

Вестник
Воронежского
Государственного
Университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ



СЕРИЯ: ПРАВО
Издается с 2006 г.
Выходит 4 раза в год

2(17) — 2014

СЕРИЯ: ПРАВО

Журнал включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата юридических наук, утвержденный ВАК

Приоритетным направлением деятельности редакции журнала является уважение авторских идей и мнений. Однако точки зрения авторов публикуемых в журнале материалов могут отличаться от мнения редакции

Полная или частичная перепечатка опубликованных в журнале статей и иных материалов допускается только по предварительному согласованию и с письменного разрешения редакции. Все права защищены и охраняются российским законодательством об авторском праве. Редакция имеет право размещения материалов журнала в электронных правовых системах, а также иных электронных базах данных. Редакция журнала бесплатно предоставляет автору опубликованного материала один экземпляр журнала при условии сообщения редакции своего почтового адреса

Журнал распространяется по подписке. Каталог «Журналы России» агентства «Роспечать». Подписной индекс — 80569

СОДЕРЖАНИЕ

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО. ПУБЛИЧНОЕ УПРАВЛЕНИЕ

<i>Бондарева Е. А., Белоконь Н. В.</i> Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, юридическая природа	6
<i>Агибалов В. Ю.</i> Актуальные проблемы конституционного развития Российской Федерации на современном этапе	15
<i>Фомичева О. А.</i> Проблема правового регулирования статуса молодежных парламентов	32

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Денисенко В. В.</i> Легитимность норм в рациональных и иррациональных правовых системах	41
<i>Андреев Н. Ю.</i> Община в системе государственно-правового идеала славянофилов	52
<i>Левочкин В. В.</i> Правовая природа отношений недропользования в первой половине XVIII века в России	62

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ

<i>Хорунжий С. Н.</i> Суверенитет судебной власти как институциональный элемент правовой среды	73
<i>Васильев С. В.</i> О правотворческих полномочиях судебных органов	84

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

<i>Волос А. А.</i> Отличительные признаки принципов обязательственного права	91
<i>Заборовский В. В.</i> Полномочия адвоката – представителя в гражданском процессе Украины и их оформление	97
<i>Ситкова О. Ю.</i> Способы защиты семейных прав	106

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО

2

<i>Махина С. Н.</i> Новеллы и проблемные аспекты современного этапа развития института административного ареста (на примере анализа статей 5.35, 6.8, 6.9 КоАП РФ)	116
<i>Матвеев С. П.</i> Формирование военной полиции в Вооруженных силах Российской Федерации: зарубежный опыт и перспективы	124
<i>Амельчаков И. Ф., Катаева О. В.</i> Проблемные вопросы реализации миграционной политики в приграничном регионе	133
<i>Гришаева И. Г.</i> Специальные знания в судебной экологической экспертизе	139
<i>Матвеева Т. А.</i> Проблемы правового регулирования перемещения через таможенную границу Таможенного союза товаров физическими лицами	143

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

<i>Глухова М. В.</i> Законодательство об административной ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей требует реформирования	152
--	-----

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО

<i>Смолицкая Е. Е.</i> Методология разрешения проблем использования гражданско-правовых институтов, понятий и терминов в налоговом праве	163
---	-----

ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО

<i>Карпова Е. С.</i> Земельные правоотношения и их правовая охрана: актуальные проблемы и тенденции развития законодательства	173
---	-----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Баев О. Я.</i> Предупреждение злоупотреблений следователя в праве на производство следственных действий (на примере допроса и очной ставки).....	185
<i>Кузнецов А. Н.</i> Собираение доказательств в стадии возбуждения уголовного дела.....	196

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

<i>Донцов П. В.</i> «Право Коронь» как отрасль внутреннего права Канады	213
---	-----

Информация

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования	221
---	-----

PROCEEDINGS
OF VORONEZH
STATE UNIVERSITY

SCIENTIFIC JOURNAL



SERIES: LAW
FIRST PUBLISHED IN 2006
Published quarterly

Series: Law. 2014. № 2 (17). April–June

CONTENTS

STATE AUTHORITY. LEGISLATIVE PROCESS.
CONSTITUTIONAL LAW. PUBLIC MANAGEMENT

- Bondareva E. A., Belokon N. V.* Legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation: concept, juridical nature6
- Agibalov V. Yu.* Actual problems of constitutional development of the Russian Federation at the present stage15
- Fomicheva O. A.* Problem of legal regulation of the status of youth parliaments32

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

- Denisenko V. V.* Legitimacy norms of rational and irrational legal systems41
- Andreev N. Yu.* Community in the system of slavophil's state and law ideal52
- Levochko V. V.* The legal nature of the subsurface use relations in the first half of the XVIII century in Russia62

JUDICIAL AUTHORITY

- Khorunzhy S. N.* Sovereignty of judicial authority as institutional element of the legal environment73
- 4 *Vasiliev S. V.* About plenary powers of court on creation of right84

CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS

- Volos A. A.* Distinctive features of the principles of law of obligations91
- Zaborovskiy V. V.* Authorities of represent attorney in a civil proceeding of the Ukraine and it's registration97
- Sitkova O. Yu.* Ways of protection of family rights106

ADMINISTRATIVE AND CUSTOMS LAW

- Makhina S. N.* Novels and problematic aspects of the current stage of development of administrative arrest (on the example of Articles 5.35, 6.8, 6.9 of the Code of the Russian Federation about administrative offences)116

Matveev S. P. The formation of the military police in the armed forces of the Russian Federation: foreign experience and prospects.....	124
Amelchakov I. F., Kataeva O. V. Critical considerations of migration policy in a frontier region	133
Grishaeva I. G. Special knowledge in the field of judicial environmental assessment	139
Matveeva T. A. Problems of legal regulation of movement across the customs border of the Customs Union goods by physical persons.....	143

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY

Glukhova M. V. The legislation on administrative responsibility of legal entities and individual entrepreneurs requires reform.....	152
--	-----

FINANCIAL LAW

Smolitskaya E. E. A methodology to solve problems of the application of civil institutions, terms and concepts in the Tax Law	163
--	-----

LAND LAW

Karpova E. S. Land law relationships and its legal protection: actual problems and development trends of land legislation	173
--	-----

CRIMINAL LAW. CRIMINAL PROCEDURE. CRIMINALISTICS

Baev O. Ya. Preventing abuse investigator in his own right to the production of investigative actions (on the example of interrogation and confrontation)	185
Kuznetsov A. N. Evidence in criminal proceedings in a state of excitation of criminal investigation.....	196

INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Dontsov P. V. Crown law as the branch of Canadian domestic law	213
---	-----

Information

The requirements to the materials, sent to the editorial staff for publishing	221
---	-----

УДК 342. 565.2

ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ПОНЯТИЕ, ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА

Е. А. Бондарева, Н. В. Белоконь

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 января 2014 г.

Аннотация: исследуются вопросы понятия, содержания феномена правовых позиций Конституционного Суда с точки зрения объективного, субъективного и нормативных подходов. Авторами уточняется понятие «правовые позиции Конституционного Суда РФ» и предлагается рассматривать исследуемое явление как интерпретационную категорию.

Ключевые слова: охрана конституции; Конституционный Суд РФ, правовые позиции Конституционного Суда РФ.

Abstract: examines the question of the concept, the content of the phenomenon of the legal positions of Constitutional Court from the point of view of the objective, subjective and regulatory approaches. The authors clarifies the definition of «legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation and it is proposed to consider a phenomenon as interpretation category.

Key words: protection of Constitution; Constitutional Court of Russian Federation, legal positions of the Constitutional Court of Russian Federation.

2014. № 2

6

Для современной России вопросы охраны ее Конституции приобретают особую актуальность в связи с деятельностью сравнительно нового органа контроля – Конституционного Суда, работа которого уже более 20 лет анализируется и теоретиками, и практиками. Судебный конституционный контроль призван играть главную роль в решении стоящих перед обществом задач построения правового государства, обеспечения верховенства Конституции и господства права, формирования единого конституционно-правового пространства, защиты прав, свобод и законных интересов личности.

Определение правовой природы решений органов конституционного контроля и надзора имеет в зарубежных государствах современного мира особое значение, так как от деятельности названных органов зависит эффективность действия норм конституционного уровня, а в конечном итоге и всех элементов правовой системы. По справедливому замечанию Н. В. Витрука, «практика Конституционного Суда РФ выявила серьезную научную проблему правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, определения их существенных признаков, природы, юридической

силы, механизма действия, их значения в охране Конституции, в развитии конституционализма»¹.

Вопрос о значении и содержании понятия «правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации» до настоящего времени не получил однозначного ответа ни в научной литературе, ни в документах Конституционного Суда, ни в особых мнениях его судей. При этом правоведы высказывают различные, нередко противоположные оценки данного правового явления, его места и влияния на развитие отечественной правовой системы, что затрудняет формирование достаточно целостной и непротиворечивой картины подобного юридического феномена.

В современном русском языке термин «позиция» определяется как:

- точка зрения, отношение к чему-либо, определяющие характер действия, поведения;
- поведение, характер действий, обусловленные таким отношением;
- положение, необходимое для дальнейшего развития каких-нибудь действий;
- положение, состояние².

Исходя из этих значений, правовая позиция должна включать в себя точку зрения на определенную правовую ситуацию, отношение к данной ситуации (оценочный компонент), определение характера действий в конкретной и аналогичных ситуациях, а также некие ориентирующие установки.

Философское толкование понятия «правовая позиция» определили Н. А. Власенко и А. В. Гринева, акцентировав внимание на том, что для правовой науки термин «позиция» важен как продукт мысли, размышлений и рассуждений. Авторы характеризуют правовую позицию как логико-языковую конструкцию, которая выражает отношение к праву, правовому регулированию и его нормам, и определяют ее как «оценку фактической реальности и систему аргументов, выводов и предложений по ее правовому урегулированию»³. С этой точки зрения правовую позицию суда они понимают как «мыслительный акт, представляющий собой текстовое системное изложение суждений судебной инстанции (судьи) о мотивах целесообразности применения той или иной юридической нормы или группы норм»⁴.

В юридической литературе существует несколько точек зрения о том, что такое правовая позиция Конституционного Суда. Анализ различных подходов позволяет рассматривать исследуемое явление в трех аспектах: объективном, субъективном и нормативном.

