть квалифицированы как хулиганство, совершенное по мотиву религиозной ненависти или вражды. Таким образом, существует конкуренция между этими нормами. Пленум Верховного Суда РФ не дает никаких разъяснений по этому вопросу. На практике могут возникнуть сложности при квалификации упомянутых выше действий. Следует отметить, что ответственность за хулиганство установлена более строгая, чем за нарушение права на свободу совести и вероисповедания. Таким образом, одно и то же лицо за одно и то же преступление может быть приговорено к разному наказанию. Полагаем, это пробел в законодательстве, который нужно устранить. Причем желательно сделать это не с помощью разъ-

⁴ URL: <http://www.sova-center.ru/religion/news/extremism/counter-extremism/2014/03/d29196/>

яснений Пленума Верховного Суда, а путем внесения изменений в проблемные статьи.

По нашему мнению, из ст. 213 УК РФ следует убрать п. «б», предусматривающий разновидность хулиганства, совершенного по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы (его еще называют экстремистским). Для устранения конкуренции между обсуждаемыми нормами достаточно убрать одно слово «религиозной». Почему мы предлагаем убрать весь пункт? Часть 1 ст. 213 делит хулиганство на два вида: а) с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия; б) по экстремистскому мотиву.

Объединенными в одной норме оказались фактически два состава, отличающиеся, с одной стороны, по мотивам: хулиганскому и мотиву ненависти или вражды, а с другой – по объективной стороне: в первом случае грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, должно сопровождаться применением оружия, во втором случае этого не требуется.

Таким образом, для наличия второго состава хулиганства достаточно будет совершить действия, образующие мелкое хулиганство (ст. 20.1 Кодекса Российской Федерации об административных нарушениях), но по мотиву ненависти или вражды. Справедливо ли это? Полагаем, что нет, так как характер общественной опасности таких деяний вряд ли требует применения мер уголовно-правового воздействия. Ведь сейчас, исходя из строгого толкования закона, под действие ст. 213 можно подвести, к примеру, нецензурную брань бедного пенсионера в адрес хорошо зарабатывающего работника банка, если такая брань мотивирована ненавистью к лицу как представителю социальной группы, в данном случае, банковских служащих или состоятельных сограждан⁵. Заметим, что за оба состава, абсолютно разных по уровню общественной опасности, установлена одна санкция.

⁵ См.: *Кунашев А.* Хулиганство как преступление с двумя основными мотивами // *Законность.* 2010. № 2. С. 44–45.

На основании изложенного считаем, что ст. 213 УК РФ должна выглядеть следующим образом:

1. Хулиганство, т.е. грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, совершенное с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия.

2. То же деяние, совершенное группой лиц по предварительному сговору или организованной группой, связанное с сопротивлением представителю власти либо иному лицу, исполняющему обязанности по охране общественного порядка или пресекающему нарушение общественного порядка.

Такие изменения помогут устранить коллизию между ст. 213 и ст. 148 и избежать необоснованного привлечения лиц к уголовной ответственности.

Нужно ли вносить изменения в ст. 148 УК РФ? Да, нужно. Данная статья предусматривает ответственность за нарушение права на свободу совести и вероисповедания. Термин «свобода совести» содержится в ст. 3 Федерального закона «О свободе совести и религиозных объединениях» и обозначает право исповедовать индивидуально или совместно с другими любую религию или не исповедовать никакой, свободно выбирать и менять, иметь и распространять религиозные и иные убеждения и действовать в соответствии с ними⁶. Как видим, Федеральный закон наряду с правами верующих защищает и права атеистов. Часть 1 ст. 148 говорит только о тех публичных действиях, которые оскорбляют религиозные чувства верующих, о чувствах людей, не исповедывающих никакой религии, речи не идет. Можно ли здесь усмотреть дискриминацию? Полагаем, можно.

Мы живем в светском государстве, что прямо записано в Конституции России. Мы установили равенство всех религий, общественных объединений и религиозных объединений. Но при этом законодатель вводит в УК РФ нормы, которые устанавливают наказание, условно говоря, за оскорбление чувств отдельной группы людей, которые принадлежат к отдельным

⁶ См: О свободе совести и о религиозных объединениях : федер. закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ // Рос. газета. 1997. 1 окт.

общественным (т.е. религиозным) объединениям. Это, с одной стороны, демонстрирует равенство всех религий (ответственность должна наступать вне зависимости от того, чувства какой именно группы верующих были нарушены), а с другой стороны, нарушает равенство граждан по признаку наличия или отсутствия веры.

Правильно было бы изложить ст. 148 УК РФ в следующей редакции:

1. Публичные действия, выражающие явное неуважение к обществу и совершенные в целях оскорбления религиозных чувств верующих.

2. Деяния, предусмотренные частью первой настоящей статьи, совершенные в местах, специально предназначенных для проведения богослужений, других религиозных обрядов и церемоний.

3. Действия, направленные на принуждение человека к исповеданию религии или отказ от исповедания религии.

4. Незаконное воспрепятствование деятельности религиозных организаций или проведению богослужений, других религиозных обрядов и церемоний.

5. Деяния, предусмотренные частью третьей настоящей статьи, совершенные:

- а) лицом с использованием своего служебного положения;
- б) с применением насилия или с угрозой его применения.

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС И КРИМИНАЛИСТИКА

Н. В. Агеева

ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ЛОВУШКИ И КРИТЕРИИ ИХ ДОПУСТИМОСТИ

Для эффективного и рационального расследования преступлений следователь использует богатый арсенал тактических приемов. Научно-технический прогресс настоятельно требует широкого внедрения в практику борьбы с преступностью психологических знаний. Многие из них основаны на убеждении, воздействии на психологические особенности и качества конфликтующей со следователем стороны, на отдельных психологических закономерностях. К таким приемам (но более сложным по составу) относят следственные хитрости, или, как их еще называют, психологические ловушки. Практическая значимость психологических ловушек как способов разрешения конфликтов состоит в их воздействии лишь на лицо, обладающее искомой информацией, кроме того, они являются нравственно допустимыми, а отказ от их использования существенно затруднит эффективное решение многих задач следователем, в том числе быстрое и качественное расследование уголовных дел. Следовательно, не вызывает никаких сомнений необходимость их использования на практике.

Итак, психологические ловушки – «приемы, с помощью которых предпринимаются попытки выяснить действительное информационное состояние контрагента и в случае установления нахождения его в том состоянии, когда с большей сте-

пенью вероятности можно предположить умышленное искажение информации или ее сокрытие, перевести лицо в состояние выдачи данной информации»¹.

Предпосылкой использования психологических ловушек является состояние, когда контрагент располагает достоверными знаниями об объекте (но следует обратить внимание, что, по мнению следователя, должен или может располагать). Следователь же зачастую обладает лишь минимальной информацией об исследуемом объекте и связанными с ним элементами (обладает лишь той, которая была получена самим следователем в ходе расследования), поэтому следователь пытается восполнить недостаток информации путем осуществления мыслительной деятельности, в результате которой выстраивается некая модель произошедшего события (модель процесса совершения преступления). Контрагент, безусловно, в большинстве случаев осознает неполноту сведений следователя и всячески пользуется этим, показывая свою уверенность при дачи им ложных показаний в ходе допроса.

В основе действия психологических ловушек лежат особенности закономерностей психической деятельности человека, выявленные психологией, а именно: зависимость мышления человека, линии его поведения от воздействия на лицо различных внешних сигналов (зрительных, слуховых и т.п.). Психологические ловушки выступают в качестве информационного импульса, внешнего сигнала, вносящего в модель контрагента рассогласование о знании следователя об объекте, что может повлечь за собой соответствующее изменение линии его поведения в желательном для следователя направлении. Сразу хотелось бы обратить внимание на то, что не всегда «ловушка» приводит к желаемому результату, так как информация, заложенная в приеме, может быть либо ошибочной в своих частях, либо даже полностью ошибочной.

Рассмотрим классический пример психологических ловушек.

¹ Баев О. Я. Конфликты в деятельности следователя. Воронеж, 1981. С. 138.

При обыске в квартире А., проводившемся в его присутствии, было изъято сравнительно немного ценностей. Из оперативных источников следователю было известно, что у А. должно находиться значительно больше ювелирных изделий, украденных из ломбарда. Однако на допросах А. утверждал, что у него ничего больше нет. Тогда следователь решил прибегнуть к инсценировке. Перед вызовом А. на очередной допрос он разложил на своем столе золотые изделия и бриллианты, изъятые у других обвиняемых. Когда А. ввели в кабинет, он в течение нескольких секунд с отдаленного расстояния смотрел на разложенные на столе ценности, которые следователь тут же начал убирать в пакет, бросив конвоиру фразу: «Подождите минуточку». Конвоир вывел А. в коридор, а когда вновь ввел его в кабинет, ценностей на столе у следователя уже не было. В ходе допроса следователь задавал вопросы, касавшиеся малозначительных деталей преступной деятельности А. Допрашиваемый был в подавленном состоянии, хотя и старался выглядеть равнодушным и не выдавать своего волнения. Возвратившись в камеру, он попросил бумагу и написал заявление, в котором указал места хранения всех ценностей, добытых преступным путем².

Прием «формирование ошибочного представления» достигается созданием условий для формирования у допрашиваемого ошибочного представления. Лицо, выстраивающее тактическую комбинацию, не формирует такого представления, не воздействует в этом направлении непосредственно на подследственного, а только создает такие условия, при которых это формирование становится возможным. Случится это или нет – зависит и от мастерства допрашивающего, и от психологических качеств допрашиваемого. Прием «создание впечатления осведомленности следователя об обстоятельствах события» – это тоже формально обман, а точнее, создание ви-

² *Пронин К. В.* Тактика допроса в суде. Процессуальные и криминалистические аспекты : учеб. пособие для вузов. URL: http://fictionbook.ru/author/konstantin_vladimirovich_pronin/taktika_doprosa_v_sude_processualnyie_i_/read_online.html?page=1 (дата обращения: 30.03.2014).

димости знания, на которое допрашиваемый реагирует (или не реагирует) сам³.

Несомненно, важность применения данных приемов при допросе не оспаривается, однако существует проблема допустимости данных приемов с точки зрения их соответствия закону. Кроме этого, особое раздражение у противников концепции правомерности «следственных хитростей» вызывали получившие распространение термины (хитрости, ловушки и т.п.), весьма далекие от этики устоявшихся представлений в отечественном судопроизводстве. Действительно, само название и терминология неудачны, носят двусмысленный, сомнительный характер и неточны по своему существу и содержанию. Тем не менее данная терминология прочно вошла в обиход.

Традиционно выделяют три основных критерия, предъявляемых к любому тактическому приему:

- 1) законность;
- 2) этичность;
- 3) избирательность.

Законность тактического средства предполагает, что его выбор и реализация должны не противоречить букве и духу закона и быть основанными на его нормах. В соответствии с требованиями ч. 3 ст. 7 и ст. 75 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), ч. 2 ст. 50 Конституции Российской Федерации доказательства должны быть получены предусмотренными законом способами, в противном случае они не будут иметь юридической силы и не могут использоваться при установлении обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Применение конкретных тактических средств исследования доказательств в суде должно соответствовать критерию этичности, т.е. находиться в соответствии с принятыми на данной ступени развития общества и в судебной практике нравственными принципами. В литературе справедливо отмечено: «Там, где есть выбор, где уголовно-процессуальный

³ Бахин В. П. Дезинформация и провокация как средство противодействия преступной деятельности // Междунар. Славян. акад. наук. URL: <http://www.agentura.ru/library/deza/> (дата обращения: 30.03.2014).

закон предоставляет свободу усмотрения, отношения основываются на нравственных правилах и нормах при действии правовых принципов»⁴.

Избирательность воздействия тактического средства при исследовании доказательств в суде как критерий его допустимости означает, что такое средство должно оказывать соответствующее воздействие на конкретное лицо, являющееся объектом такого воздействия, оставаясь при этом нейтральным для всех иных лиц⁵.