¹ Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное право : восточноевропейское обозрение. 1999. № 3 (28). С. 95.

² См.: Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка : толково-словообразовательный. М., 2000 ; Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. Репринтное издание. М., 2000 ; Крысин Л. П. Толковый словарь иноязычных слов. М., 2002. С. 544.

³ Власенко Н. А., Гринева А. В. Судебные правовые позиции (основы теории). М., 2009. С. 27.

⁴ Там же. С. 46, 149.

В объективном смысле правовые позиции Конституционного Суда понимаются как:

а) правовые выводы и представления Конституционного Суда как результат интерпретации (толкования) им Конституции Российской Федерации с точки зрения духа и буквы закона, а также сам процесс истолкования конституционного смысла текущего законодательства, который снимает неопределенность в конституционно-правовой ситуации. Данной точки зрения придерживается Н. В. Витрук, который подчеркивает, что правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации представляют собой результат логико-содержательных операций, отражающих специфику конституционно-правовой проблемы. По его мнению, правовыми позициями следует считать «правовые представления (выводы) общего характера Конституционного Суда РФ как результат толкования Конституционным Судом РФ и выявления им конституционного смысла положений законов и других нормативных актов в пределах компетенции Конституционного Суда РФ, которые снимают конституционно-правовую неопределенность и служат правовым основанием итоговых решений (постановлений) Конституционного Суда РФ»⁵. М. С. Саликов определяет правовые позиции Конституционного Суда как «системы выводов и аргументов, приведенных в ходе рассмотрения судом конкретных дел по сугубо определенным проблемам и имеющих общий характер»⁶;

б) «результат толкования Конституционным Судом Российской Федерации Конституции Российской Федерации и конституционного смысла иных нормативно-правовых актов, который служит правовым основанием решения Конституционного Суда Российской Федерации»⁷. Б. С. Эбзеев уточняет, что правовые позиции не только обоснование, но и сущность решения, это выводы Суда, являющиеся результатом толкования Конституции Российской Федерации, ее духа и буквы, выявленных им правовых принципов и лежащие в основе решения⁸. Т. Я. Хабриева и Н. С. Волкова определяют правовую позицию как результат деятельности по толкованию конституционных положений и соотносимых правовых норм, отражающий аргументированные суждения и выводы Суда по конкретным конституционно-правовым проблемам⁹. В. О. Лучин и М. Г. Моисеенко отмечают, что

⁵ Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах : сб. докладов. М., 1999. С. 89, 91 ; *Его же*. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.) : очерки теории и практики. М., 2001. С. 111.

⁶ Саликов М. С. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие и система // Правоведение. 2004. № 5. С. 51.

⁷ Кряжкова О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : вопросы теории и практики : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8, 15.

⁸ См.: Комментарий к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации / отв. ред. Б. С. Эбзеев. М., 2001. Т. 1. С. 24–25.

⁹ См.: Волкова Н. С., Хабриева Т. Я. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации и парламент. М., 2005. С. 34.

правовые позиции представляют собой категорию обобщенного истолкования конституционных и иных норм права¹⁰;

в) интерпретация Конституционным Судом какого-либо явления конституционно-правовой действительности (принципа, нормы, понятия)¹¹, проведенная при рассмотрении конкретного вопроса (дела) и выраженная в тексте итогового решения Суда¹². В. О. Елеонский называет правовую позицию Конституционного Суда РФ прецедентом толкования нормы права, этапом познания конституционной нормы права¹³.

В субъективном смысле правовые позиции – это:

а) отношение Конституционного Суда к значимым конституционно-правовым явлениям¹⁴, отраженное в его решении, которым он руководствуется при рассмотрении соответствующих дел¹⁵;

б) отношение Конституционного Суда к определенным правовым проблемам, а также результат анализа аргументов и выводов Суда. Данной позиции придерживаются В. Анишина¹⁶, М. А. Митюков, который считает, что правовые позиции Конституционного Суда РФ – это результат процесса поиска аргументов и выводов Суда, образующих интеллектуально-юридическое содержание судебного решения¹⁷;

в) согласованное умозаключение, полученное по правилам логического вывода¹⁸. С. П. Маврин, к примеру, считает правовыми позициями «аргументированные точки зрения, мнения, суждения, умозаключения или выводы, содержащие формулировки конституционно-правовых принципов, правовых идей и иных фундаментальных правовых конструкций»¹⁹;

¹⁰ См.: Лучин В. О., Моисеенко М. Г. Формирование правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Теоретические проблемы российского конституционализма : сб. науч. трудов. М., 2000. С. 54–73.

¹¹ См.: Романова С. В. Правовые позиции Конституционного Суда РФ по проблеме правового регулирования вопросов, находящихся в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов // Закон и право. 2002. № 2. С. 18.

¹² См.: Романова С. В. К вопросу о понятии и правовой природе правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации // Государство и право. 2001. № 7. С. 84.

¹³ См.: Елеонский В. О. Правовые позиции Конституционного Суда РФ по отдельным аспектам федеративного устройства России // Теоретические проблемы российского конституционализма : сб. науч. трудов. М., 2000. С. 122.

¹⁴ См.: Кряжков В. А., Кряжкова О. Н. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации в его интерпретации // Государство и право. 2005. № 11. С. 16–21.

¹⁵ См.: Кряжков В. А., Лазарев Л. В. Конституционная юстиция в Российской Федерации. М., 1998. С. 246.

¹⁶ См.: Анишина В. Правовые позиции Конституционного Суда России // Рос. юстиция. 2000. № 7. С. 11.

¹⁷ См.: Митюков М. А. Рабочие материалы Всероссийского совещания // Проблемы исполнения решений : сб. науч. трудов. М., 2000. С. 102.

¹⁸ См.: Николаев Е. А. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : определение, юридическая природа, имплементация в правовую систему // Право и политика. 2002. № 3. С. 15–30.

¹⁹ Маврин С. П. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : природа и место в национальной правовой системе // Журнал конституционного правосудия. 2010. № 6. С. 23.

г) мнение, отношение органа конституционного правосудия к той или иной норме Конституции²⁰, выявление потенциальных возможностей юридического содержания, которое в концентрированном виде содержится в конституционных нормах²¹.

И, наконец, ряд авторов вкладывает в понятие правовых позиций Конституционного Суда определенное *нормативное содержание*, которое складывается из следующих элементов:

а) правовые позиции – это носители нормативных начал решений Конституционного Суда, т.е. аргументированные оценки и интерпретационные представления по вопросам права²²;

б) общеобязательные предписания для законодателя и правоприменителя²³. Н. В. Витрук подчеркивает, что «правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации являются новым правовым явлением, они самодостаточны и занимают самостоятельное место в правовой системе и в силу правовой природы и юридической силы служат источником конституционного права и иных отраслей российского права, имеют общий характер и обязательны для всех субъектов права...»²⁴;

в) логико-правовое обоснование конечного вывода Конституционного Суда, содержащегося в постановляющей части его решения, формулируемое в виде правовых умозаключений, установок, имеющих обобщающее значение²⁵. Этой позиции придерживается Л. В. Лазарев, который определяет правовую позицию как «нормативно-интерпретационное установление, являющееся результатом судебного конституционного толкования, правовым основанием итогового вывода (решения) Конституционного Суда»²⁶;

г) это «особые, специфические, формально не выраженные юридическими нормами, представляющие собой конституционные правоположения общего характера, формулируемые Конституционным Судом Российской Федерации в ходе конституционного судопроизводства и приобретающие общенормативное значение»²⁷;

²⁰ См.: Терюкова Е. Ю. Правовые акты в процессе осуществления конституционного правосудия : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 14.

²¹ См.: Гаджиев Г. А., Пепеляев С. Г. Предприниматель – налогоплательщик – государство : правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации. М., 1998. С. 56.

²² См.: Бондарь Н. С. Власть и свобода на весах конституционного правосудия : защита прав человека Конституционным Судом Российской Федерации. М., 2005. С. 135–136.

²³ См.: Страшун Б. А. Решения Конституционного Суда Российской Федерации как источник права // Конституционное правосудие. 2001–2002. № 4/5. С. 57–59.

²⁴ Витрук Н. В. Верность Конституции. М., 2008. С. 70.

²⁵ См.: Кряжков В. А. Конституционное правосудие в субъектах Российской Федерации : правовые основы и практика. М., 1999. С. 109.

²⁶ Лазарев Л. В. Правовые позиции Конституционного Суда России. М., 2008. С. 75.

²⁷ Кажлаев С. А. Генезис и способы универсализации правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7.

д) система выводов и аргументов Суда, имеющих общеобязательный характер (т.е. обладающих той же юридической силой, что и решения Конституционного Суда Российской Федерации)²⁸. Н. В. Витрук полагает, что по юридической силе правовые позиции приравниваются к юридической силе самой Конституции России²⁹;

е) судебный прецедент. К. А. Сасов определяет правовую позицию как «обоснование вынесенного решения по делу, которое для Конституционного Суда Российской Федерации служит обязательным ориентиром принятия последующих решений, а для правоприменителей – убедительным судебным прецедентом (правовым подходом, суждением по делу), применимым при рассмотрении однородных дел в аналогичной правовой ситуации»³⁰. Т. Г. Морщакова уточняет, что правовая позиция, высказанная Конституционным Судом, в дальнейшем связывает и сам Суд и является особым видом преюдиции, а не прецедента. Термин «преюдиция» означает, что факт, установленный один раз одним судом, не может устанавливаться еще раз иным судом. Данный факт должен расцениваться другими органами как уже установленный. Факт, который установил Конституционный Суд и суть которого в том, что определенное положение не соответствует Конституции, больше никем не может устанавливаться – ни Конституционным Судом, ни другими органами. В этом состоит не столько прецедентное значение решения, сколько преюдициальное значение установления факта несоответствия какого-либо нормативного акта положениям Конституции³¹;

ж) «правопонимание, истолкование права по какому-либо правовому вопросу, конституционно-правовая доктрина»³². Ю. В. Гаврюсов определяет правовую позицию как правовую доктрину или доктринальное толкование, исходящее от юристов теоретическое разъяснение правовых норм³³.

Н. С. Бондарь в Особом мнении по делу «...о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации...» обратил внимание на то, что правовая позиция Конституционного Суда – это некая основополагающая или, по крайней мере, одна из важных правовых идей, сформулированных им по итогам рассматриваемого дела, которая может быть выражена в концентрированном виде в качестве отдельного положения или (чаще всего)

²⁸ См.: Конституционный судебный процесс / отв. ред. М. С. Саликов. М., 2003. С. 177.

²⁹ См.: Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах : сб. докладов. М., 1999. С. 91.

³⁰ Сасов К. А. Налоговое правосудие в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. М., 2013.

³¹ См.: Интервью с заместителем Председателя Конституционного Суда Российской Федерации Т. Г. Морщаковой // Законодательство. 1999. № 5. С. 2–3.

³² Ершов В. В. Юридическая природа правовых позиций суда // Рос. правосудие. 2013. № 6. С. 37–47.

³³ См.: Гаврюсов Ю. В. Материалы научно-практического семинара «Конституционное правосудие в федерализме. Какое единство и разнообразие является желательным и возможным?». Казань, 2002. С. 115.

представляет собой сквозную идею, характеризующуюся единой предметно-целевой направленностью и едиными доктринально-конституционными началами, находящимися, как правило, в логическом соподчинении с резолютивной частью итогового решения³⁴.

Кроме того, нормативное содержание понятия правовой позиции Конституционного Суда вытекает из п. 9 ч. 1 ст. 75 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»³⁵, предусматривающего, что в решении Суда должны содержаться доводы в пользу принятого им решения.

Как показывает анализ решений Конституционного Суда Российской Федерации, термин «правовая позиция» стал употребляться в их тексте с 1996 г.³⁶ Впоследствии исследуемая категория использовалась и используется не только в тексте Особых мнений судей Конституционного Суда Российской Федерации, но и решениях самого Суда (в постановлениях и определениях) как в мотивировочной, так и в резолютивной их части. Однако, несмотря на различие по характеру формирования, содержанию, месту расположения и другим признакам, правовые позиции Конституционного Суда по юридической силе являются одинаковыми.

Правовые позиции предопределяют решения органа конституционного контроля России. Как указывал Конституционный Суд Российской Федерации в своих определениях, «положения мотивировочной части постановления Конституционного Суда Российской Федерации, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющие конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированные в резолютивной части этого же постановления, отражают правовую позицию Конституционного Суда Российской Федерации и также носят обязательный характер»³⁷. Ссылаясь на ст. 6, ч. 2 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации», Суд констатировал, что правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации не только носит общеобязательный характер, но и «не может быть преодолена в правоприменительной практике, призванной обеспечивать такое применение правовых норм, которое не должно расходиться с их конституционно-правовым interpreta-

³⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. 2007. № 1.

³⁵ О Конституционном Суде Российской Федерации : федер. конституц. закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ (в ред. от 5 апреля 2013 г.) // Рос. газета. 1994. 23 июля ; 2013. 10 апр.

³⁶ По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Алтайского края : постановление Конституционного Суда РФ № 2-П от 18 января 1996 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 4. Ст. 409.

³⁷ По жалобе гражданки Головановой Людмилы Александровны о нарушении ее конституционных прав Положением абзаца 1 части седьмой статьи 19 Закона РСФСР «О милиции» : определение Конституционного Суда РФ от 8 октября 1998 г. № 118-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

нием, данным Конституционным Судом Российской Федерации в решениях, сохраняющих свою силу»³⁸.

Нормативный аспект (общеобязательный характер) правовых позиций органа конституционного контроля России проявляется также и в том, что федеральный законодатель, внося изменения в правовое регулирование тех или иных общественных отношений, не вправе осуществлять соответствующее регулирование без учета правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных в конкретном постановлении³⁹.

В связи с внесением изменений в 2010 г. в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»⁴⁰ ст. 73, предусматривающая усложненную процедуру изменения Судом ранее высказанной правовой позиции и тем самым обязывающая Конституционный Суд РФ придерживаться правовых позиций, высказанных им в аналогичных правовых условиях, утратила силу. В настоящее время термин «правовая позиция» указанным законом используется лишь в ст. 29 для характеристики принципа независимости конституционного судопроизводства, только речь идет о правовой позиции судей, свободной от политических пристрастий, которая выражается решениями и другими актами Конституционного Суда Российской Федерации, а не о правовой позиции Суда. Однако утрата силы ст. 73 не означает отказа современного конституционного права России от феномена правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации⁴¹.

Таким образом, проанализировав и обобщив существующие точки зрения на значение понятия «правовая позиция Конституционного Суда», мы приходим к выводу, что это есть некое триединство объективного смысла, субъективного смысла и нормативного содержания.

Данный правовой феномен рассматривается как результат толкования, правопонимание, правовые представления, нормативно-интерпретационные установления, конституционно-правовая доктрина, прецедент толкования. Оцениваются правовые позиции и в логико-правовой плоскости как аргументированные точки зрения, мышления, мнения, суждения, умоза-

³⁸ По жалобе граждан Сумкина Анатолия Георгиевича, Шарапова Бориса Борисовича и Шараповой Ларисы Николаевны, обществ с ограниченной ответственностью «Кондор-Авто» и «Автотехцентр «Кондор-Авто» на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 4, 134, 135 и 139 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, статей 15, 16, 1069 и 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 13 мая 2010 г. № 624-О-П // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2010. № 6.

³⁹ Пункт 4 постановления Конституционного Суда РФ от 27 ноября 2009 г. № 18-П // Рос. газета. 2009. 16 дек.

⁴⁰ О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» : федер. конституц. закон от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 45. Ст. 5742.

⁴¹ См.: *Алешкова И. А.* Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации : правовая природа и формы их осуществления // Рос. судья. 2013. № 8. С. 6–9.

ключения и выводы; система выводов и аргументов; умозаключение, полученное по правилам логического вывода из посылок. В связи с данными обстоятельствами предлагается рассматривать исследуемое явление как интерпретационную категорию.

Правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации – это интерпретационная категория, выражающаяся в текстовом изложении в мотивировочной части решения *правовых положений, сформулированных* в ходе конституционного судопроизводства в результате толкования Судом конституционных норм либо выявления им конституционного смысла действующих законов; *отражающих* точку зрения Конституционного Суда, основанную на анализе фактических обстоятельств, суждений, умозаключений, аргументов, их оценке и выводах (применительно к конкретной ситуации); *имеющих* общеобязательное значение и *распространяющих* свое действие на аналогичные правовые ситуации.

Итак, роль правовых позиций Конституционного Суда в развитии отраслей права и законодательства значительна, и ее недооценка, в первую очередь с точки зрения выработки единой правовой терминологии, способная нарушить устойчивость современной российской правовой системы.

Воронежский государственный университет

Бондарева Е. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного права России и зарубежных стран

E-mail: e-a-bondareva@ya.ru

Тел.: 8 (473) 220-83-78

Белоконь Н. В., преподаватель кафедры конституционного права России и зарубежных стран

E-mail: konjashka74@mail.ru

Тел.: 8-905-652-80-60

Voronezh State University

Bondareva E. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Russian and Foreign Constitutional Law Department

E-mail: e-a-bondareva@ya.ru

Tel.: 8 (473) 220-83-78

Belokon N. V., Lecturer of the Russian and Foreign Constitutional Law Department

E-mail: konjashka74@mail.ru

Tel.: 8-905-652-80-60

УДК 342.41

**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ КОНСТИТУЦИОННОГО РАЗВИТИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ**

В. Ю. Агибалов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 20 апреля 2014 г.

Аннотация: *статья посвящается исследованию проблем конституционного развития Российской Федерации (в части формирования системы органов государственной власти в субъекте Российской Федерации и органов местного самоуправления).*

Ключевые слова: *система органов государственной власти, предметы ведения и полномочия, органы местного самоуправления.*

Abstract: *the article is devoted to investigation of the Russian Federation constitutional development problems (in part of state and local government system forming in the Russian Federation subject).*

Key words: *state government system, jurisdiction areas and powers, local government institutions.*

Актуальность темы исследования связана с необходимостью совершенствования системы органов государственной власти и местного самоуправления на современном этапе в рамках конституционного развития Российской Федерации.

В принятой в декабре 1993 г. Конституции Российской Федерации закреплены нормы, в соответствии с которыми народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления, а государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны. Государственную власть в субъектах Российской Федерации осуществляют образуемые ими органы государственной власти (ст. 5, ч. 2 ст. 11 Конституции РФ)¹. Только в пределах ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации федеральные органы государственной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации, а федеральные органы исполнительной власти для осуществления своих полномочий могут создавать свои территориальные органы или передавать часть своих полномочий субъектам Российской Федерации по согласованию с их органами исполнительной власти (ч. 2 ст. 77, ч. 1 и 2 ст. 78 Конституции РФ). В соответствии с главой 8 Конституции Российской Федерации в городских, сельских поселени-

¹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

ях и на других территориях с учетом исторических и иных местных традиций осуществляется местное самоуправление. Структура органов местного самоуправления определяется населением самостоятельно. Органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти. Местное самоуправление в пределах своих полномочий самостоятельно. Органы государственной власти вправе контролировать только осуществление органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, которыми они могут наделяться законом с передачей необходимых для осуществления материальных и финансовых средств (ст. 131–132). В Конституции Российской Федерации были закреплены предметы ведения Российской Федерации (ст. 71) и предметы совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ст. 72). Вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения и субъектов Российской Федерации субъекты Российской Федерации были наделены всей полнотой государственной власти (ст. 73). В соответствии со ст. 77 Конституции Российской Федерации система органов государственной власти в субъектах Российской Федерации устанавливается субъектами Российской Федерации самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом.

Принятие Конституции Российской Федерации привело к изменению основ государственного управления и смене общественно-политического строя в стране, что потребовало проведения теоретических исследований направлений конституционного развития страны. В 1990-е гг. в России проблемам конституционного развития уделяли большое внимание ученые и практические работники. Выполненные в разное время исследования отражали основные этапы становления и развития российского законодательства, посвященного вопросам федерализма и российской государственности²; формирования, организации и деятельности органов государственной власти субъектов Российской Федерации, особенностям организации государственной власти в субъекте Российской Федерации, взаимодействия законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти³ и др. Однако большинство работ было выполнено

² См.: *Абдулатипов Р. Г., Болтенкова Л. Ф.* Опыт федерализма. М., 1993 ; *Проблемы суверенитета в Российской Федерации / Б. С. Крылов [и др.]*. М., 1994 ; *Чиркин В. Е.* Модели современного федерализма : сравнительный анализ // *Государство и право*. 1994. № 8–9 ; *Карпетян Л. М.* К вопросу о моделях федерализма // Там же. 1996. № 12 ; *Эбзеев Б. С., Карпетян Л. М.* Российский федерализм : равноправие и асимметрия конституционного статуса субъектов // Там же. 1995. № 10 ; *Митюков М. А.* Проблемы федерализма и организации региональной государственной власти в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // *Вестник Конституционного Суда Российской Федерации*. 1997. № 2.