Определяющими признаками правомерности психического воздействия признаются сохранение допрашиваемым свободы выбора своей позиции, наличие условий для ее выбора и изложения и непротиворечие воздействия принципам законности и нравственности. Иначе говоря, у лица, в отношении которого используются эти средства, всегда должна оставаться возможность свободного выбора поведения. В качестве безальтернативного давления эти средства никогда использоваться не должны. При применении этих средств не должны допускаться нарушения прав личности.

Часть 2 ст. 189 УПК РФ закрепляет, что при проведении допроса следователь свободен при выборе тактики допроса, следовательно, ими могут использоваться любые средства, не противоречащие закону, психологические ловушки являются допустимыми средствами, но зачастую они используются следователем по усмотрению, благодаря выработанным им профессиональным навыкам. В настоящее время отсутствуют программы, обучающие лиц, производящих предварительное расследование, данным следственным хитростям. Представляется необходимым обязать следователей проходить курсы повышения квалификации с включением в программу предметов, обучающих хотя бы основным тактическим приемам, к которым относят и «психологические ловушки».

Грань между допустимым тактическим приемом и грубой провокацией и обманом весьма прозрачна. Процессуальный

⁴ *Ветрова Г. Н.* Закон и нравственность в уголовном судопроизводстве // Вестник МГУ. Сер. 11, Право. 1996. № 1. С. 55.

⁵ См.: *Баев О. Я.* Тактика следственных действий : учеб. пособие. Воронеж, 2012. С. 112–113.

закон не всегда может дать однозначный ответ на вопрос о допустимости того или иного приема, ведь каждый допрашиваемый обладает индивидуальными психофизиологическими характеристиками, и то, что может быть вполне допустимо для одного допрашиваемого, для другого может оказаться грубым давлением и психическим насилием. В идеале этот вопрос должен решаться в каждом конкретном случае индивидуально и с учетом не только процессуального закона, но и норм морали и нравственности.

К. В. Воротынцеv

ПРОБЛЕМЫ ПОДДЕРЖАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО ОБВИНЕНИЯ В СУДЕ ПЕРВОЙ ИНСТАНЦИИ

Тактика поддержания государственного обвинения в суде – это система научных положений и основанных на них соответствующих средств рационального представления в суде доказательств и их исследования, чутко реагирующая на возможные изменения судебных ситуаций, для обоснованного выдвинутого против подсудимого обвинительного тезиса и опровержения в отношении его доводов со стороны защиты¹.

Наиболее принципиальные различия этой тактики от тактики следственной деятельности определяются следующими факторами:

1. Государственный обвинитель действует, как говорил А. Ф. Кони, не в тиши «присутствия», а в обстановке публичного столкновения и обмена убежденных взглядов и действует «неведомым дотолем оружием – живым словом»².

2. Государственный обвинитель в судебном разбирательстве уголовных дел разрабатывает всего лишь две уже предложенные ему версии: сформулированную следователем в

¹ См.: *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. М., 2008. С. 378.

² *Кони А. Ф.* Собрание сочинений : в 8 т. Т. 4. М., 1967. С. 122.

© Воротынцеv К. В., 2014

обвинительном заключении, утвержденном прокурором, и контрверсию, версию стороны защиты, направленную на опровержение (полное или частичное) обвинительного тезиса. Следователь же к своей окончательной версии приходит, как правило, в результате весьма трудоемкой и длительной работы по «перебору» и проверки всех возможных версий, формулируемых им на протяжении всего предварительного расследования дела.

3. Результаты проверки следователем этих двух версий с большей или меньшей степенью полноты и обоснованности отражены в материалах уголовного дела, поступившего в суд для рассмотрения по существу. Это обуславливает специфику тактической деятельности государственного обвинителя, перенос основного ее акцента с поисковой части по собиранию доказательств (что наиболее характерно для тактической деятельности следователя) на часть исследовательскую, по проверке доказательств. Она осуществляется им в суде в условиях противодействия со стороны лиц, личные и профессиональные интересы которых направлены на опровержение или смягчение поддерживаемой государственным обвинителем процессуальной позиции по делу.

4. Хотя допустимость и эффективность используемых государственным обвинителем тактических приемов осуществления отдельных судебных действий следственного характера основана на тех же критериях, что и допустимость и эффективность тактических приемов следователя, они интерпретируются с учетом специфики судебного рассмотрения уголовных дел, к которой относятся публичность и динамичность судебного процесса, известность для подсудимого тех доказательств, которыми располагает сторона обвинения и т.д. Последнее обстоятельство в значительной степени исключает возможность использования государственным обвинителем тактических средств, основанных на использовании широко известного в следственной тактике «эффекта внезапности».

Стоит отметить, что тактика государственного обвинения, как и любая иная тактика, в высшей степени ситуативна, и в настоящее время она зависит не только от доказательной базы обвинения на момент окончания расследования, но в

большей степени от ее трансформации в процессе судебного разбирательства по уголовному делу. В связи с этим, по мнению О. Я. Баева, к началу судебного разбирательства уголовного дела возможны следующие тактические ситуации для государственного обвинителя:

а) обвиняемый полностью признает себя виновным в совершении преступления, и в деле имеется достаточная совокупность иных изобличающих его доказательств;

б) обвиняемый полностью признает себя виновным в совершении преступления, однако достаточность иных изобличающих доказательств проблематична;

в) обвиняемый виновным себя не признает, но в деле имеется достаточная совокупность изобличающих его доказательств;

г) обвиняемый виновным себя не признает, и достаточность изобличающих его доказательственной базы проблематична;

д) обвиняемый признает себя виновным частично: не отрицая главный факт (совершения вмененного ему деяния), не усматривает наличия в своих действиях либо всех необходимых элементов предъявленного ему состава преступления или доказанности отдельных обстоятельств, подлежащих установлению по уголовному делу в смысле ст. 73 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), а потому не согласен с квалификацией следователем и прокурором его действий;

ж) на протяжении всего расследования обвиняемый отказывался от дачи показаний в порядке ст. 51 Конституции Российской Федерации и потому его позиция по делу неизвестна;

з) по одним эпизодам обвинения складывается одна из перечисленных выше ситуаций, по другим – иная из них.

Каждая из этих ситуаций в судебном разбирательстве может измениться, и не всегда, а точнее в основном не в лучшую для государственного обвинения сторону. Так, ситуация «б» может перерасти в ситуацию «г». Например отказ от дачи показаний обвиняемого в суде и поддержание государственного обвинения в разы усложняется, а иногда становится невозможным. Многие ученые объясняют это различными причи-

нами, в том числе и связанными с допуском защитников на самые ранние этапы расследования.

В силу состязательности сторон в судебном разбирательстве главным оружием в суде является информация, полученная в ходе предварительного расследования. И обе стороны должны глубоко владеть всей информацией, имеющейся по делу³. В этом, на наш взгляд, заключается одна из главных проблем поддержания государственного обвинения в суде. Если защитник начинает участвовать на самых ранних стадиях, то государственный обвинитель зачастую вступает непосредственно перед судебным производством.

Стоит заметить, что многие авторы, в том числе и О. Я. Баев считают, что прокурору по наиболее сложным уголовным делам еще на стадии их предварительного следствия стоит поручать «прокурорское курирование» такого дела подчиненному, которого он планирует в дальнейшем назначить по нему государственным обвинителем. Это, несомненно, существенно могло бы облегчить последнему изучение материалов уголовного дела при подготовке к поддержанию государственного обвинения.

Помимо этого стоит учитывать и положение ст. 274 УПК РФ, согласно которой первым доказательства суду предоставляет сторона обвинения. Исходя из данной статьи, государственный обвинитель при подготовке к судебному разбирательству должен тщательно запланировать последовательность предоставления доказательств суду. Данное положение статьи осложняется тем, что обвинительное заключение зачастую подписывается одним прокурором, а поддерживает в суде государственное обвинение другой.

По данному вопросу существуют две точки зрения. Одни ученые считают, что доказательства следует предоставлять суду по нарастающей силе, т.е. от «слабых» к «сильным». Данная позиция является более действенной, так как именно доказательства, которые не могут быть опровергнуты стороной защиты и которые в полной мере могут указать, что именно

³ Баев О. Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. М., 2008. С. 352.

подсудимый виновен в предъявленном ему обвинении, должны ставить точку в судебном заседании. В основе данного подхода предоставления доказательств в суде, лежат и особенности психологического формирования внутреннего убеждения, ведь лучше всего запоминаются те факты, которые были представлены последними.

О. Я. Баев, исходя из этого, сформулировал следующую рекомендацию: при определении последовательности предоставления суду доказательств, последними из них рационально предъявлять те, которые основаны на материальных следах (заключения экспертиз, протоколы осмотров и т.д.), потому как они значительно меньше, чем следы идеальные (отраженные в показаниях лиц), подвержены в суде неожиданным изменениям⁴.

Существует и противоположное мнение по данному вопросу. Например, В. В. Воскресенский считает, что: «1. В первую очередь, необходимо исследовать в судебном заседании те факты, которые наиболее полно обоснованы доказательствами, а затем переходить к более спорным обстоятельствам дела. 2. Если в заседании предстоит произвести ряд однородных судебных действий, то предпочтительнее начинать с исследования доказательств, представляющих наибольшую ценность для обвинения»⁵.

Несомненно, у обоих этих подходов есть свои плюсы и свои минусы, но, на наш взгляд, можно пойти и по третьему пути. Представлять доказательства так, чтобы смазанные факты, свидетельствующие о том, что именно данное лицо совершило преступление, находились между наиболее полно обоснованными доказательствами, – так сказать, «обрамить» слабые факты сильными. Тем самым с самых первых минут разбирательства государственный обвинитель может убедить судью в обоснованности предъявленного государственного обвинения лицу, так же как и последние представленные доказательства, которые сторона защиты не сможет оспорить, поставят

⁴ Баев О. Я. Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. М., 2008. С. 386.

⁵ Поддержание государственного обвинения по делам о тяжких преступлениях против жизни и здоровья. М., 1994. С. 57–58.

точку в рассмотрении уголовного дела. За счет такой расстановки доказательств оспариваемые факты могут затеряться на общем фоне, что, в свою очередь, сделает поддержание государственного обвинения более эффективным.

Касаясь способов поддержания обвинения, А. Кони указывал, что прокурор «не должен ни представлять дела в одностороннем виде, извлекая из него только обстоятельства, уличающие подсудимого, ни преувеличивать значение доказательств и улики или важность преступления»⁶. Он предостерегал прокурора от «близорукой или ослепленной односторонности». Всесторонность, полнота государственного обвинения – вот, что придает ему объективность, а не изображение деятельности прокурора в суде, лишенной ясно обозначенной конкретной цели.

В поддержании государственного обвинения состоит главное направление всей деятельности прокурора в суде, его процессуальная функция. Но что значит поддерживать обвинение? Это значит доказывать, обосновывать, мотивировать утверждение, что обвиняемый виновен в совершении инкриминируемого ему преступления и подлежит наказанию. Следовательно, предъявление суду доказательств, подтверждающих вывод о виновности обвиняемого, их систематизация и анализ, а также опровержение контрдоказательств, выдвигаемых стороной защиты, – все это и есть поддержание обвинения, реализация прокурором его функции государственного обвинителя⁷.

По мнению некоторых ученых, с учетом этой позиции криминалистической наукой должны разрабатываться рекомендации, которые помогут решить государственному обвинителю основные вопросы.

Во-первых, методические и тактические особенности деятельности прокурора в процессе судебного следствия, а именно:

– планирование участия прокурора в исследовании доказательств в суде;

⁶ Кони А. Ф. Собр. соч. М. : Юрид. лит. 1968. Т. 4. С. 125.

⁷ Туготов Б. А. Криминалистические аспекты поддержания государственного обвинения. Законность. 2012. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

– методика представления суду доказательств, собранных в ходе предварительного следствия;

– методика и тактика исследования доказательств в типовых, наиболее сложных следственных ситуациях (восполнение в суде пробелов предварительного следствия; устранение существенных противоречий между различными доказательствами; исследование доказательств, изменившихся в судебном разбирательстве по сравнению с предварительным следствием).