³ См.: *Умнова И. А.* Эволюция правового статуса края, области как субъекта Российской Федерации // *Государство и право*. 1994. № 8–9 ; *Агафонкин Д. Б.* Система органов законодательной и исполнительной власти в городе Москве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002 ; *Агибалов Ю. В.* Правовые проблемы разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами.

до начала проведения в Российской Федерации административной реформы и реформы местного самоуправления. Эти реформы привели к необходимости не только совершенствования базовых федеральных законов от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁴, но и внесения изменений в другие федеральные законы и нормативные правовые акты органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Таким образом, исследования основ конституционного строя Российской Федерации, формирования системы органов государственной власти в субъекте Российской Федерации, взаимодействия органов государственной власти Российской Федерации, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления в условиях разграничения предметов ведения и полномочий является актуальным.

Воронеж, 1998 ; *Агибалов Ю. В.* Организация государственного и муниципального управления в субъектах Российской Федерации : практика и проблемы // Социально-гуманитарные науки и практика государственного управления в России и за рубежом : материалы Всерос. науч.-практ. конф. Воронеж, 2000 ; *Васильев В. И., Павлушкин А. В., Постников А. Е.* Законодательные органы субъектов Российской Федерации. Правовые вопросы формирования, компетенции и организации работы. М., 2001 ; *Кухтик С. Н.* Конституционно-правовые основы системы органов государственной власти в субъектах Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998 ; *Князев С. Д.* Конституционно-правовые основы организации государственной власти в Приморском крае как субъекте Российской Федерации // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1997. № 4 ; *Малый А. Ф.* Органы государственной власти области : проблемы организации. Архангельск, 1999 ; *Савин В. И.* Система органов государственной власти субъектов Российской Федерации : дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 1998 ; *Собянин С. С.* Высшие органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в условиях административной реформы // Журнал рос. права. 2006. № 10 ; *Кокотов А. Н.* Особенности организации государственной власти в Свердловской области // Конституционное законодательство субъектов Российской Федерации. М., 1999 ; *Лебедев В. А.* Проблемы организации и деятельности законодательной и исполнительной власти в субъектах Российской Федерации. М., 2000 ; *Медвецкий О. М.* Двухпалатные парламенты в субъектах Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправления. 2006. № 3 ; *Меркулов Е. С.* Система органов государственной власти субъектов Российской Федерации : конституционно-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 2007 ; *Опрятов В. И.* Принципы построения системы органов исполнительной власти в субъектах Российской Федерации (на примере областей Центрального федерального округа) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2006 ; *Шахов Д. В.* Конституционно-правовое регулирование формирования системы органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 42. Ст. 5005 ; 1995. № 35. Ст. 3506.

**Формирование федерального
и регионального законодательства (1993–2000 гг.)**

Начало формирования конституционных основ управления в России на новой правовой базе положило принятие Конституции Российской Федерации в декабре 1993 г. В Конституции (Основном законе) РСФСР высшими органами государственной власти были Советы народных депутатов – Съезд народных депутатов РСФСР и Верховный Совет РСФСР, съезды народных депутатов, верховные советы республик в составе РСФСР, местные советы народных депутатов – краевые, областные, автономных областей, автономных округов, районные, городские, районные в городах, поселковые и сельские – составляют единую систему представительных органов государственной власти в РСФСР⁵. Советы народных депутатов руководили всеми отраслями государственного, хозяйственного и социально-культурного строительства как непосредственно, так и через создаваемые ими органы государственного управления. Советам были подотчетны и подконтрольны исполнительные и распорядительные органы. Местное самоуправление осуществлялось населением через соответствующие местные советы народных депутатов, органы территориального общественного самоуправления населения, а также местные референдумы, собрания, сходы граждан, иные формы непосредственной демократии. В соответствии с нормами Конституции (Основного закона) РСФСР республики в составе РСФСР были наделены правом принимать законы, а другие территориальные образования – только решения (ст. 132, 140 Конституции РСФСР).

Вся деятельность Советского государства строилась в соответствии с принципом демократического централизма: выборностью всех органов государственной власти снизу доверху, подотчетностью их народу, обязательностью решений вышестоящих органов нижестоящим (ст. 3 Конституции РСФСР).

Согласно Конституции Российской Федерации (1993 г.) система органов государственной власти субъектов Российской Федерации устанавливается субъектами Российской Федерации самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом.

В соответствии с п. «н» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации в совместном ведении Российской Федерации с субъектами Российской Федерации находится вопрос «установления общих принципов организации системы органов государственной власти и местного самоуправления». До принятия федеральных законов от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁶ (далее – Закон № 154-ФЗ) и от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁷ (далее – Закон № 184-ФЗ) субъекты Российской Федерации осуществляли собственное правовое регулирование.

⁵ Конституция (Основной закон) РСФСР. Ст. 85. URL: constitution.garant.ru

⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 35. Ст. 3506.

⁷ Там же. 1999. № 42. Ст. 5005.

Для этого периода характерна практика заключения Договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Эти Договоры заключались в соответствии с ч. 3 ст. 11 Конституции Российской Федерации. В них закреплялись нормы, позволяющие органам государственной власти субъектов Российской Федерации до принятия федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации по конкретным предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации осуществлять собственное правовое регулирование.

Так, в соответствии со ст. 6 Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Воронежской области от 20 мая 1998 г. при принятии соответствующих федеральных законов и иных нормативных правовых актов Российской Федерации законы и иные нормативные правовые акты Воронежской области приводятся в соответствие с федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Законы и иные нормативные правовые акты Воронежской области, не приведенные в соответствие с федеральным законодательством, применению не подлежат⁸. Эта норма Договора позволила Воронежской области сформировать собственное законодательство, устанавливающее правовые основы формирования органов государственной власти Воронежской области, их взаимодействие, законодательство регулирующее вопросы местного самоуправления и правового статуса депутатов представительных органов местного самоуправления. Так, в Воронежской области были приняты областные законы от 27 октября 1994 г. № 3-з «Об органах государственной власти Воронежской области»⁹, от 7 декабря 1994 г. № 6-з «О выборах главы администрации области, местного самоуправления»¹⁰, от 28 декабря 1994 г. № 8-з «О местном самоуправлении в Воронежской области»¹¹, от 21 марта 1995 г. № 12-з «О статусе депутата представительного органа местного самоуправления в Воронежской области»¹², от 20 июля 1995 г. № 23-з «Устав (Основной закон) Воронежской области»¹³, от 11 марта 1996 г. № 48-з «О государственной службе Воронежской области»¹⁴.

Договор предоставлял право органам государственной власти Воронежской области участвовать в решении кадровых вопросов при назначении и освобождении руководителей территориальных подразделений феде-

⁸ См.: Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Воронежской области // Агибалов Ю. В. Правовые проблемы разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами. Воронеж, 1998. С. 102.

⁹ Коммуна. 1994. 2 нояб.

¹⁰ Там же. 20 дек.

¹¹ Там же. 1995. 6 янв.

¹² См.: Там же. 6 апр.

¹³ См.: Там же. 25–27 июля.

¹⁴ См.: Там же. 1996. 19–20 марта.

ральных органов государственной власти, федеральных государственных предприятий, учреждений и организаций, расположенных на территории Воронежской области (ст. 5 Договора); в разработке органами государственной власти Российской Федерации проектов федеральных законов и иных нормативных правовых актов по предметам совместного ведения Российской Федерации и Воронежской области (ст. 5 Договора); вносить в Правительство Российской Федерации предложения об отмене или приостановлении действия на территории области частично или полностью правовых актов федеральных органов исполнительной власти, которые регулируют вопросы, отнесенные к ведению Воронежской области, или не соответствуют полномочиям федеральных органов исполнительной власти в сфере совместного ведения Российской Федерации и Воронежской области, или перераспределяют в одностороннем порядке предметы ведения и полномочия, установленные Конституцией Российской Федерации и Договором (ст. 9), самостоятельно устанавливать и вводить своими законами областные налоги и сборы в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством об общих принципах налогообложения и сборов в Российской Федерации (ст. 12 Договора). Статьей 3 Договора предусматривалось, что полномочия органов исполнительной власти Российской Федерации и органов исполнительной власти Воронежской области по конкретным предметам совместного ведения, установленными ст. 72 Конституции Российской Федерации и ст. 2 Договора, определяются соответствующими соглашениями, если иное не установлено федеральным законодательством. Указанные соглашения являлись неотъемлемой составной частью Договора и могли быть заключены одновременно с подписанием Договора, а также в любое время после его вступления в силу. Передача федеральными органами исполнительной власти осуществления части своих полномочий органам исполнительной власти Воронежской области, в соответствии со ст. 78 Конституции Российской Федерации, может иметь место по соглашению во всех случаях, если в Конституции Российской Федерации или законе не содержится прямого запрета на передачу осуществления соответствующих полномочий (ст. 8 Договора)¹⁵. Большинство норм договора заполняли пробелы в федеральном законодательстве по предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. За период с февраля 1994 г. по октябрь 1998 г. был подписан 41 договор с 45 субъектами Российской Федерации¹⁶.

В это время в субъектах Российской Федерации проводилась работа по принятию конституций в республиках и уставов в остальных субъектах Российской Федерации. В большинстве республик конституции субъектов Российской Федерации, касающиеся определения конституционно-правового статуса субъекта Российской Федерации не соответствовали Конститу-

¹⁵ См.: Договор о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Воронежской области. С. 96–107. См. также: Агибалов Ю. В. Правовые проблемы разграничения предметов ведения и полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами. Воронеж, 1998. С. 88.

¹⁶ См.: Там же.

ции Российской Федерации. Так, республики Башкортостан¹⁷, Дагестан¹⁸, Бурятия¹⁹, определяя свой правовой статус, называют себя в конституциях суверенными государствами.

Согласно ст. 1 Конституции Республики Татарстан суверенное демократическое государство – государство, выражающее волю и интересы многонационального народа Республики. Государственный суверенитет есть неотъемлемое естественное состояние Республики Татарстан. Государственность Татарстана наделяется следующими атрибутами: неограниченный суверенитет, ассоциированное членство в составе Российской Федерации, международная правосубъектность, верховенство республиканского законодательства, значительная самостоятельность по отношению к федеральным властям (ст. 61 и 62 Конституции Республики Татарстан)²⁰.

В Конституции Республики Карелия вместо государственного суверенитета речь идет о народном и территориальном суверенитете²¹. В отличие от большинства республик в составе Российской Федерации края и области в своих уставах не претендуют на суверенитет, но основной акцент делают на самостоятельность и равноправие субъектов в отношениях с федеральными властями и друг с другом. Так, в ст. 6 Устава (Основного закона) Воронежской области было закреплено, что «Воронежская область является равноправным субъектом Российской Федерации. Территория Воронежской области является неотъемлемой частью Российской Федерации». Устав Воронежской области является Основным законом в системе нормативных правовых актов Воронежской области и обладает высшей юридической силой по отношению к иным правовым актам области, но не может противоречить Конституции Российской Федерации и федеральным законам, принятым по предметам ведения Российской Федерации и совместного ведения Российской Федерации и Воронежской области (ст. 9 Устава)²².

Конституциями и уставами субъектов Российской Федерации устанавливалась и система органов государственной власти. В субъектах Федерации органы государственной власти имели не только различные наименования, но и структуру, порядок формирования и полномочия. В большинстве республик в составе Российской Федерации были учреждены посты президентов, но их статус неодинаков. Так, в Татарстане Президент являлся Главой государства и возглавлял систему органов государственного управления; в Кабардино-Балкарии, Адыгее, Саха (Якутии) – Главой государства, высшим должностным лицом и главой исполнительной власти, при этом наряду с Президентом существовала должность председателя Правительства; в Республике Башкортостан он являлся Главой республи-

¹⁷ Конституция Республики Башкортостан // Конституции республик в составе Российской Федерации. М., 1996. Вып. 11. С. 37.

¹⁸ Конституция Республики Дагестан // Там же. М., 1995. Вып. 1. С. 37.

¹⁹ Конституция Республики Бурятия // Там же. С. 7.

²⁰ Конституция Республики Татарстан // Там же. С. 207, 215.

²¹ Конституция Республики Карелия // Там же. С. 131.

²² Устав (Основной закон) Воронежской области // Уставы краев, областей, родов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. М., 1995. Вып. 1. С. 245.

ки, высшим должностным лицом, который руководил деятельностью Кабинета министров, назначал Премьер-министра; в республиках Тыва, Марий Эл, Бурятия Президент являлся Главой государства и исполнительной власти, возглавлял Правительство республики; в Северной Осетии-Алании – Главой государства и исполнительной власти, имел право председательствовать на заседаниях Правительства. В республиках Карелия, Хакасия должности президента не было, а высшим должностным лицом и главой исполнительной власти являлся Председатель Правительства, избранный населением. В Республике Коми исполнительную власть осуществлял Глава республики, который возглавлял и Правительство; в Республике Мордовия Глава республики являлся Главой государства и ее высшим должностным лицом. Особенностью Республики Дагестан являлось то, что исполнительную власть в ней возглавлял Государственный совет, который формировался Конституционным собранием в количестве 14 человек. Госсовет возглавлял Председатель, избираемый Конституционным собранием путем тайного голосования. Он являлся Главой государства. Госсовет с согласия Народного собрания назначал Председателя Правительства, обеспечивал взаимодействие органов государственной власти²³.

В республиках Хакасия, Карелия, Тыва Правительство являлось высшим исполнительным и распорядительным органом, а в большинстве республик Правительство – исполнительно-распорядительный орган – не имело самостоятельного статуса (Ингушетия, Кабардино-Балкария, Северная Осетия-Алания, Татарстан, Адыгея, Башкортостан).

В Республике Удмуртия высшим должностным лицом являлся Председатель Государственного совета, руководитель высшего представительного, законодательного и контрольного органа, а исполнительную власть осуществляло Правительство, подотчетное Госсовету²⁴.

Созданные в республиках парламенты, в том числе двухпалатные (в Башкортостане, Кабардино-Балкарии, Карелии, Саха (Якутии)), обладали различным статусом и имели разные наименования: Народные собрания (Дагестан, Ингушетия, Башкортостан, Марий Эл, Мордовия, Саха (Якутия)); Парламент (Законодательное собрание) – (Кабардино-Балкария, Северная Осетия-Алания, Тыва); Государственный совет (Коми, Татарстан, Удмуртия, Адыгея); Верховный совет (Хакасия); Народный хурал (Калмыкия). Конституции республик в компетенцию законодательных и представительных органов, кроме основной функции принятия законодательных актов, включали также некоторые полномочия по назначению или согласованию назначения отдельных должностных лиц исполнительных органов власти и контролю за их деятельностью.

Согласно уставам субъектов Российской Федерации органами законодательной власти являлись:

а) Дума – в Воронежской, Белгородской, Тамбовской, Курской, Саратовской областях и большинстве других субъектов Российской Федерации;

²³ Конституция Республики Дагестан // Конституция Республики в составе Российской Федерации. М., 1995. Вып. 1. С. 51–52.

²⁴ Конституция Удмуртской Республики // Там же. С. 255.

б) Законодательное собрание – в Нижегородской, Вологодской, Иркутской, Ленинградской, Свердловской областях и ряде других субъектов Российской Федерации;

в) Государственная дума – в Ярославской области, Ставропольском крае;

г) Собрание депутатов – в Архангельской, Липецкой, Псковской областях;

д) Губернская дума – в Самарской области;

е) Совет депутатов – в Новосибирской области;

ж) Совет народных депутатов – в Орловской области.

В абсолютном большинстве законодательные (представительные) органы краев и областей были однопалатными, за исключением Законодательного собрания Свердловской области, состоявшего из двух палат: областной Думы и палаты представителей.

Исполнительную власть в этих субъектах Российской Федерации осуществляли:

а) губернатор и возглавляемое им правительство – в Ставропольском крае, Ленинградской области;

б) глава администрации области и возглавляемая им администрация – в Архангельской, Белгородской, Воронежской, Липецкой и в большинстве других краев и областей;

в) губернатор и возглавляемая им администрация – в Нижегородской, Тюменской, Саратовской, Иркутской областях;

г) губернатор, правительство – в Свердловской, Ярославской областях;

д) мэрия и мэр – в городе Москве.

В ряде субъектов Российской Федерации в систему органов государственной власти входили и территориальные органы государственного управления. В республиках Ингушетия, Коми, Татарстан, Адыгея, Башкортостан, Саха (Якутия), Хакасия, Новосибирской области, в районах и городах республиканского (областного) значения образовывались представительные и исполнительные органы государственной власти, которые осуществляли государственное управление на своей территории. Они входили в единую систему органов государственной власти республики (области). Решения вышестоящих органов государственной власти были для них обязательны. Исполнительные органы власти районов были подотчетны не только вышестоящим органам власти, но и соответствующему представительному органу государственной власти. Местный представительный орган государственной власти не являлся законодательным органом и поэтому принимаемые им решения носили подзаконный характер, но они являлись обязательными для исполнения местными органами государственной власти и органами местного самоуправления. Руководители местных органов государственной власти избирались населением (Адыгея, Хакасия), избирались или назначались Президентом (Ингушетия, Татарстан), избирались из числа депутатов (Мордовия), назначались главой администрации области по согласованию с соответствующим Советом (Новосибирск). В Республике Карелия функции государственного управления

на местах осуществляли органы государственного управления Республики через свои территориальные структуры (представителей). В Свердловской области функции государственного управления на местах осуществляли управленческие округа. В соответствии с Законом Свердловской области «Об исполнительных органах государственной власти Свердловской области» на территории управленческих округов действовали территориальные исполнительные органы государственной власти, которые охватывали несколько муниципальных образований (районов). При этом в каждом районе образовывались органы местного самоуправления, имеющие собственную компетенцию в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством²⁵.

В Ленинградской области в соответствии со ст. 9 Устава Ленинградской области осуществлялось государственное управление и местное самоуправление. Государственное управление на местном уровне осуществлялось главами администраций районов, назначаемыми губернатором Ленинградской области²⁶. В этот период активно шел процесс разграничения предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации.

Проведенное нами исследование показало, что в отсутствие федерального закона субъекты Российской Федерации по своему усмотрению принимали конституции и уставы, устанавливали систему органов государственной власти, которые не соответствовали нормам Конституции Российской Федерации. В связи с этим стало актуальным наведение порядка на конституционно-правовом поле после принятия Закона № 184-ФЗ²⁷. Аналогичная ситуация была и в отношении органов местного самоуправления после вступления в силу Закона № 154-ФЗ²⁸.

Субъекты Российской Федерации должны были привести свое законодательство в соответствие с нормами федеральных законов, а органы местного самоуправления – свои уставы муниципальных образований и нормативные правовые акты. Однако одновременно эту работу осуществить было невозможно, так как, с одной стороны, в органах государственной власти, особенно местного самоуправления, ощущался дефицит юристов, а с другой – в принятые законы систематически вносились изменения.

²⁵ Об исполнительных органах государственной власти Свердловской области : областной закон от 24 декабря 1996 г. № 58-ОЗ // Ведомости Законодательного собрания Свердловской области. 1997. № 8.

²⁶ Устав Ленинградской области // Уставы краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов Российской Федерации. М., 1995. Вып. 1. С. 107.

²⁷ Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации : федер. закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 42. Ст. 5005.

²⁸ Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации : федер. закон от 28 августа 1995 г. № 154-ФЗ // Там же. 1995. № 35. Ст. 3506.

Приведение регионального законодательства в соответствие с федеральным законодательством (2000–2013 гг.)