Во-вторых, требуют разработки особенности поддержания обвинения по отдельным категориям дел. Такая необходимость обусловлена тем, что рассмотрение в суде дел о некоторых преступлениях и поддержание обвинения по ним отличаются существенными особенностями. Результатом изучения указанных особенностей должна, очевидно, стать серия пособий или разделов пособий. В каждом из них будут рассмотрены особенности предмета доказывания – обстоятельств, подлежащих установлению по делам той или иной категории; процессуальных и тактических средств, наиболее пригодных и эффективных для выяснения указанных обстоятельств; наконец, особенности обвинительной речи прокурора.

Значительными особенностями обладают, к примеру, уголовные дела о преступлениях против половой неприкосновенности несовершеннолетних, в особенности малолетних. В ходе рассмотрения таких дел судами практически в каждом случае возникают проблемы тактико-психологического характера в доказывании вины подсудимого в ходе допроса несовершеннолетних потерпевших, которые при непризнании подсудимым своей вины зачастую меняют свою обвинительную позицию в силу особенностей предмета доказывания, возраста, боязни публичной огласки произошедшего со стороны участников заседания, необходимости дачи правдивых показаний в суде в присутствии подсудимого и иных участников судебного разбирательства, других объективных и субъективных особеннос-

тей личности потерпевших и подсудимого, их взаимоотношений, психологического дискомфорта в целом⁸.

В связи с учетом специфики объекта преступного посяательства, предмета доказывания и психологических особенностей потерпевших по такой категории дел весьма актуальным было бы законодательное закрепление в УПК РФ возможности воспроизведения видеозаписи допроса потерпевших, полученной на предварительном следствии, без их непосредственного участия в суде с целью избежания таких конфликтных ситуаций и причинения им дополнительных нравственных страданий в связи с необходимостью воспроизведения события преступления.

При поддержании тактики государственного обвинения в суде могут возникнуть конфликтные ситуации, такие же, как и в ходе предварительного расследования. Однако если же в последнем случае конфликт будет связан с каким-то определенным следственным действием, то в суде при поддержании государственного обвинения, прокурор сталкивается с противодействием со стороны защиты в непосредственной и активной форме. Выделяют несколько видов конфликтных ситуаций в суде, при которых реализация тактических приемов государственного обвинения усложняется:

- реализация тактических приемов в условиях активного противодействия со стороны защиты;
- реализация в условиях пассивного противодействия со стороны защиты.

Отсюда вытекает и третья проблема поддержания государственного обвинения, которую должна решить криминалистика. Это тактика производства в судебном разбирательстве отдельных процессуальных действий следственного характера. Если по традиционным действиям, таким как допрос и очная ставка, есть немало рекомендаций в учебниках, работах процессуалистов и пособиях для следователей, то значительно хуже обстоит дело с такими средствами исследова-

⁸ *Тугутов Б. А.* Криминалистические аспекты поддержания государственного обвинения. Законность. 2012. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ния доказательств, как осмотр места происшествия, проверка на месте показаний допрашиваемых лиц, следственный эксперимент, различные виды криминалистических экспертиз как средств проверки достоверности других доказательств. Между тем производство в суде именно таких действий, без которых иногда трудно эффективно проверить достоверность тех или иных показаний, особенно в условиях сильного противостояния стороны защиты, устранение противоречий между ними обладает спецификой по сравнению с предварительным следствием; здесь труднее всего применить рекомендации, разработанные криминалистикой для следователей.

Таким образом, в условиях состязательности судебного разбирательства государственный обвинитель как никогда испытывает нужду в разработке методических рекомендаций по осуществлению тактики поддержания государственного обвинения в суде. Следует разработать научные пособия не только для поддержания обвинения по отдельным категориям уголовных дел, но также разработать пособия для поддержания тактики государственного обвинения в суде присяжных, а также уделить особое внимание к подготовке стороны обвинения к прениям сторон, ибо это завершающий этап судебного разбирательства, который может решить исход дела.

Ю. А. Волобоева

УЛИКИ ПОВЕДЕНИЯ В КРИМИНАЛИСТИКЕ

В процессе исследования места совершения преступления обычно выявляются свидетели и очевидцы, которые могут описать признаки внешности подозреваемых, а также материальные следы. В криминалистической литературе при изложении криминалистических характеристик отдельных видов преступлений описываются типичные способы совершения и сокрытия конкретного противоправного деяния и типичная следовая картина. А о личности типичного преступника,

о том, что побудило его совершить противоправное деяние, о типичной обстановке совершения преступления приводятся, как правило, на что указывает Р. С. Белкин, криминологические, а не криминалистические сведения¹. Хотя важно значение и таких данных, как, например, предшествовавшее событию и выраженное во вне намерение определенного лица совершить преступление; внезапный, безмотивный для невиновного переезд лица на новое место жительства из населенного пункта, где совершено преступление, резкое изменение в состоянии и поведении лица, характерное для совершившего преступление. Подобные элементы криминалистической характеристики являются своего рода отражениями процессов, ведущих к преступлению, либо самого преступления.

Роль улик поведения в практике расследования преступлений подчеркивали и криминалисты прошлых лет. О допустимости занесения в протокол допроса внешних признаков лживости допрашиваемого указывал И. Н. Якимов, отмечая, что, по мнению опытных следователей, к таким признакам следует отнести «перемену окраски лица, неестественный румянец или внезапную бледность, дрожь в теле, облизывание языком пересыхающих губ, глотание воздуха, как будто его недостаточно». Однако подчеркивал он, доверяться этим признакам нельзя, «так как они могут происходить вообще от душевного волнения, связанного с процедурой допроса»².

С другой стороны, в 30-е гг. XX столетия известный нейрopsихолог А. Р. Лурия предлагал использовать психические следы для установления причастности подозреваемого к преступлению. Он писал: «Преступление всегда связано с сильным аффектом, который у лиц, совершивших его впервые, принимает, естественно, острый характер. Трудно предположить, чтобы от этого аффекта преступления в психике совершившего его человека не осталось никаких следов»³. Проводя

¹ См.: Белкин Р. С. Криминалистика : проблемы сегодняшнего дня. Злободневные вопросы российской криминалистики. М., 2001. С. 222.

² Якимов И. И. Криминалистика : руководство по уголовной технике и тактике. М. : ЛексЭст, 2003. С. 325.

³ Лурия А. Р. Психология в определении следов преступления. М. : Научное слово, 1938. С. 5.

различные психологические эксперименты, он в своих работах отмечал: «Каждый раз, когда слово, предъявляемое испытуемому, оказывалось имеющим отношение к скрываемому рассказу, – ассоциации его резко тормозились, он давал примитивные реакции и т.п., экспериментатор наблюдал целый ряд симптомов, по которым можно было с уверенностью сказать, какое именно содержание скрывается испытуемым. Поставленные в таких лабораторных условиях опыты оказались весьма целесообразным и интересным перенести на естественный материал – преступников, которые ведь тоже имеют позади аффективные переживания, психические следы от которых они с тщательностью скрывают»⁴.

Гипотеза А. Р. Лурия до сих пор так и не получила научного подтверждения, признания и должного практического применения в следственной практике. О необходимости включения в криминалистическую характеристику преступления сведений об уликах поведения в специальной литературе неоднократно упоминалось, но реального отражения это не нашло⁵.

Под уликами поведения понимаются, главным образом, данные о фактах, негативно характеризующие поведение подозреваемого (обвиняемого) как связанное с совершенным преступлением. Уликами поведения могут быть: уклонение от ответственности; осведомленность обвиняемого о таких обстоятельствах преступления, которые могли быть известны только исполнителю; использование обвиняемым плодов преступления; поступки и высказывания обвиняемого, косвенно свидетельствующие о сознании им своей виновности; повышенный интерес к действиям следователя и ходу расследования и др.⁶

Говоря об уликах поведения, нельзя с определенностью утверждать, что биологические или поведенческие изменения

⁴ Лурия А. Р. Экспериментальная психология в судебно-следственном деле. URL: www.yurpsy.com (дата обращения: 12.05.2014).

⁵ См.: Незнамов А. И. Улики поведения в криминалистике // Вестник Пермского ун-та. 2009. № 3 (5). С. 98.

⁶ См.: Белкин Р. С. Криминалистическая энциклопедия. URL: www.ensdic.com (дата обращения: 12.05.2014).

есть результат установления факта причастности участника следственного действия к тому или иному обстоятельству расследуемого события преступления. Не всегда перемена внешнего облика подозреваемого, свидетеля, потерпевшего позволяет с уверенностью констатировать, что данные перемены напрямую связаны с той или иной деятельностью следователя в процессе проведения им следственных действий и в конечном счете – с событием преступления. Такие изменения могут быть результатом:

1) биологических свойств личности (краснеть, покрываться пятнами, заикаться при разговоре женщины с мужчиной-следователем);

2) наличия у участника следственного действия какого-либо психического заболевания;

3) намеренного изменения участником процесса своего поведения с целью скрыть определенные факты, прямо или косвенно связанные с событием преступления.

На основе улик поведения в совокупности с другими прямыми или косвенными доказательствами может быть сделан вывод о причастности или непричастности лица к преступлению, о виновности или невиновности обвиняемого, поскольку улики поведения могут дать основание для установления причинной связи между ними и преступлением. Например, угроза убийством может быть уликой, так как отражает плохое отношение обвиняемого к потерпевшему, что может явиться мотивом для совершения преступления.

Таким образом, сведения, играющие роль косвенных доказательств, могут в то же время выступать и как улики поведения, хотя и не всегда.

Такие улики поведения, как улики состояния и виновная осведомленность, могут быть доказательствами. При проведении следственных действий некоторые поведенческие характеристики все-таки могут являться доказательствами. Ими как раз и могут быть улики состояния и виновная осведомленность подозреваемого или обвиняемого⁷.

⁷ Чегодаева С. С. Криминалистическое исследование улик поведения. М. : Изд-во Московского психолого-социального института ; Воронеж : МО-ДЭК, 2005. С. 76.

Г. Н. Мудьюгин отмечает, что «имеющими доказательственное значение должны быть признаны лишь следующие виды поведения обвиняемого (или подозреваемого) независимо от того, проявлялось оно после или до совершения преступления: поведение, направленное на уклонение от грозящего обвиняемому наказания; проявление обвиняемым осведомленности об обстоятельствах, которые могли быть известны лишь преступнику»⁸.

Психологические свойства оказывают самое существенное влияние на действия правонарушителя. Например, потребности, взгляды, привычки находятся в причинной связи с решением субъекта совершить преступление, с выбором объекта посягательства.

Итак, данные высказывания подтверждают мнение о том, что сведения о личности преступника могут иметь большое значение при расследовании преступления.

Улики состояния должны исследоваться, как и любое другое доказательство.

О важном для расследования дела значении виновной осведомленности написано достаточно много. Преступники, в частности убийцы, испытывают непреодолимую потребность говорить о своем деянии. Мотивом к тому является иногда тщеславие или хвастовство, иногда потребность высказать то, что постоянно занимает ум преступника. Во время собеседования с другими преступник охотно переводит разговор на преступление. Безусловно, он на страже и старается не сказать то, что могло бы навлечь на него подозрение. Однако во время разговора его часто можно поймать на передаче подобных подробностей, которые могут быть известными только совершившему преступление: они его выдают.

При исследовании такого косвенного доказательства, как виновная осведомленность, следует установить связь между данным доказательственным фактом и другими доказательствами и проверить согласованность их между собой. Таким образом, необходимо провести такую же исследовательскую

⁸ Мудьюгин Г. Н. Расследование убийств по делам, возбужденным в связи с исчезновением потерпевшего. М., 1962. С. 15.

работу, как и с любым другим косвенным доказательством. Виновная осведомленность, а также другие улики поведения, может иметь важное доказательственное значение и являться косвенным доказательством по делу⁹.