Президент Российской Федерации В. В. Путин в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации от 8 июля 2000 г. подчеркнул, что «власть обязана опираться на закон и сформированную в соответствии с ним единую исполнительную вертикаль. Мы создали «острова» и отдельные «островки власти», но не возвели между ними надежных мостов. У нас до сих пор не выстроено эффективное взаимодействие между разными уровнями власти. Центр и территории, региональные и местные власти все еще соревнуются между собой, соревнуются за полномочия...»²⁹.

«Нужно признать – в России федеративные отношения не достроены и неразвиты..., у нас еще нет полноценного федеративного государства... В начале 90-х центр много отдал на откуп регионам»³⁰.

В этом Послании Президент Российской Федерации заявил, что «федеральная власть, Президент Российской Федерации должны иметь правовую возможность навести порядок. И руководители регионов должны иметь право влиять на местные органы власти, если они принимают неконституционные решения»³¹. «Вот почему мы настаиваем на единственной диктатуре – диктатуре Закона»³², – подчеркнул В. В. Путин.

В послании Федеральному Собранию Российской Федерации 3 апреля 2001 г. Президент Российской Федерации В. В. Путин определил в качестве приоритетов решение следующих задач:

- определение конкретных, четких полномочий центра и субъектов Российской Федерации в рамках их совместной компетенции;
- разграничение федеральными законами предметов ведения и полномочий между федеральным центром и региональным уровнем управления;
- наведение порядка в системе территориальных структур федеральных органов исполнительной власти;
- наведение порядка в межбюджетных отношениях;
- проведение систематизации законодательства³³.

Реализуя положения Посланий Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации в субъектах Российской Федерации были приняты нормативные правовые акты по приведению в соответствие с законодательством или о прекращении действия Договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации³⁴.

²⁹ Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. М., 2000. С. 24.

³⁰ Там же. С. 25.

³¹ Там же. С. 28–29.

³² Там же. С. 25.

³³ Послание Федеральному Собранию Российской Федерации // Официальный сайт Президента Российской Федерации. URL: <http://archive.kremlin.ru/text/appears/2001/04/28514.shtml>

³⁴ О ратификации Договора о прекращении действия Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти

Федеральным Собранием Российской Федерации были внесены изменения и дополнения в Закон № 184-ФЗ, регламентирующие порядок формирования законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации³⁵, порядок обнародования Конституции (Устава) субъекта Российской Федерации и законов субъекта Российской Федерации; общие принципы разграничения полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъекта Федерации и экономическую основу деятельности органов государственной власти субъекта Российской Федерации³⁶; установившие порядок наделения гражданина полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации и досрочного прекращения его полномочий³⁷. Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ в п. 2 ст. 26.3 было закреплено 41 полномочие органов государственной власти субъекта Российской Федерации по предметам совместного ведения, осуществляемые органами государственной власти субъектов Российской Федерации самостоятельно за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации (за исключением субсидий из федерального бюджета)³⁸. Эти изменения и дополнения, безусловно, носили принципиальный характер и оказали существенное влияние на формирование регионального законодательства.

Большое внимание законодатель уделял правовому регулированию органов государственной власти субъектов Российской Федерации (от порядка их формирования и наименования до организации деятельности и прекращения полномочий). За прошедшие годы законодательство по этим вопросам неоднократно менялось. Так, Федеральным законом от 24 июля 2002 г.

Российской Федерации и органами государственной власти Воронежской области : закон Воронежской области от 5 апреля 2002 г. № 17-ОЗ // Коммуна. 2002. 13 апр.

2014. № 2
35 О внесении изменений и дополнений в статью 4 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» : федер. закон от 24 июля 2002 г. № 107-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 30. Ст. 3024.

36 О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» : федер. закон от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 27 (ч. 2). С. 2709.

37 О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» : федер. закон от 11 декабря 2004 г. № 159-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 50. Ст. 4950.

38 О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» : федер. закон от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 27 (ч. 2). С. 2709.

№ 107-ФЗ «О внесении дополнений и изменений в статью 4 «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³⁹ устанавливался порядок избрания депутатов законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации в соответствии с которым не менее 50 % депутатов законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации должны избираться по единому избирательному округу пропорционально числу голосов, поданных за списки кандидатов в депутаты, выдвинутые избирательными объединениями в соответствии с законодательством о выборах, а Федеральным законом от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁴⁰ закреплена норма, в соответствии с которой число депутатов, работающих на профессиональной постоянной основе, устанавливается законом субъекта Российской Федерации. Законом субъекта Российской Федерации должна также определяться и правомочность заседаний законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации, в то же время в Федеральном законе от 18 июня 2007 г. № 101-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам деятельности законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации и представительных органов муниципальных образований»⁴¹ установлено, что заседание законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации не может считаться правомочным, если на нем присутствуют менее 50 % от числа избранных депутатов. Правомочное заседание законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации проводится не реже одного раза в месяц. Вновь избранный законодательный (представительный) орган власти субъекта Российской Федерации собирается на первое заседание в установленный конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации срок, который не может превышать тридцать дней со дня избрания законодательного (представительного) органа власти субъекта Российской Федерации в правомочном составе.

Федеральными законами на протяжении последних лет неоднократно менялся порядок замещения должности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации. Так, если первоначально в ст. 18 Федерального закона № 184-ФЗ была закреплена норма, в соответствии с которой высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации избирается гражданами Российской Федерации, проживающими на территории субъекта Российской Федерации и обладающими в соответствии с федеральным

³⁹ Там же. 2002. № 30. Ст. 3024.

⁴⁰ О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» : федер. закон от 4 июля 2003 г. № 95-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 27 (ч. 2). Ст. 2709.

⁴¹ Там же. 2007. № 26. Ст. 3024.

законом активным избирательным правом, на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при тайном голосовании, за исключением случаев, когда на день вступления в силу настоящего Федерального закона конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации предусмотрено наделение гражданина полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации путем избрания его специально созываемым собранием представителей⁴², то уже Федеральным законом от 11 декабря 2004 г. № 159-ФЗ было установлено, что гражданин Российской Федерации наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации по представлению Президента Российской Федерации законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации в порядке, предусмотренном Федеральным законом и конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации⁴³.

Федеральным законом от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ были возвращены выборы высшего должностного лица субъекта Российской Федерации гражданами Российской Федерации⁴⁴.

Федеральным законом от 23 декабря 2010 г. № 376-ФЗ «О внесении изменения в статью 4 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» закреплена норма, в соответствии с которой наименование законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации не может содержать словосочетаний, составляющих основу наименований федеральных органов государственной власти⁴⁵, а Федеральным законом от 28 декабря 2010 г. № 406-ФЗ «О внесении изменений в ст. 18 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁴⁶ в п. 6 ст. 18 внесено дополнение, в соответствии с которым наименование должности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации не может содержать слов и словосочетаний, составляющих

⁴² Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации : федер. закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 42. Ст. 5005.

⁴³ О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» : федер. закон от 11 декабря 2004 г. № 159-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 50. Ст. 4950.

⁴⁴ О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» : федер. закон от 2 мая 2012 г. № 40-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 19. Ст. 2274.

⁴⁵ Там же. 2010. № 52 (ч. 1). Ст. 6991.

⁴⁶ Там же. 2011. № 1. Ст. 18.

наименование должности Главы государства – Президента Российской Федерации. Этим законом установлен переходный период до 1 января 2015 г., в течение которого конституции (уставы) субъектов Российской Федерации должны быть приведены в соответствие с этим федеральным законом.

Федеральным законом от 29 июля 2000 г. № 106-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁴⁷ были закреплены нормы, в соответствии с которыми закрепляются такие меры ответственности, как роспуск законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации и отрешение от должности высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации), а также закреплен механизм реализации этих норм.

Проведенное исследование позволяет сделать вывод, что основные положения Посланий Президента Российской Федерации В. В. Путина выполнены. На федеральном уровне не только разграничены предметы ведения и полномочия, но и выстроена система органов государственной власти субъектов Российской Федерации, определен порядок избрания высшего должностного лица субъекта Российской Федерации и законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации, закреплена их ответственность. Под контролем Полномочных представителей Президента Российской Федерации в федеральных округах субъекты Российской Федерации приводят свое законодательство в соответствие с федеральным.

Вместе с тем наметились тенденции регулирования на федеральном уровне вопросов, относящихся к компетенции субъектов Российской Федерации и наделения субъектов Российской Федерации полномочиями по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации без передачи для их реализации финансовых средств. На протяжении последнего десятилетия п. 2 ст. 26 Федерального закона № 184-ФЗ регулярно дополняется новыми полномочиями субъекта Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, которые должны осуществляться за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации. В настоящее время к полномочиям органов государственной власти субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения, осуществляемым данными органами самостоятельно за счет средств субъекта Российской Федерации, отнесено решение 102 вопросов. Процесс закрепления за субъектами Российской Федерации полномочий продолжается. Федеральным законом от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ введена новая ст. 26.3.1, в соответствии с которой органы государственной власти субъекта Российской Федерации вправе участвовать в осуществлении полномочий Российской Федерации по предметам ведения Российской Федерации, а также полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения, не переданных им в соответствии с п. 7 ст. 26.3 указанного федерального закона, с осуществлением расходов за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации

⁴⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 31. Ст. 3205.

(за исключением финансовых средств, передаваемых из федерального бюджета бюджету субъекта Российской Федерации на осуществление целевых расходов), если это участие предусмотрено федеральными законами⁴⁸.

Таким образом, федеральный законодатель, включая ст. 26.3.1 и дополняя перечень полномочий субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения в п. 2 ст. 26.3 Закона № 184-ФЗ, фактически снимает с федерального уровня финансовую нагрузку, при этом очевидно, что многие из этих вопросов не могут быть реализованы за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации (без субвенций из федерального бюджета).

Исследование проблемы правового регулирования статуса и системы органов государственной власти субъектов Российской Федерации позволило сделать ряд выводов.

Во-первых, после принятия Конституции Российской Федерации 1993 г. и отсутствия федерального законодательства, устанавливающего общие принципы организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти, субъекты Российской Федерации на протяжении шести лет осуществляли собственное правовое регулирование и устанавливали систему органов государственной власти и местного самоуправления исходя из собственного понимания основ конституционного строя и основывались на положениях Договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

Во-вторых, субъекты Российской Федерации (за исключением республик) впервые стали формировать собственное законодательство, включая принятие уставов субъектов Российской Федерации.