Г. Н. Мудьюгин предлагает выделять три вида улик поведения, а именно:

1) действия обвиняемого, направленные на уклонение от грозящей ему ответственности;

2) проявление обвиняемым виновной осведомленности, т.е. знание таких обстоятельств преступления, которые могли быть известны лишь виновному;

3) прочие поступки и высказывания обвиняемого, косвенно свидетельствующие о сознании им своей виновности¹⁰.

Говоря о практическом назначении улик поведения, можно выделить следующее:

1) в криминалистических характеристиках отдельных видов преступлений необходимо отражать типичные улики как допреступного, так и постпреступного поведения;

2) следует излагать типичные улики поведения не только вероятного преступника, но и жертвы, потерпевшего, свидетеля;

3) приводимые перечни типичных улик допреступного и постпреступного поведения могут и, несомненно, будут служить на начальном этапе расследования в качестве основания для конструирования типичных следственных версий;

4) криминалистическая характеристика преступления после наполнения ее перечнями типичных улик поведения приобретает более криминалистическое содержание и будет иметь существенное практическое значение для деятельности правоприменительных органов, а учебный процесс наполнится предметным, профессиональным содержанием.

Однако интерес представляют и улики поведения, проявляемые в процессе проведения следственных действий. Думается, что выявление, формирование и изложение в кримина-

⁹ Чегодаева С. С. Криминалистическое исследование улик поведения. С. 78–79.

¹⁰ Мудьюгин Г. Н. Расследование убийств, замаскированных инсценировками. М., 1973. С. 14.

листических характеристиках системы типичных улик поведения, проявляемых при производстве следственных действий, применительно к лицам, видам преступления, следственным ситуациям даст положительный эффект в работе по конкретным уголовным делам. Умение разбираться в психофизиологической природе улик поведения, их сущности, видах, особенностях проявления помогает следователю и работникам дознания успешно решать оперативно-тактические задачи: выдвигать обоснованные версии и вести их продуманную разработку, осуществлять целенаправленный, всесторонний поиск доказательств, избирать правильную тактику допроса подозреваемых (обвиняемых), проведения других следственных действий и т.д.

Сказанное позволяет сделать вывод, что проблема поведения личности, как до совершения преступления, так и после него в процессе проведения следственных действий, а также повторяемость этого поведения приобрела особую актуальность, и несмотря на то, что многие ученые улики поведения относят к косвенным доказательствам, все же это поведение отличается во множестве взаимосвязанных улик и требует особого криминалистического изучения и рассмотрения в качестве частной криминалистической теории.

О. В. Зиборова

НЕТРАДИЦИОННЫЕ СРЕДСТВА И МЕТОДЫ В КРИМИНАЛИСТИКЕ

С целью повышения эффективности борьбы с преступностью необходимо использовать новые средства и пути получения и использования ориентирующей и доказательственной информации. Решение этой задачи непосредственно связано с интеграцией в криминалистику современных достижений естественных и гуманитарных наук. Многие из подобных до-

стижений не получают широкого распространения на практике, в силу чего именуются нетрадиционными. Сам термин «нетрадиционные методы и средства» в достаточной степени условен, так как в криминалистике в настоящее время не сформулировано единое понятие, в то время как практика расследования преступлений обращается к данным методам все чаще. В связи с этим возникает необходимость закрепления понятия «нетрадиционные методы исследования», а также систематизации и определения их места в науке криминалистике. Можно встретить следующее определение нетрадиционных методов – не принятые практикой в качестве рабочих и постоянных приемы и способы, применяемые в разрешении единичных следственных ситуаций на различных этапах расследования преступления. Однако данное понятие не отражает содержания данных приемов.

Не все ученые признают необходимость таких средств и методов, например, А. М. Ларин считает данное направление «паракриминалистикой» и отрицает научность и необходимость¹. Стоит признать, что все новое вначале неизбежно сталкивается с критикой, но с течением времени перестает именоваться нетрадиционным и становится неотъемлемой частью криминалистики. Например, за последние тридцать лет перешли из разряда нетрадиционных в собственно криминалистические разделы: криминалистическое исследование веществ и материалов, криминалистическая фоноскопия. В. В. Мальцев считает необходимым своевременное устранение нормотворческих пробелов, связанных с неурегулированностью применения новейших и нетрадиционных для криминалистики методов исследований. Он формулирует следующие обязательные признаки нетрадиционных методов исследования:

1) применяемые при решении следственных задач приемы и способы продиктованы единичными по своим следственным характеристикам следственными ситуациями, которые ранее не возникали в практике расследования преступлений и, следовательно, не имеют аналога;

¹ См.: Ларин А. М. Криминалистика и паракриминалистика : науч.-практ. и учеб. пособие. М. : БЕК, 1996. С. 175.

2) данные приемы и способы даже при условии их доступности и технологической простоте применения еще не приняты практикой в качестве рабочих и постоянных, но при исключительной редкости, единичности возникновения таких следственных ситуаций могут представлять определенную практическую ценность;

3) использование нетрадиционных приемов и способов является одним из перспективных этапов всего процесса расследования преступления².

Наибольший интерес в научной литературе вызывают проблемы использования полиграфа, остальным же нетрадиционным средствам и методам (одорология, биоритмология, использование гипнотического воздействия) уделяется не такое пристальное внимание.

Хотелось бы затронуть некоторые аспекты использования запахового и музыкального фонов при допросе. Общим для этих методов является то, что допросу должны предшествовать оперативно-следственные мероприятия по сбору информации, характеризующей личность, по учету индивидуальных особенностей и оценке эмоционально-волевой сферы допрашиваемого лица. Необходимым условием проведения такого допроса является установление психологического контакта и создание спокойной обстановки, исключающей присутствие третьих лиц и посторонних шумов. Это необходимо для достижения максимального воздействия музыкального или запахового фона.

Обонятельные ощущения человека, наравне со слуховыми и зрительными, играют огромную роль в его жизни. Существует много запахов, характер которых меняется в зависимости от концентрации. Очень часто люди с одинаковой остротой обоняния по-разному воспринимают запах одного и того же вещества, поэтому при использовании запахового фона необходимо точно проработать такие детали. Обоняние более тесно связано с эмоциональной сферой человека, чем другие чувства, так как почти всякое обонятельное ощущение обладает

² Мальцев В. В. Нетрадиционные методы исследования в криминалистике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2001. С. 14.

более или менее ярко выраженным характером приятного и неприятного. Известно, что лица, содержащиеся под стражей, имеют дело с гораздо меньшим числом внешних раздражителей, чем люди, находящиеся на свободе. Это, безусловно, способствует повышенному реагированию со стороны арестованных на всякого рода раздражители, в том числе и на запахи. Тактические условия применения запахов основывались на положениях парфюмерии о том, что сила, резкость и характер запаха духов ощущается не сразу, а по истечении 3–5 минут. Наиболее характерные свойства запаха проявляются только через 15–20 минут. Специалистами этот запах называется основным, серединным, – именно он сохраняется в течение длительного времени. Поэтому за 10 минут до доставления допрашиваемого лица в кабинет следователь опрыскивает соответствующими духами кусок шерстяной ткани, помещаемый затем под стол. Для исключения посторонних раздражителей кабинет предварительно проветривается. Возможно напоминание о тех событиях, которые связаны с данным запахом, чтобы лицо настроилось на рассказ об интересующих следователя фактах.

Практика показала, что в большинстве случаев достаточно даже небольшого количества запаха – напоминания о прошлой жизни, чтобы эмоциональное воздействие слова следователя неизмеримо усилилось, подтолкнуло правонарушителя к признанию. Н. Н. Китаевым было проведено исследование: обвиняемых-женщин допрашивали с использованием запахового фона. При этом во всех эпизодах никто из допрошенных не догадывался о специальном применении запахов. Это проверялось оперативным путем: многие допрошенные не высказывали догадок о проводимом следователем эксперименте по применению запахов, но объясняли свое признание воздействием запаха «приятного прошлого». В 37 случаях из 45 такой допрос с применением запаха был успешным. Обвиняемые зачастую сначала плакали, каялись, затем давали показания, которые объективно подтверждались в ходе дальнейшего следствия. В двух случаях допрашиваемые продолжали упорствовать, и вину признавали лишь некоторое время спустя, под давлением предъявленных доказательств.

Шесть обвиняемых не признали вины как на следствии, так и в суде. Все они занимали ответственные посты в торговле, имели энергичный, властный характер. Внутренняя установка «не раскрываться» оказалась у них доминирующей³.

Существуют формы эмоционального воздействия, менее или вовсе не зависящие от индивидуального опыта личности, например эмоциональное воздействие ритмов⁴. Если говорить о воздействии ритмов на эмоциональную сферу человека, то нужно, очевидно, в первую очередь иметь в виду музыку как определенный фон допроса, обстановку, содержание музыкальных произведений, степень их воздействия на допрашиваемого, а это при допросах практически никогда не используется.

Влияние музыки на человека во многом зависит от конкретных жизненных условий, в которых он оказался. Лицо, подозреваемое и тем более обвиняемое в совершении преступления, испытывает колоссальный стресс, поэтому музыкальное воздействие возможно, но для этого необходимо точно подобрать соответствующий фон.

Н. П. Ермаков и Н. Н. Китаев приводят такой пример применения музыкального фона: в течение 1975–1976 гг. следственным отделом УВД Иркутского облисполкома расследовалось уголовное дело о преступной группе, возглавляемой Ш. Один из обвиняемых – С. – не давал показаний около двух месяцев. Было установлено, что он очень любит песню «Березовый сок». Путем применения магнитофонной записи этой песни при допросе С. чистосердечно рассказал о нескольких десятках эпизодов преступной деятельности банды. Умело оперируя этими сведениями, следователь получил правдивые показания и от других соучастников. Показания всех обвиняемых были зафиксированы с помощью различных технических средств⁵.

³ См.: *Образцов В. А., Богомолова Н. Н.* Криминалистическая психология. М. : Закон и право, 2002. С. 353.

⁴ См.: *Саломян Л. С.* Физиологии эмоционально-эстетических процессов // Содружество наук и тайны творчества. М. : Искусство, 1968. С. 316.

⁵ См.: *Китаев Н. Н., Ермаков Н. П.* Тактико-криминалистические и процессуальные аспекты предварительного следствия : сб. науч. трудов. Иркутск : РИО ИГУ, 1991. С. 108.

Применение музыкального и запахового фонов при допросах, на наш взгляд, не может быть расценено как вид какого-то психического насилия, так как не диктует конкретное действие, не вымогает показания того или иного содержания.

К сожалению, на практике применение данных методов практически сведено к нулю, поэтому представляется необходимым консультирование следователей о возможностях применения запахового и музыкального фонов, так как многие практические работники могут быть плохо осведомлены о данных средствах. Предлагаем проведение практических семинаров по отработке навыков использования указанных фонов, поскольку в большинстве случаев успех от применения запахового или музыкального сопровождения зависит именно от мастерства следователя, его умения устанавливать психологический контакт и вести допрос. Однако стоит помнить о том, что не на каждое лицо запах или музыка могут оказать необходимый эффект, поэтому при подготовке к такому допросу необходимо глубокое изучение личности, ее особенностей, привычек и темперамента допрашиваемых, чтобы воздействие привело к ожидаемому результату. Считаем возможным привлечение в сложных следственных ситуациях специалиста-психолога для определения индивидуальных особенностей личности допрашиваемого. Также следует помнить, что музыкальное и запаховое воздействие особенно влияет на лиц, временно изолированных от общества, поэтому целесообразно применять специальный фон именно к этой категории допрашиваемых.

В заключение отметим, что нетрадиционные средства и методы должны обогатить и развить криминалистику, но их внедрение должно проводиться планомерно, без форсирования, поскольку эти новеллы требуют глубоких знаний в отдельных отраслях, а также системного подхода в изучении и применении. Определенную практическую сложность представляет привлечение специалиста, владеющего нетрадиционным методом исследования, необходимыми знаниями и навыками. При этом одновременно в теории и на практике существует мнение о сомнительности применяемых нетрадиционных методов исследования, что отрицательно влияет на

весь ход доказывания по уголовному делу. Неинформированность следователей о разработанных нетрадиционных методах расследования также не позволяет полно и эффективно использовать весь арсенал достижений современной криминалистики, постоянно пополняемый в настоящее время.