В-третьих, после принятия Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (далее – Закон № 184-ФЗ) возникла необходимость приведения норм регионального законодательства в соответствие с федеральным.

В-четвертых, внесение дополнений в Закон № 184-ФЗ, касающихся вопросов разграничения полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, дали возможность отказаться от практики заключения Договоров между органами государственной власти Российской Федерации и субъектов Российской Федерации.

В-пятых, закрепление в Законе № 184-ФЗ полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации по предметам совместного ведения, осуществляемых ими самостоятельно за счет средств бюджета Российской Федерации, носили принципиальный характер и оказали существенное влияние на формирование регионального законодательства. Однако в последние десять лет этот перечень постоянно пополняется за счет полномочий, которые должны осуществлять субъекты Российской Федерации без передачи для их реализации финансовых средств.

⁴⁸ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием разграничения полномочий : федер. закон от 31 декабря 2005 г. № 199-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 1. Ст. 10.

В-шестых, в настоящее время в большинстве субъектов Российской Федерации конституции (уставы) субъектов Российской Федерации приведены в соответствие с действующим федеральным законодательством. Проблемой остается своевременное приведение законодательства субъектов Российской Федерации в соответствие с федеральным из-за постоянного внесения изменений в действующее федеральное законодательство.

В-седьмых, на федеральном уровне в последние годы наметилась тенденция регулирования вопросов, относящихся к компетенции субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Совершенствование действующего законодательства необходимо осуществлять путем замены в Законе № 184-ФЗ императивных норм на диспозитивные, касающиеся установления системы органов государственной власти в субъектах Российской Федерации, порядка их формирования и функционирования, на основе которых субъекты Российской Федерации могли в полном объеме реализовать свое конституционное право самостоятельно устанавливать систему органов государственной власти и осуществлять правовое регулирование по предметам ведения субъектов Российской Федерации.

Примером может быть принятие Федерального закона от 2 апреля 2013 г. № 30-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым субъектам Российской Федерации предоставлено право самостоятельно определять, каким образом будет избираться высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации. В соответствии с п. 3 ст. 18 Закона № 184-ФЗ (в ред. от 30.09.2013) высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации (руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) избирается гражданами Российской Федерации, проживающими на территории данного субъекта Российской Федерации и обладающими в соответствии с федеральным законом активным избирательным правом, на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при тайном голосовании, а п. 3.2 указанной статьи предусмотрено, что конституцией (уставом), законом субъекта Российской Федерации может быть предусмотрено, что высшее должностное лицо субъекта Российской Федерации избирается депутатами законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации⁴⁹. Данный пример, несомненно, является позитивным и представляет возможность на практике субъектам Российской Федерации реализовать свои права, предусмотренные Конституцией Российской Федерации.

⁴⁹ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации : федер. закон от 2 апреля 2013 г. № 30-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 14. Ст. 1638.

Воронежский государственный университет

Агибалов В. Ю., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры конституционного права России и зарубежных стран.

*E-mail: vstatute@rambler.ru
Тел.: 8-950-767-54-45*

Voronezh State University

Agibalov V. Yu., Candidate of Legal Sciences, Lecturer of the Russian and Foreign Constitutional Law Department

*E-mail: vstatute@rambler.ru
Tel.: 8-950-767-54-45*

ПРОБЛЕМА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СТАТУСА
МОЛОДЕЖНЫХ ПАРЛАМЕНТОВ

О. А. Фомичева

Филиал Оренбургского института менеджмента в г. Орске

Поступила в редакцию 20 февраля 2014 г.

Аннотация: *раскрываются проблемы правоприменительной практики по определению правового статуса молодежных парламентов. Выявлены противоречия действующего законодательства требованиям теоретического восприятия категории «молодежный парламент». Обозначены проблемы, препятствующие единообразному восприятию законодателем молодежных парламентов как конституционно-правовой категории. Предложено решение проблемы по правовой регламентации нормативно-правовых коллизий, которое позволит преодолеть возникшие причины неразвитости правового института.*

Ключевые слова: *молодежь, молодежный парламент, возраст члена молодежного парламента, правовой статус, законодательство.*

Abstract: *in article problems of law-enforcement practice by determination of legal status of youth parliaments reveal. Current legislation contradictions to requirements of theoretical perception of category «youth parliament» are revealed. In article the problems interfering uniform perception by the legislator of youth parliaments, as constitutional and legal category are designated. The solution on a legal regulation of standard and legal collisions which will allow to overcome the arisen reasons of backwardness of legal institute is offered.*

Key words: *youth, youth parliament, age of members of the youth parliament, legal status, legislation.*

Государственная власть в России реализуется посредством государственных органов¹, но главным источником власти является народ. Молодежный парламентаризм – это новый развивающийся институт управления государством особой категорией населения – молодежью. Молодежные парламенты в Российской Федерации являются предметом научного исследования конституционного права, политологии, социологии, менеджмента и других важных направлений науки. Молодежный парламент – это один из важных механизмов взаимодействия институтов гражданского общества и государства². Однако вопросу определения правового статуса молодежного парламента в системе государственного управления уделено недостаточное внимание.

¹ 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, 7-ФКЗ) // Рос. газета. 1993. 25 дек.

² См.: Грив В. В. Взаимодействие гражданского общества и органов государственной власти в социальной сфере // Социальное и пенсионное право. 2010. № 4. С. 13–17.

На современном этапе развития парламентаризма институт молодежного парламента имеет общенациональное значение. Вместе с тем молодежный парламентаризм развивается медленно. Одной из ключевых причин неразвитости данного института называют отсутствие механизмов, способствующих вовлечению молодежи в общественные процессы³. Главным механизмом вовлечения молодежи в дела государства является четкая правовая регламентация этого института демократии.

В силу неоднородности взглядов на институт молодежных парламентов правовой статус молодежных парламентов не имеет единообразной правовой природы. Для определения правового статуса молодежных парламентов необходимо рассмотреть имеющиеся способы их регламентации.

Во-первых, молодежный парламент – это вид представительного объединения. Правовая основа формирования этой формы молодежного образования позволяет выявить общие черты представительства. Так, Молодежный парламент при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации состоит из избранных на заседаниях региональных молодежных парламентов представителей молодежи⁴. Региональные парламенты, создаваемые при законодательных (представительных) органах власти, сформированы по принципу представительства молодежи из числа проживающих на соответствующей территории. Так, в Оренбургской области выдвижение кандидатов в Молодежный парламент осуществляется от региональных отделений общероссийских молодежных объединений, региональных и местных молодежных и детских общественных объединений, зарегистрированных в установленном законодательством порядке и имеющих статус юридического лица; муниципальных молодежных палат; советов молодежи предприятий (организаций, учреждений), расположенных на территории Оренбургской области, имеющих численность работников в возрасте от 16 до 35 лет не менее 50 человек; органов студенческого самоуправления образовательных организаций среднего профессионального и высшего образования⁵.

Таким образом, молодежный парламент является представительным органом, избираемым в установленном порядке.

Во-вторых, молодежный парламент – это молодежное общественное объединение, обладающее функциями законотворчества. На законодательном

³ См.: Замышляев Д. В., Кирьянов А. Ю. Создание молодежных администраций как способ формирования кадрового резерва муниципальных служащих // Гражданское общество в России и за рубежом. 2013. № 2. С. 44–48.

⁴ Об Общественной молодежной палате при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации : постановление Государственной Думы Федерального Собрания Рос. Федерации от 27 июня 2008 г. № 688-5 ГД. URL: http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_140810.html (дата обращения: 26.12.2013).

⁵ О Молодежном парламенте Оренбургской области при Законодательном Собрании Оренбургской области : закон Оренбургской области от 24 августа 2012 г. № 1042/309-V-ОЗ : принят постановлением Законодательного Собрания Оренбургской области от 15 августа 2012 г. № 1042 // Оренбуржье. 2012. 6 сент.

уровне за молодежными парламентами закрепляется функция по участию молодежи в законотворческом процессе. Так, в Молодежном парламенте при Государственной Думе основной формой работы является заседание⁶, на котором рассматриваются вопросы законотворческой инициативы. Так, в повестке дня заседания от 19 октября 2012 г. рассматривался проект закона «Об общих принципах организации молодежного самоуправления в Российской Федерации». Законопроект предполагал закрепить правовые основы функционирования всех молодежных политических организаций в России, а также на уровне федерального закона закрепить единообразный порядок функционирования системы молодежных политических органов: молодежных парламентав, молодежных правительств и т.д.⁷

В-третьих, молодежный парламент – это объединение молодежи общенационального спектра действия, который создается на всех уровнях государственной власти и местного самоуправления. В Российской Федерации созданы и действуют молодежные парламента на всех уровнях управления государством.

Общенациональный уровень молодежного парламента представлен Всероссийской общественной организацией «Единое молодежное парламентское движение Российской Федерации» и Молодежным парламентом при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации и Палатой молодых законодателей при Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации.

Окружное представительство молодежных парламентариев осуществляется в Координационных Советах Молодежных парламентав федеральных округов Российской Федерации в соответствии с территориальными образованиями. Так, в Дальневосточном федеральном округе создан координационный Совет, который получил название: Парламентская Ассоциация «Дальний Восток и Забайкалье», Совет молодежных парламентав Дальнего Востока и Забайкалья. Совет действует в составе добровольного объединения молодежных парламентав при законодательных (представительных) органах государственной власти субъектов РФ, входящих в Ассоциацию законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ Дальнего Востока и Забайкалья⁸.

⁶ О Регламенте Общественной Молодежной палаты (Молодежного парламента) при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации : решение Общественной Молодежной палаты (Молодежного парламента) при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации № 01/04-МП от 15 апреля 2011 г. URL: <http://newparlament.ru/pages/view/documents/88> (дата обращения: 26.12.2013).

⁷ Об общих принципах организации молодежного самоуправления в Российской Федерации : проект закона // Официальный сайт. Молодежное парламентское движение России. URL: <http://newparlament.ru/pages/view/documents/88> (дата обращения: 26.12.2013).

⁸ О Регламенте Совета молодежных парламентав Дальнего Востока и Забайкалья : решение Совета молодежных парламентав Дальнего Востока и Забайкалья от 11 апреля 2007 г. № 1. URL: <http://pa-dv.ru/Site.aspx?a=270400308> (дата обращения: 27.12.2013).