С. И. Кривошеев

НУЖЕН ЛИ ИНСТИТУТ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА?

В научной литературе дискуссия относительно того, нужен ли институт возбуждения уголовного дела, ведется уже не первый год. Для того чтобы лучше понять, почему некоторые ученые высказываются за исключение из уголовно-процессуального законодательства рассматриваемого института, необходимо совершить небольшой экскурс в историю.

Конец 30-х гг. XX в. ознаменовался в СССР печально известным «Большим террором». Согласно статистике в период с 1937 по 1938 г. было осуждено 1 344 923 человека, из них приговорено к высшей мере наказания 681 692 человека, или 50,69 %. Каждый второй из осужденных по политическим мотивам в 1937–1938 гг. был расстрелян. Постановления Политбюро ЦК ВКП (б) и приказы НКВД породили в обществе атмосферу страха, безысходности, двойной морали, доношительства, шпиономании¹.

Тогда действовал Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР 1923 г., и он не знал самостоятельной стадии возбуждения уголовного дела, а значит, следственные действия могли проводиться и непосредственно после заявления (инога сообщения) о преступлении. На практике это порождало ряд злоупотреблений властью и многочисленные нарушения прав граждан, когда без возбуждения уголовного дела они подвергались

¹ URL: <http://www.memorial.krsk.ru/Public/00/2007061.htm>

© Кривошеев С. И., 2014

жестким мерам процессуального принуждения². Несколько ограничить произвол органов предварительного расследования был призван Циркуляр Прокуратуры СССР от 5 июня 1937 г. № 41/26, п. 2 которого устанавливал, что «возбуждение уголовного дела и начало расследования могут иметь место лишь по мотивированному постановлению соответствующего следственного органа, утвержденному прокурором», однако в полном объеме это указание осуществилось только в 40–50-е гг.³ Самостоятельное же значение стадия возбуждения уголовного дела получила только в УПК РСФСР 1960 г., где она достаточно подробно регламентировалась. Таким образом, с этого момента в российском уголовном судопроизводстве, до принятия решения о возбуждении уголовного дела производство следственных действий и мер процессуального принуждения запрещалось. Кроме того, был довольно детально регламентирован правовой статус защитника.

Итак, если учесть все изложенное выше, то совершенно очевидно, что институт возбуждения уголовного дела возник как реакция на репрессии со стороны органов уголовной юстиции СССР. Этот институт создавал определенные барьеры при осуществлении уголовно-процессуальной деятельности органами следствия и дознания, с одной стороны, а с другой – защищал личность лица, в отношении которого велось уголовное преследование.

С тех пор как появился институт возбуждения уголовного дела, прошло уже больше пятидесяти лет и за это время изменилась обстановка как в конституционном строе государства России, так и в сознании общества. В связи с этим некоторые ученые-процессуалисты считают рассматриваемый правовой институт «пережитком» Советского Союза и видят в нем много негативных черт.

В частности, Б. Я. Гаврилов считает, что, во-первых, одним из негативных последствий существующей процедуры возбуждения уголовного дела является необходимость вызова вновь органом расследования потерпевшего, свидетелей для их допроса, проведения экспертных исследований, поскольку

² URL: <http://www.yourist-ufa.ru/vozbuzhdenie-ugolovnogo-dela>

³ Гаврилов Б. Я. Современная уголовная политика России : цифры и факты. URL: <http://www.lawmix.ru/commlaw/730>

первоначально по абсолютному большинству уголовных дел указанные действия производятся в форме получения объяснений, справок об исследовании, актов изъятия документов, не имеющих процессуального значения. Повторные вызовы и допросы вызывают негативное отношение граждан к данным процедурам. Во-вторых, наличие стадии возбуждения уголовного дела в российском уголовном процессе значительно затрудняет процедуры представления органом дознания материалов оперативно-розыскной деятельности. В-третьих, искажаются данные уголовно-правовой статистики о состоянии преступности в России, уровень которой на 100 тыс. населения в 3–3,5 раза ниже, чем в абсолютном большинстве государств. Показатели преступности сегодня целиком зависят от действия так называемого административного фактора, что наглядно подтверждается приведенными ниже статистическими данными о состоянии преступности в России за последние 30 лет, поскольку в уголовно-правовую статистику преступное деяние попадает исключительно после возбуждения уголовного дела, чего мировая юридическая наука и практика не знают⁴.

Одной из традиционных целей рассматриваемой стадии является «фильтрация» сообщений о правонарушениях, чтобы отсеять для проверки в порядке ст. 144–145 УПК РФ только сообщения о преступлениях. В связи с этим Б. Я. Гаврилов отмечает, что, например, в Швеции как преступления учитываются все 100 % заявлений, сообщений о противоправных деяниях. В США в число индексных преступлений включено всего восемь основных видов преступлений: убийства, преступления, совершенные на сексуальной почве (в том числе изнасилования); нападения с целью нанесения тяжких телесных повреждений; кражи; роббери и грабежи с применением насилия; кражи автомобилей; мошенничества; преступления, связанные с наркотиками. В США более чем по 4 млн, или 40 %, краж ущерб составляет менее 50 долларов, что, исходя из суммы пособия по безработице, соответствует по российскому законодательству мелкому хищению чужого имущества. Все они регистрируются как «индексные» преступления, однако

⁴ См.: Гаврилов Б. Я. Реалии и мифы возбуждения уголовного дела // Уголовное судопроизводство. 2010. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

полиция расследование по ним в полном объеме не проводит (аналогичная ситуация в Германии, где размер мелкой кражи, регистрируемой как преступление, составляет 50 евро)⁵. Поэтому Б. Я. Гаврилов предлагает отказаться от стадии возбуждения уголовного дела и допустить осуществление предварительного расследования по заявлению о преступлении⁶.

Представляется, что данная позиция, несмотря на свою обоснованность, не учитывает особенностей российского уголовного судопроизводства. Мы не можем ориентироваться на США или Швецию, где законодательство неизменно многие десятилетия. Наш уголовный процесс еще складывается, и нельзя просто, в одночасье, без ущерба для системы всего судопроизводства отменить какой-либо институт права. Здесь нельзя не сказать, что в новом УПК Украины законодатель пошел по «западному» пути: теперь каждое сообщение о преступлении регистрируется в Едином Реестре Досудебных Расследований (далее – ЕРДР) и по нему проводится расследование. Так, за три недели, прошедшие после вступления в силу нового УПК и применения новой процедуры фиксации уголовных правонарушений, в правоохранительные органы подано 225 075 заявлений и сообщений граждан, из которых 102 745 (45,7 %) – с признаками правонарушений, причем 99,6 % от их количества, т.е. 102 357 уголовных правонарушений, внесены в ЕРДР и по ним начато досудебное расследование. Ситуация же до введения нового УПК была такова. В 2010 г. – 344 476 возбужденных уголовных дел⁷. Конечно, в таких условиях потребуются максимально деформализовать работу органов дознания и следствия, иначе нагрузка станет невыносимой.

Недавние изменения УПК РФ⁸ устранили многие недостатки прошлых лет, в частности, теперь на стадии возбуж-

⁵ Там же.

⁶ Там же.

⁷ *Грошевой Ю. М., Каплина О. В.* Новый этап развития уголовно-процессуального законодательства Украины // Уголовное судопроизводство. 2013. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ (в ред. от 28.12.2013) // Рос. газета. 2013. 6 марта.

дения уголовного дела можно назначать судебную экспертизу (ч. 1 ст. 144 УПК РФ), что позволит решить проблему с израсходованием вещественных доказательств. Кроме того, лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, можно пользоваться услугами адвоката (ч. 1.1 ст. 144 УПК РФ). Таким образом, и гарантии прав на защиту обеспечиваются от любого воздействия на лицо со стороны органов дознания и следствия.

М. В. Махмутов отмечает, что, во-первых, в результате реформы практически оказалась стерта грань между стадией возбуждения уголовного дела и предварительного расследования; во-вторых, утратились такие функции, как : 1) «отсеивание» от необходимости полного расследования происшествий, не имеющих признаков преступления; 2) защита прав лиц, вовлеченных в уголовно-процессуальную деятельность, от необоснованного их ограничения⁹.

С этим мнением нельзя согласиться, так как несмотря на то, что полномочия органов предварительного расследования и были незначительно увеличены, однако данный факт не повлиял на назначение стадии возбуждения уголовного дела; по сути, ничего не изменилось, а нововведения удовлетворяли те необходимые потребности, которые давно назрели в практике правоприменения. Кроме того, по отношению ко всем этим полномочиям органов расследования закреплены корреспондирующие им права лиц, вовлеченных в уголовно-процессуальную деятельность.

Вообще говоря, ни одно уголовно-процессуальное законодательство мира не способно на 100 % обеспечить эффективность противодействия преступности. На первом месте стоит материально-техническое и кадровое обеспечение. Поэтому представляется, что при правильном сочетании этих двух составляющих эффективной борьбы с преступностью можно добиться как с помощью англо-саксонского уголовно-процессуального законодательства, так и с помощью российского.

⁹ Цит. по: *Махмутов М. В.* Закон о дознании в сокращенной форме и реформа стадии возбуждения уголовного дела // *Законность.* 2013. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Однако нельзя не отметить, что наиболее негативными моментами нашей уголовной юстиции является излишняя формализованность досудебных стадий, в том числе стадии возбуждения уголовного дела, а также так называемая «палочная система». Приведем отрывок из работы Ю. П. Боруленкова: «... работая в должности начальника уголовно-судебного отдела областной прокуратуры, на курсах повышения квалификации руководящих кадров Генеральной прокуратуры Российской Федерации в Москве на встрече с представителем прокуратуры США уровня помощника прокурора района я задал ему вопрос о реакции его руководителя на оправдательный приговор, постановленный по результатам процесса с его участием. Меня не поняли, и я достаточно долго объяснял свой вопрос. И когда американский прокурор сообразил, то ответил, что начальник его поощрит. И тут ахнули мы – почти сто человек руководителей УСО областных прокуратур страны. И нам объяснили, что прокурор его поощрит за то, что с имеющимися доказательствами он решился привлечь к уголовной ответственности негодяя»¹⁰. Прокуратура и суд заинтересованы в устойчивости приговоров в силу некоторых обстоятельств (в том числе дисциплинарной практики таких статистических показателей, как эффективность кассационного обжалования). Поэтому мало возбуждаемых дел, оправдательных приговоров, по этой же причине – и низкий уровень преступности по сравнению с другими странами, а также другие негативные последствия.

Таким образом, полагаем, что стадия возбуждения уголовного дела по-прежнему выполняет свои функции защиты от необоснованного процессуального принуждения, а негативные последствия, которые она порождает, должны устраняться по пути деформализации стадии возбуждения уголовного дела, а также по пути изменения оценки эффективности правоохранительных органов: учитывать надо не только количественные, но и качественные показатели.

¹⁰ Боруленков Ю. П. О некоторых вопросах реформирования органов уголовного преследования // Рос. следователь. 2013. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

О. А. Лозенков

ВИРТУАЛЬНЫЕ СЛЕДЫ В КРИМИНАЛИСТИКЕ И УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Одно из центральных мест в науке криминалистике занимает понятие следа. В широком смысле его можно определить как форму отображения объективной информации, доступную для собирания и изучения. Столь размытые границы данной категории вполне закономерно обуславливают существование различных классификаций следов. Общеизвестным является выделение двух крупных групп:

1. Материальные – «отпечатки» события на любых материальных объектах: предметах, документах, обстановке и т.п.
2. Идеальные – отпечатки события в сознании, памяти людей, наблюдавших его по той или иной причине¹.

Однако в науке нередки случаи, когда с течением времени даже, казалось бы, фундаментальные положения перестают удовлетворять реальной действительности. В последние несколько десятилетий этот тезис стал особенно актуальным ввиду широкомасштабного внедрения в повседневную жизнь электронных технологий. Новые возможности, предоставляемые ими, к сожалению, могут быть использованы не только в благих целях, но и в качестве средства совершения преступления.

В процессе расследования следственные органы неминуемо сталкиваются с такими формами отображения информации, которые знакомы и понятны обычному пользователю компьютера, но не укладываются в понятийные рамки, заложенные еще в прошлом веке. К их числу можно отнести электронные документы, программы различного рода и другие «вещи», которые, однако, не являются материальными объектами. В связи с этим в отечественной (что не может не радовать) криминалистической мысли появилась точка зрения от-

¹ См.: *Баев О. Я.* Основы криминалистики : курс лекций. М. : Эксмо, 2009. С. 55.

носителю необходимости выделения нового подвида следов – виртуальные следы.

Отметим, что хотя данная категория и появилась сравнительно недавно, вокруг нее уже успела развернуться терминологическая дискуссия. В литературе предлагаются такие варианты, как «бинарные следы», «компьютерно-технические следы» и др. На наш взгляд, они необоснованно сужают круг следов, обладающих определенной общей спецификой. Кроме того, термин «виртуальный» наиболее емко характеризует сущность данного явления, подчеркивая его «электронную природу».

В. А. Мещеряков, одним из первых обратившийся к данной сфере, определяет виртуальные следы как сохраняющиеся «в памяти технических устройств, в электромагнитном поле, на носителях машиночитаемой информации, занимающей промежуточное положение между материальными и идеальными»². Из приведенного определения вытекает их ключевой признак – расположение, место нахождения. Здесь можно провести параллель с идеальными следами: оба сравниваемых вида находятся в памяти, но различных «субъектов».

Для более четкого очерчивания круга следов, относимых к виртуальным, нельзя обойтись без классификационных операций. Так, А. Г. Волеводз в качестве критерия использует непосредственный физический носитель следа (жесткий диск, ОЗУ, сеть связи и т.п.)³. А. Ю. Семенов применительно к преступной деятельности предлагает отталкиваться от принадлежности цифрового устройства, подразделяя рассматриваемую категорию на следы на компьютере преступника и следы на «компьютере-жертве»⁴. Заслуживает также внимания предложенная Л. Б. Красновой классификация виртуальных следов по механизму следообразования на первичные (явив-

² Мещеряков В. А. Преступления в сфере компьютерной информации. Воронеж, 2002. С. 102.

³ См.: Волеводз А. Г. Противодействие компьютерным преступлениям. М., 2002. С. 159–160.

⁴ См.: Семенов А. Ю. Некоторые аспекты выявления, изъятия и исследования следов, возникающих при совершении преступлений в сфере компьютерной информации // Сибирский юридический вестник, 2004. № 1.

шиеся следствием действий пользователя) и вторичные (сформировавшиеся без участия человека и вне его желания)⁵.

Нам также представляется целесообразным взять за основу критерий характера, сущности следа и, таким образом, подразделить их на:

- электронные документы – файлы различного рода (текстовые, графические, аудиовизуальные и др.), содержащие какую-либо информацию;

- компьютерные программы (плагины, апплеты и т.п.), которые позволяют тем или иным образом вносить изменения в память устройства либо влиять на его функции;

- базы данных – совокупность таблиц, содержащих данные, упорядоченные определенным образом;

- cookie-файлы – сохраненные заполненные данные веб-форм, позволяющие получить доступ к персональным данным пользователя, вплоть до реквизитов платежных систем, банковских карт и т.п.

Вместе с тем для целей наук уголовно-процессуального цикла первостепенное значение имеет такой аспект данного вида следов, как возможность их использования в качестве доказательств. Пункт 5 ч. 2 ст. 82 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) относит к вещественным доказательствам (далее – вещдок) «электронные носители информации», что позволяет применять к ним общие правила использования вещдоков.

В криминалистической литературе существует точка зрения, что «закрепление и изъятие следов компьютерных преступлений как в процессуальных режимах осмотра, выемки или обыска в соответствии с действующим УПК, так и в ходе оперативно-розыскных мероприятий, фактически не обеспечивает сохранности их в том виде, в каком они обнаружены». Она основана на том, что данные следы не могут быть изъяты, а может быть лишь проведено их копирование. Однако, как уже говорилось выше, ст. 82 УПК РФ вполне успешно за-

⁵ См.: *Краснова Л. Б.* Компьютерные объекты в уголовном процессе и криминалистике : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2005. С. 17.

крепила возможность использования носителей информации в качестве доказательств, что подтверждает применимость уже существующих процессуальных форм собирания доказательств.

Несмотря на столь прогрессивный характер данной нормы, она все же решает лишь часть рассматриваемой проблемы. Зачастую информация, находящаяся в виртуальной среде, не материализована на конкретном носителе: она может находиться на носителе, расположенном далеко от места доступа (так называемые «облачные технологии»). Привязка к серверу, казалось бы, позволяет сформировать желаемый вещдок, однако зачастую серверы находятся в других странах и даже на других континентах, что крайне усложняет процедуру изъятия доказательства.

В связи с этим следует упомянуть и об изменениях в ст. 182 УПК РФ, в которую законодатель счел возможным добавить п. 9.1. Из его содержания следует, что при производстве обыска электронные носители информации изымаются с участием специалиста. По ходатайству законного владельца специалистом, участвующим в обыске, в присутствии понятых с них осуществляется копирование информации. Оно производится на другие электронные носители, предоставленные законным владельцем изымаемых электронных носителей информации. При этом копирование информации не допускается в следующих случаях:

1) когда это может воспрепятствовать расследованию преступления;

2) специалистом сделано заявление, подлежащее обязательному занесению в протокол рассматриваемого следственного действия, о том, что копирование может повлечь за собой утрату или изменение информации, имеющей доказательственное значение.

Об осуществлении копирования информации и о передаче электронных носителей, ее содержащих, законному владельцу изымаемых электронных носителей информации в протоколе обыска делается соответствующая запись.

Статья 183 УПК РФ, регламентирующая порядок производства выемки, была дополнена ч. 3.1 аналогичного содержания⁶.

С одной стороны, возможность копирования информации (доказательства) позволяет разрешить описанную выше проблему. С другой – в ней есть определенные недостатки, в первую очередь так называемый «человеческий фактор». Специалист, производящий операции с устройством, выпадает из поля уголовно-процессуального контроля. Понятое, присутствие которых в этой ситуации обязательно, вряд ли могут чем-то помочь, поскольку не обладают необходимыми познаниями в данной сфере.

Считаем необходимым применение иных методов фиксации виртуальных следов. А. Б. Смушкин предлагает следующую порядок такой фиксации:

1. Описание в протоколе следственного действия с указанием устройства, в памяти которого обнаружены следы, его принадлежности и технических возможностей, персонификаций файла – источника информации (расположение, дата создания, изменения и т.п.).

2. Фотографирование экрана с выведенной информацией о свойствах исследуемых файлов, служб, журналов и др.

3. Изъятие для исследования всего объекта⁷.

Еще одной значимой проблемой является установление происхождения виртуального следа, прослеживание его связи с конкретным пользователем. В этом аспекте наиболее перспективным с практической точки зрения представляется как можно более широкое внедрение электронной цифровой подписи, которая законодательно закреплена и определяется как используемая для определения лица, подписывающего информацию⁸.

⁶ См.: *Вехов В. Б.* Работа с электронными доказательствами в условиях изменившегося уголовно-процессуального законодательства // *Рос. следователь.* 2013. № 10. С. 22–24.

⁷ См.: *Смушкин А. Б.* Виртуальные следы в криминалистике // *Законодатель.* 2012. № 8.

⁸ Об электронной подписи : федер. закон от 6 апреля 2011 г. № 63-ФЗ // *Рос. газета.* 2011. № 75.

Подводя итоги, следует отметить, что категория виртуальных следов с каждым днем приобретает все большее значение в практической деятельности и потому требует пристального внимания со стороны как теоретиков, так и практиков криминалистики и уголовного процесса. В этой сфере не обойтись без применения специальных знаний, однако недостаточно наличия рядом квалифицированного эксперта, необходимо, чтобы следователь, дознаватель или судья сами обладали необходимым минимумом «компьютерной грамотности». Подстроить этот минимум под их нужды и есть задача ученых, в том числе криминалистов.

И. В. Сердюченко

ЦИФРОВОЕ АЛИБИ

Исследование любого преступления – процесс ретроспективный, т.е. преступление уже имело место быть в определенный промежуток времени в прошлом. А любое событие, уже имевшее место, может быть познано, исследовано единственным образом – реконструкцией в целом, а также его важнейших обстоятельств в пределах, установленных для того предметом доказывания по уголовному делу по тем изменениям, которое оно произвело во вне.

Возникают эти изменения объективно как результат взаимодействия объектов между собой. Таким образом, следы – единственный материал, с которым работает любой субъект уголовно-процессуального исследования преступлений. Лишь на одно разночтение в понимании следа следует обратить внимание. На наш взгляд, следом является не каждое из всех самых разнообразных материальных изменений, связанных с преступлениями, а лишь те из них, которые на современном этапе развития криминалистики мы в этом качестве осознаем; осознаем как след, возникший в результате преступной

деятельности либо с ней связанный причинно, и умеем его изымать, исследовать и использовать в целях познания, реконструкции преступных событий. Более ста лет назад криминалисты не владели методикой идентификации лица по отпечаткам пальцев и поэтому не пытались целенаправленно их выявлять и изымать при осмотрах места происшествия. Они не осознавали их в качестве криминалистически значимого следа, хотя сами по себе, отпечатки пальцев преступника на месте преступления неукоснительно отображались, надо полагать, со времени Каина¹.

Следы преступления как криминалистически значимые отображения преступной деятельности можно классифицировать на два вида:

1. Материальные следы – это «отпечатки» события на любых материальных объектах: предметах, документах, теле и организме потерпевшего и т.д.

2. Идеальные следы – отпечатки событий в сознании, памяти людей, совершивших преступления.

Интенсивное развитие средств информатизации, вычислительной техники и телекоммуникации привело к их широкому внедрению практически во все сферы жизни человека. С развитием техники на данный момент выделяют третий вид следов: виртуальные следы, возникающие в связи с работой электронной вычислительной техники. По мнению В. А. Мещерякова, под виртуальными следами понимают «любое изменение состояния автоматизированной информационной системы, связанное с событием преступления и зафиксированное в виде компьютерной информации. Данные следы занимают условно промежуточную позицию между материальными и идеальными следами»².

«Виртуальные следы» существуют объективно на материальном носителе, но недоступны непосредственному восприятию. Для их извлечения необходимо обязательное при-

¹ См.: Баев О. Я. Основы криминалистики : курс лекций. М. : Экзамен, 2001. С. 56.

² Мещеряков В. А. Преступления в сфере компьютерной информации : основы теории и практики расследования. Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2002. С. 104.

менение программно-технических средств, что сближает эту группу с материальными следами, но не делает их таковыми. В связи с этим обнаруживаемые с применением программно-технических средств «виртуальные» следы, во-первых, весьма неустойчивы, так как могут быть легко уничтожены при неправильном извлечении: во-вторых, получаемые «виртуальные» следы внутренне ненадежны, так как их можно неправильно «считать».

В Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации (далее – УПК РФ) 2001 г. была впервые дана законодательная трактовка понятия алиби, закрепленная в ч. 1 ст. 5, в которой говорится, что «алиби – нахождение подозреваемого или обвиняемого в момент совершения преступления в другом месте»³. До 19 июня 2006 г. алиби упоминалось также в ч. 6 ст. 234 УПК РФ: «Ходатайство стороны защиты о вызове свидетеля для установления алиби подсудимого подлежит удовлетворению лишь в случае, если оно заявлялось в ходе предварительного расследования и было отклонено дознавателем, следователем или прокурором». Однако на данный момент ни в других нормах УПК, ни в иных правовых актах это понятие не употребляется, таким образом, включение этого термина в ст. 5 УПК РФ противоречит ее наименованию: «Основные понятия, используемые в настоящем Кодексе». Кроме того, многие авторы сходятся во мнении, что в таком представлении понятие алиби никакого процессуального значения не имеет и должно рассматриваться как криминалистическая категория, а не уголовно-процессуальная⁴. О «цифровом алиби» УПК РФ вообще ничего не упоминает.

Традиционно считается, что алиби устанавливается показаниями свидетелей; предъявлением подозреваемого (обвиняемого) для опознания свидетелям-очевидцам и потерпевшему, не опознающим его, и т.д. Однако в современных условиях

³ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

⁴ См.: Козубенко Ю. В. Источники антисистемы и каналы их проникновения в механизм уголовно-правового регулирования // Рос. юридический журнал. 2013. № 2. С. 31–43.

широкого распространения информационных технологий появилась возможность установления алиби в том случае, если подозреваемый (обвиняемый) заявляет, что в момент совершения преступления он работал на компьютере, разговаривал по мобильному телефону, был заснят цифровой камерой, видеорегистратором в другом месте.

В основе выдвижения версий в большинстве случаев лежит информация, полученная в ходе допроса указанных лиц, которые, как убедительно показывает практика уголовного судопроизводства последних лет, в обоснование заявляемого алиби все чаще ссылаются на то, что в момент совершения преступления они осуществляли взаимодействие с какими-либо электронными системами, находящимися в другом месте.

«Доказанный факт того, что подозреваемый или обвиняемый в момент совершения преступления работал на компьютере не в месте совершения преступления, за рубежом получило условное название «цифрового алиби» (digital alibi). Данный термин обусловлен тем, что в качестве основного источника доказательств алиби выступает информация, записанная в цифровой форме на машинных носителях (накопителях на жестких магнитных дисках (в обиходе – винчестерах), гибких магнитных дисках и т.п.), получившая название «цифровые доказательства» (digital evidence)»⁵. Таким образом, изучение «цифрового алиби» относится к исследованию «виртуальных» следов. По мнению И. П. Пономарева, под термином «цифровое алиби» следует понимать факт непосредственного взаимодействия подозреваемого (обвиняемого) в момент совершения преступления с электронной системой, находящейся в другом месте⁶.

В других странах уже есть нашумевшие случаи, когда цифровое алиби способствовало реабилитации обвиняемого (это связано с Facebook). В случае Родни Брэдфорда, благодаря записи, сделанной в социальной сети Facebook, 19-летний

⁵ Иванов Н. А. Применение специальных познаний при проверке «цифрового алиби». URL: <http://www.infolow.ru/lib/2006-4-digital-alibi-expertise>

⁶ См.: Пономарев И. П. Цифровое алиби // Воронежские криминалистические чтения. Вып. 12. Воронеж : Изд-во ВГУ, 2010. С. 269.

американец, обвиненный в грабеже с использованием огнестрельного оружия, смог избежать длительного тюремного заключения⁷.

В отечественной криминалистической литературе этому вопросу уделено недостаточное, на наш взгляд, внимание. Серьезные исследования, выполненные В. И. Шикановым, Н. В. Кручининой, А. Т. Тимербаевым и рядом других ученых, посвященные теоретическим проблемам алиби и их прикладному значению в уголовном судопроизводстве, методикам проверки, а также вопросам разоблачения ложного алиби, проводились до появления в следственной и судебной практике заявлений о «цифровом алиби», в связи с чем цифровое алиби нуждается в самостоятельном рассмотрении, как новая разновидность, имеющая следующие особенности.

Цифровое алиби как разновидность алиби представляется в виде логической системы, состоящей из трех элементов:

- место совершения преступления;
- время совершения преступления;
- место фактического нахождения заявителя алиби во время совершения преступления (ведь, например, в ходе проверки «цифрового алиби» проверяются не только стационарные ЭВМ, но и портативная цифровая техника).

Существенная особенность цифрового алиби – то, что эти элементы устанавливаются на основе следов деятельности лица, заявляющего алиби, на персональном компьютере или иной цифровой технике, т.е. основными действиями при проверке этого вида алиби является анализ перечня действий, производимый с электронным носителем информации.

Персональные компьютеры создают и непрерывно ведут журналы действий пользователей, сохраняя адреса веб-сайтов, которые просматривал пользователь, то, какие документы или изображения были загружены или отредактированы, какие использовались приложения.

Каждая запись журнала хранит данные о типе выполненного действия, пользователе, выполнившем его, а также о дате

⁷ URL: <http://uinny.ru/> Facebook: истории из жизни (дата обращения: 18.11.2013).

и моменте времени выполнения данного действия⁸. Журнал безопасности содержит несколько разделов, в которых фиксируются различные действия пользователя⁹. Действие одного пользователя может вызвать множество событий, регистрируемых в журнале безопасности. Каждое событие раздела дает конкретную информацию, но ни один раздел не показывает всей картины действий пользователя в целом. Однако, анализируя эти события во взаимосвязи друг с другом, можно получить представление об общей картине действий пользователя. Все эти действия можно разделить на несколько групп: 1. Вход и выход из системы. 2. Действия, ради которых собственно и осуществляется вход в систему: запуск, копирование, модификация или удаление различных программных объектов, а также копирование, удаление или модификация информационных объектов. 3. Уничтожение следов своих действий. Они фиксируются в различных разделах журнала безопасности и при их анализе позволяют восстановить картину действий пользователя.

Помимо системного «журнала событий», большинство прикладных программ (текстовых редакторов, интернет-браузеров, систем обмена мгновенными сообщениями) имеют встроенные функции сохранения истории своей работы. Многие компьютерные программы «ведут» также собственные файлы протокола.

Файл протокола, или «лог» (англ. log), – файл с записями о событиях в хронологическом порядке. Данные файлы генерируются автоматически и содержат различную информацию (сервисные сообщения, коды ошибок и т.д.) о сеансах работы программы, их создавшей¹⁰.

Кроме того, при работе лица с персональным компьютером происходит изменение файлов и их временных меток

⁸ См. подробнее: Новые технологии Windows 2000 / под ред. А. Н. Чекмарева. СПб., 1999. 400 с.

⁹ См. подробнее: *Смит Р. Ф.* Все о журнале безопасности Windows 2000. 2004. URL: <http://www.osp.ru/win2000/2001/06/034.htm> ; *Его же.* Контроль событий регистрации в Windows 2000. 2004. URL: <http://www.osp.ru/win2000/worknt/2001/03/302.htm> (дата обращения: 18.11.2013).

¹⁰ URL: <http://wikipedia.ru> (дата обращения: 18.11.2013).

(времени создания, модификации, последнего доступа). При этом необходимо учитывать, что компьютерная информация является легко модифицируемой. Отсюда возникает не менее важная задача установления, не были ли виртуальные следы работы подозреваемого (обвиняемого) с компьютером во время совершения преступления сфальсифицированы в целях создания себе алиби.

Фальсификация виртуальных следов работы возможна путем перевода компьютерных часов, добавлением ложной информации в файлы «журнала событий» и файлы протокола, использованием макросов, а также иными способами.

Заметим, что возможность установления фальсификации обоснована положением о том, что, уничтожая, добавляя или модифицируя виртуальные следы работы с компьютером, пользователь порождает другие следы – уничтожения, добавления или модификации информации. Это объясняется тем, что практически никто не обладает в полном объеме сведениями об изменении временных характеристик всех файлов и информации в них.

Однако в практике существует проблема, связанная со специфическими особенностями проверки «цифрового алиби»: любая автоматизированная система или даже отдельный компьютер имеет своего собственника, который использует его в своих личных (для физического лица) или производственных (для юридического лица) целях. При этом, проверяя алиби, следователь вынужден знакомиться с информацией персонального характера или информацией, составляющую коммерческую тайну предприятия. Необходимо соблюдать правила работы с персональной информацией.

Однако при этом идентификация истинного создателя цифрового алиби является достаточно трудной задачей. Действительно, возможно определить владельца цифрового устройства и действия, на нем производимые, но сама электронная информация не содержит данных о том, кто или что непосредственно ее произвело. Иными словами, проверка цифрового алиби является не только задачей специалистов в области высоких технологий в рамках компьютерно-технической экспертизы, но и специалистов в области автороведения,

дактилоскопии и т.д. Факт цифрового алиби будет доказан лишь в том случае, когда показания подозреваемого о том, что в момент совершения преступления он работал со средствами компьютерной техники, совпадут с данными, которые будут получены в результате проведения компьютерно-технической и других видов экспертиз.

Физически интересующая следствие электронная информация может быть расположена в любой точке мира. Фактически цифровое алиби может быть получено из мобильных устройств (телефонов, компьютеров, ноутбуков, GPS и т.д.), но чаще всего с серверов, которые предоставляют услуги через интернет, которые часто регистрируют IP-адреса и другую информацию о своих клиентах и их действиях. Эти серверы могут быть расположены в разных странах, с разными национальными законами.

Подытоживая все сказанное выше, отметим, что И. П. Пономарев предлагает понятие цифрового алиби в «широком» и «узком» смысле.

«Цифровое алиби в «широком» смысле – факт нахождения обвиняемого или подозреваемого вне места совершения преступления в момент, зафиксированный как время совершения преступления, подтверждение либо опровержение которого возможно путем исследования доказательственной информации, находящейся в цифровой форме на машинных носителях»¹¹.

Что касается определения цифрового алиби в «узком» смысле как «факта работы подозреваемого или обвиняемого с персональным компьютером, находящимся вне места совершения преступления, в момент, зафиксированный как время совершения преступления», то это не определение термина, а элемент видового деления цифрового алиби в зависимости от электронного носителя доказательственной информации: персонального компьютера, ноутбука, планшета, телефона и т.д.

Таким образом, повсеместное использование цифровой техники, а также изложенные выше особенности ее функционирования, на наш взгляд, позволяют говорить о возможности использования особенностей информационных технологий

¹¹ Пономарев И. П. Цифровое алиби. С. 270.

для установления и проверки алиби, в том числе цифрового алиби как факта нахождения обвиняемого или подозреваемого в момент совершения преступления вне места совершения преступления, устанавливаемого путем исследования информации, находящейся на электронных носителях, что, в свою очередь, требует разработки методики подтверждения или опровержения заявления об алиби, основанной на процессуальных и технических особенностях функционирования современных информационных технологий.

Д. И. Усачёва

ОСОБЕННОСТИ КОАЛИЦИОННОЙ ЗАЩИТЫ ОТ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

Термин «коалиция» определяется как «объединение, союз на добровольных началах для достижения общих целей»¹. Что же такое коалиционная тактика защиты? Ответ на этот вопрос дал М. О. Баев: это «*такие взаимодействия адвоката со своим подзащитным, его представителями, другими его адвокатами, защитниками других обвиняемых по уголовному делу, которые характеризуются не только единством цели их деятельности в уголовном судопроизводстве, но и консенсусом между ними относительно планируемых и реализуемых защитником средств ее достижения*»².

М. О. Баев к наиболее общим принципам коалиционной защиты от уголовного преследования относит:

- 1) слушать;
- 2) понимать;
- 3) сочувствовать³.

¹ Словарь иностранных слов / под ред. И. В. Лехина и С. М. Локшиной. 9-е изд., испр. М. : Русский язык, 1982. С. 29.

² Баев М. О. Тактические основы деятельности адвоката – защитника в уголовном судопроизводстве. Воронеж, 2004. С. 108.

³ См.: Там же. С. 109.

© Усачёва Д. И., 2014

Соблюдение этих начал составляет непрременную основу любой коалиционной защиты.

Процесс общения между защитником и подзащитным сопровождается рядом трудностей, вызываемых в первую очередь психическим состоянием, в котором находится обвиняемый, особенно содержащийся под стражей. Возможно, что лицо впервые попало в такую ситуацию и испытывает состояние сильного стресса. На лицо может оказываться физическое и психологическое воздействие как со стороны участников уголовного судопроизводства, так и извне.

В кризисном состоянии человек утрачивает ясный взгляд на вещи, его переполняют мысли и чувства. Доверителя в таком состоянии необходимо успокоить, позволить ему выразить свои эмоции и дать понять, что подобные чувства естественны в подобных обстоятельствах. Правильным будет побеспокоиться о самочувствии доверителя, его состоянии здоровья, проявить участие и готовность помочь ему. Обсуждать сразу после задержания тактику защиты малоэффективно.

Чтобы сломать барьер между защитником и подзащитным, необходимо объяснить последнему, что защитник только тогда сможет защитить его, когда между ними не будет и тени взаимного подозрения и недоверия, для чего адвокат должен установить с подзащитным психологический контакт⁴.

При осуществлении защиты от уголовного преследования у адвоката может возникнуть множество тактических сложностей.

Должен ли адвокат удовлетвориться версией своего подзащитного? Или настаивать на том, чтобы он раскрыл истинные обстоятельства дела?

Здесь существует несколько мнений. А. В. Лившиц и Л. А. Зашляпин считают, что защитник «в целях обеспечения эффективного участия в предстоящих следственных действиях, должен знать истинные обстоятельства происшедшего – всю «тайну преступления», если таковое имело место. Это побуждает адвоката-защитника к применению эффективных

⁴ См.: Шиханцов Г. Г. Юридическая психология : учеб. для вузов. М. : Зерцало, 1998. С. 198.

приемов установления доверительного контакта с заподозренным, влекущего раскрытие последним всех обстоятельств происшедшего»⁵.

М. О. Баев считает, что знание чаще всего существенно затрудняет для адвоката осуществление защиты обвиняемого, ибо в таких случаях у него отсутствуют какие-либо внутренние сомнения в виновности подзащитного, невиновность которого он, однако, продолжает отстаивать⁶.

По нашему мнению, защитник лишь тогда может оказать эффективную юридическую помощь своему доверителю, когда сомневается в его виновности. Адвокаты – это профессиональные защитники, однако они, как и обычные люди подвержены негативным эмоциям по отношению к лицам, совершившим преступления. Особенно это будет заметно, если подзащитный будет во всех подробностях и деталях рассказывать об обстоятельствах совершения жестокого убийства или изнасилования.

Во избежание возникновения конфликтной ситуации, защитник должен для выполнения своего долга сомневаться в виновности подзащитного.

Закон и нравственность в профессии адвоката выше воли доверителя. Никакие пожелания, просьбы или требования доверителя, направленные к несоблюдению закона не могут быть исполнены адвокатом⁷.

Этот тезис играет важную роль в работе защитника. Обращаясь к адвокату, родственники обвиняемого или сам обвиняемый рассчитывают на положительный результат – освобождение от ответственности, смягчение наказания. Как в своей работе утверждает М. О. Баев, «средства, которые для этого будет использовать защитник, проблемы их допустимос-

⁵ Лившиц А. В., Зашляпин Л. А. Некоторые тактические аспекты профессиональной защиты подозреваемых в убийстве // Криминалистические аспекты профессиональной защиты по уголовным делам. Екатеринбург, 2001. С. 108.

⁶ См.: Баев М. О. Указ. соч. С. 111.

⁷ Кодекс профессиональной этики адвоката : принят Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. // Рос. юстиция. 2003. № 10. С. 14.

ти с точки зрения тактики и этики его профессиональной деятельности, их не волнуют»⁸.

К сожалению, в адвокатской практике нередко встречаются случаи, когда клиент нанимает определенного адвоката, исходя не из его профессиональных качеств, а из его знакомств, приближенности к следствию, прокурору, суду, обращаются с просьбами о передаче денег, посылок с запрещенными вещами. Выполняя незаконные поручения клиента, адвокат и сам может стать фигурантом уголовного дела.

Для того чтобы избежать подобной ситуации, адвокат должен однозначно и категорично объяснить, для чего он вступает в процесс и какие функции будет выполнять.

Адвокат не должен допускать фамильярных отношений с доверителем⁹.

Фамильярность (от лат. familiaritas «дружба», «короткое знакомство») – простое, панибратское обхождение с кем-либо¹⁰. Общение с подзащитным должно строиться на основе «эмоционального доверия», «согласованности действий» и «готовности к общению», совпадении целей подзащитного и защитника. Профессия адвоката требует от него такого поведения в общении с подзащитным, его родственниками и другими лицами, которое являло бы абсолютное доверие к ним. Совершенно ясно, что какое бы то ни было злоупотребление доверием со стороны защитника, который зачастую для подсудимого и его родственников является единственной надеждой на справедливое рассмотрение его дела, безнравственно. Отношения адвоката с клиентом должны быть деловыми и строиться на основе взаимного уважения.

Всем своим поведением адвокат должен представлять человека с высоким чувством ответственности, морально чистого, с высокой общей профессиональной культурой¹¹.

Доверия к адвокату не может быть без уверенности в сохранении профессиональной тайны¹².

⁸ Баев М. О. Указ. соч. С. 114.

⁹ Кодекс профессиональной этики адвоката. С. 14.

¹⁰ Словарь иностранных слов. С. 621.

¹¹ См.: Шиханцов Г. Г. Указ. соч.

¹² Кодекс профессиональной этики адвоката. С. 14.

Адвокатская тайна (согласно ст. 8 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре РФ») – это любые сведения, которые связаны с оказанием адвокатом юридической помощи своему доверителю¹³. Хранение адвокатской тайны является обязанностью адвоката и одновременно одним из основополагающих принципов, на которых строится вся адвокатская деятельность. Сохранение адвокатской тайны – одно из главных условий создания доверительных отношений с лицом, обратившимся за юридической помощью, важной гарантией независимости адвоката.

Адвокат имеет право на получение вознаграждения (гонорара), причитающегося ему за исполняемую работу, а также на возмещение понесенных им издержек и расходов¹⁴.

Как отмечает Ю. Ф. Лубшев, «в момент обращения к адвокату клиент готов идти на все, чтобы добиться спасения своей (или близкого ему человека) свободы, жизни, доброго имени...»¹⁵.

Говоря об адвокатских гонорарах, следует признать, что адвокат не бизнесмен, не делец от юриспруденции, он не вправе действовать по принципу получения максимального дохода. Нравственный долг помочь тому, кто в этой помощи нуждается, – вот суть данной профессии.

Адвокат должен быть готов в любой момент четко разъяснять клиенту принципы определения размера гонорара, особенно, если клиент не знаком с этими вопросами. Адвокат обязан своевременно и честно оценивать справедливость и обоснованность оплаты своей работы, с указанием на все неопределенности в расчетах, с тем чтобы клиент мог составить обоснованное мнение о правильности назначенного гонорара¹⁶.

Одна из первых заповедей Гиппократа врачам «не навреди» может быть отнесена и к адвокату. Адвокат не вправе

¹³ Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации : федер. закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ // Рос. газета. 2002. № 100. Ст. 2124.

¹⁴ Кодекс профессиональной этики адвоката. С. 14.

¹⁵ Лубшев Ю. Ф. Адвокатура в России : учебник. 2-е изд., испр. М. : Профобразование, 2002. С. 226.

¹⁶ Барцевский М. Ю. Адвокатская этика. М. : Юрист, 2000. С. 114.

своей деятельностью навредить позиции и интересам подзащитного. В ситуации расхождения позиций подопечного и адвоката необходимо принимать все возможные меры для того, чтобы избежать столкновений.

Кроме коалиционных отношений между защитником и доверителем такие отношения могут возникать и с другими участниками уголовного процесса:

1) взаимодействие нескольких адвокатов по защите одного обвиняемого;

2) взаимодействие адвокатов, осуществляющих защиту различных обвиняемых по уголовному делу при отсутствии между ними существенных противоречий относительно уголовного преследования¹⁷.

Защита несколькими адвокатами становится в современных условиях все более распространенной. Это обусловлено и материальными возможностями лиц, а также и большим объемом уголовных дел.

М. О. Баев сравнивает организацию успешной профессиональной защиты по аналогии с организацией предварительного расследования преступлений группой следователей¹⁸. Здесь, как и в случае со следственной группой необходим адвокат-руководитель, который не только должен принимать участие в основных следственных действиях со своим подзащитным, но и должен руководить разработкой основных положений тактики защиты, давать поручения другим адвокатам. Главное – это обеспечение консенсуса и согласованности действий и тактики защиты между всеми адвокатами группы. Эти же принципы действуют и при коалиционной защите обвиняемых по групповым уголовным делам.

Однако коалиционный характер взаимодействия в течение всего уголовного процесса не абсолютен и по разным причинам может перейти в разряд коллизионного взаимодействия.

Для понимания проблемы важности установления коалиционного взаимодействия при осуществлении защиты по уго-

¹⁷ См.: Баев М. О. Указ. соч. С. 117.

¹⁸ См.: Там же. С. 118.

ловным делам показательным является пример, описанный Б. Ф. Абушахминым.

Несколько лиц обвинялись в совершении преступления по ст. 190-3 УК РСФСР. Суть обвинения заключалась в том, что они способствовали своему товарищу в побеге из психиатрической больницы. Юридическая оценка этих действий была явно неправильной, так как состава преступления они не содержали.

Один из защитников предложил коллегам согласовать позиции защиты. Он обратился к товарищам по защите с предложением войти с ходатайством о прекращении дела за отсутствием состава преступления в распорядительное заседание суда. Не встретив понимания со стороны других адвокатов, ему пришлось действовать самостоятельно. Ходатайство судом было оставлено без рассмотрения.

В судебном заседании этот адвокат доказывал отсутствие состава преступления в действиях подзащитного, а следовательно, и других подсудимых, и обоснованно в речи ставил вопрос об оправдании. Другие защитники занимались «перекладыванием» вины с одного подсудимого на другого, не оспаривали квалификацию и просили учесть личность и характеристики подзащитных. А личности подсудимых были крайне отрицательными: неоднократно судимы, не занимаются общественно-полезным трудом, т.е. говорить в этом плане, значит ничего не говорить в защиту подсудимого. Один из адвокатов даже был согласен с мерой наказания в виде нескольких лет лишения свободы, предложенной обвинителем, и просил только о другом режиме колонии.

Суд переквалифицировал действия подсудимых на ст. 193 УК РСФСР и освободил их из под стражи в зале суда за отбытием назначенного им срока наказания.

Последовал протест прокуратуры на неправильную переквалификацию и меру наказания осужденных. Два адвоката подали кассационные жалобы. Оба были последовательны. Один просил об отмене приговора и прекращении дела, другой доказывал, что переквалификация не верна.

В судебном заседании кассационной инстанции член Верховного Суда заявил адвокату, просившему отменить при-

говор: «Товарищ адвокат, а вот ваш коллега согласен с позицией прокуратуры». Можно ли услышать более тяжкое обвинение в адрес адвоката? Определением Верховного Суда приговор был отменен, а дело производством прекращено за отсутствием состава преступления. Были защитники у подсудимых? Кто виновен? Если согласиться с П. С. Пороховицким – адвокаты!»¹⁹

В групповых процессах адвокатам желательно находить общую позицию по делу, строить тактику защиты согласованно и учитывать интересы подзащитных. Ведь если бы защитники в описанном примере скоординировали свои действия, выработали совместную тактику защиты, основанную на общих целях, то не был бы причинен вред правам подзащитных. Возникают ситуации, когда противоречия нельзя устранить, тогда нужно стремиться к сглаживанию конфликта интересов.

В соответствии с Кодексом профессиональной этики адвокат должен строить свои отношения с другими адвокатами на основе взаимного уважения и соблюдения их профессиональных прав²⁰.

Сдержанность, чувство такта и корректность по отношению к товарищам по защите – основная составляющая эффективной защиты от уголовного преследования.

¹⁹ Абушахмин Б. Ф. Коллизиянная защита // Проблемы российской адвокатуры : сб. науч. трудов. М. : Спарк, 1997. С. 35.

²⁰ Кодекс профессиональной этики адвоката. С. 14.