Региональное представительство молодежных парламентов создано во всех субъектах РФ. Правовая основа функционирования таких парламентов имеет различную правовую природу. Традиционно в субъектах РФ правовой статус региональных молодежных парламентов обретает законодательные основы и реализуется в специализированном законодательстве. Так, правовой статус Московского областного молодежного парламента установлен на уровне закона субъекта РФ⁹. Применяются также и формы подзаконного урегулирования правового статуса молодежных парламентов. Так, в Ленинградской области Молодежный парламент учрежден подзаконным актом субъекта РФ – постановлением законодательного (представительного) органа – и не имеет специальных норм законодательного регулирования¹⁰.

Региональные парламентарии не всегда закрепляют основы правового статуса молодежных парламентов в специальном законодательстве, т.е. молодежные парламенты определяются как вспомогательный элемент участия молодежи в политической системе общества. Так, в Тульской области учреждение молодежного парламента следует из законодательства о молодежной политике. При этом в законе отражается, что молодежные совещательные органы являются одной из форм участия молодежи в управлении общественной жизнью¹¹. Таким образом, правовым основам регламентации статуса молодежного парламента не во всех регионах уделяется должное внимание.

Местный уровень молодежного представительства не обладает достаточной нормативной базой по регламентации молодежных парламентов. Федеральное законодательство, регулирующее основы местных молодежных парламентов, отсутствует. Именно поэтому порядок функционирования муниципальных молодежных парламентов местного уровня регламентирован на уровне законов субъектов РФ. Вместе с тем региональных законов, регламентирующих правовую основу деятельности местных молодежных парламентов, очень мало. Например, в Оренбургской области на законодательном уровне определен статус муниципальных молодежных парламентов в Законе «О деятельности органов молодежного самоуправления в Оренбургской области»¹², в котором установлены пределы правового регулирования муниципальных молодежных парламентов. Так, мо-

⁹ О Московском областном молодежном парламенте : закон Московской области от 16 апреля 2010 г. № 40/2010-ОЗ : принят постановлением Мособлдумы от 8 апреля 2010 г. № 4/115-П // Ежедневные новости. Подмосковье. 2010. 24 апр.

¹⁰ Об образовании Молодежного парламента Ленинградской области : постановление Законодательного Собрания Ленинградской области от 28 марта 2012 г. № 264 // Вести. 2012. 6 апр.

¹¹ О регулировании отдельных отношений в сфере государственной молодежной политики в Тульской области : закон Тульской области от 16 июля 2012 г. № 1788-ЗТО : принят Тульской областной Думой 12 июля 2012 г. // Тульские известия. 2012. № 103. С. 4.

¹² О деятельности органов молодежного самоуправления в Оренбургской области : закон Оренбургской области от 16 ноября 2012 г. № 1210/350-V-ОЗ : принят постановлением Законодательного Собрания Оренбургской области от 6 ноября 2012 г. № 1210 // Бюллетень Законодательного Собрания Оренбургской области. 2012.

лодежная палата (парламент) соответствующей территории образуется на основании закона Оренбургской области и нормативного правового акта представительного органа муниципального образования.

Самым распространенным способом закрепления нормативного регулирования правового статуса молодежных парламентов, создаваемых в муниципальных образованиях, являются уставы муниципальных образований. В уставах муниципальных образований закрепляются следующие основы правового статуса молодежных парламентов:

- определяют цели по реализации инициатив молодежи при формировании и осуществлении социально-экономической политики¹³;
- устанавливают исключительные полномочия представительного органа по учреждению молодежных парламентов в муниципальных образованиях¹⁴;
- наделяют местные парламенты правотворческой функцией, проявляющейся в наделении их полномочиями по внесению проектов правовых муниципальных актов¹⁵.

Более подробно на уровне местного самоуправления закрепен статус молодежных парламентов в положениях. Такие положения утверждаются представительным органом местного самоуправления. Положения определяют правовой статус молодежных парламентов. Так, в муниципальном образовании Вологодской области молодежный парламент является коллегиальным, совещательным и консультативным органом, формируемым при представительном органе и полностью подотчетным ему¹⁶.

В-четвертых, молодежный парламент – это объединение лиц определенной возрастной группы населения. Максимальный и минимальный возраст парламентария определяют пределы начала и окончания срока его полномочий. Поэтому возраст члена молодежного парламента должен закрепляться в правовых нормах, регламентирующих статус молодежных парламентов всех уровней власти. Возрастной ценз членов молодежных парламентов является ключевой характеристикой статуса молодежных парламентов.

¹³ Устав муниципального образования «Сергиево-Посадский муниципальный район Московской области»: принят решением Совета депутатов Сергиево-Посадского муниципального района МО от 29 февраля 2012 г. № 20/2-МЗ // Вперед. 2012. № 16 (спецвыпуск).

¹⁴ Устав муниципального образования «Городское поселение Ликино-Дулево» (новая редакция): принят решением Совета депутатов городского поселения Ликино-Дулево Орехово-Зуевского муниципального района МО от 28 ноября 2012 г. № 130/13 // Информационный вестник городского поселения Ликино-Дулево. 2013. 10 янв.

¹⁵ О принятии Устава муниципального образования «Лысьвенский городской округ»: решение Думы Лысьвенского городского округа от 20 декабря 2012 г. № 266 // Бюллетень правовых актов Лысьвенского муниципального района. 2012. № 126, ч. 1.

¹⁶ О Молодежном парламенте Великоустюгского муниципального района: решение Представительного органа местного самоуправления Великоустюгской Думы от 14 декабря 2012 г. № 130 (вместе с «Положением о Молодежном парламенте Великоустюгского муниципального района») // Советская мысль. 2012. 26 дек.

Причиной создания молодежных парламентов в России является вовлечение именно молодежи в политическую жизнь общества. Одновременно с этим законодательство Российской Федерации не определяет единого возрастного ценза для молодежи как основу правового статуса молодежного парламента. Исходя из общих положений правовых источников, возраст молодежи исчисляется с 14 лет¹⁷, а предельный возраст по действующему законодательству федерального уровня – 30 лет¹⁸.

Концепт «молодежь» является не только правовым, но и ключевым социально-демографическим понятием. Определение половозрастных характеристик населения осуществляет наука демография. При этом источники демографии не определяют молодежь как отдельную группу. В демографии используется иной термин: «классификация возраста» – распределение населения по укрупненным возрастным группам населения (дети, молодежь, взрослое население, старики и др.)¹⁹. Отсутствие четких характеристик возраста молодежи в науке дает основание к регулированию возрастного ценза молодежи в законодательстве. Таким образом, возраст, определяющий пределы группы молодежи, подвержен регулированию в источниках права, определяющих правовой статус молодежных парламентов.

Правоприменительная практика регламентации пределов возрастных характеристик молодежных парламентов неоднородна. На федеральном уровне минимальный возраст парламентария определен как 18-летний²⁰. На региональном уровне статус члена молодежного парламента определяется законодателем самостоятельно. Выбор молодежи как отдельной группы законодательными органами субъектов РФ обозначен возрастом 14, 16 и 18 лет.

Возраст парламентария в регионах может определяться как на уровне регионального закона, так и подзаконных правовых актов. Так, в Хабаровском крае определен 14-летний минимальный возраст членства парламентария. Этот возраст для молодежного парламентария установлен на уровне как регионального молодежного парламента²¹, так и местного молодежного

¹⁷ О внесении изменения в Указ Президента Российской Федерации от 6 апреля 2006 г. № 325 «О мерах государственной поддержки талантливой молодежи»: указ Президента РФ от 25 июня 2012 г. № 892 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 27. Ст. 3679.

¹⁸ О государственной поддержке молодежных и детских общественных объединений: федер. закон от 28 июня 1995 г. № 98-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 27. Ст. 2503.

¹⁹ См.: Карманов М. В., Егорова Е. А., Царегородцев Ю. Н. Демография: учеб. пособие. М., 2011. URL: <http://www.iprbookshop.ru/8605> (дата обращения: 28.12.2013).

²⁰ Об утверждении Положения об Общественной молодежной палате при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации: постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 10 июня 2005 г. № 1979-IV ГД // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 25. Ст. 2481.

²¹ О Молодежной общественной палате при Законодательной Думе Хабаровского края: постановление Законодательной Думы Хабаровского края от 28 апреля 2004 г. № 1186 // Приамурские ведомости. 2004. 2 июня.

представительства²². В Амурской области определяется 16-летний минимальный возраст для участия в молодежных парламентах²³. В Республике Удмуртия минимальный возраст участия молодежи в парламентских делах определен 18-летним цензом²⁴.

Максимальный возраст члена молодежного парламента отображает пределы, характеризующие прекращение деятельности парламентария в соответствующем молодежном парламенте. Такие пределы различны. Федеральное законодательство определяет молодежь как категорию граждан, не достигших 30-летнего возраста. Вместе с тем молодежный парламент при Государственной Думе Федерального Собрания определяет предельный возраст парламентария в 35 лет²⁵. Таким образом, возрастной ценз для молодежи, определяемый законодателем для молодежного парламента при Государственной Думе, не соответствует нормам федерального законодательства по определению данной категории населения.

В субъектах РФ прекращение полномочий члена молодежного парламента устанавливается в различных возрастных рамках. Традиционно предельный возраст члена молодежного парламента ограничен 30-летием или 35-летием. Так, в Амурской области прекращение полномочий члена молодежного парламента обусловлено достижением членом молодежного парламента 31-летнего возраста²⁶. Ямало-Ненецкий автономный округ в состав Молодежного парламента включает граждан Российской Федерации в возрасте до 35 лет, постоянно проживающих на территории автономного округа²⁷.

В субъектах РФ отсутствует единообразная регламентация в нормах права возрастных характеристик молодежи. Так, в Республике Карелия

²² Об утверждении Положения о Молодежной общественной палате при Собрании депутатов Комсомольского муниципального района : решение Собрания депутатов Комсомольского муниципального района Хабаровского края от 20 февраля 2013 г. № 365 // Приамурье. 2013. 13 марта.

²³ О Молодежном парламенте Амурской области : постановление Законодательного Собрания Амурской области от 19 декабря 2008 г. № 12/768 // Амурская правда. 2009. № 4. С. 6.

²⁴ Об утверждении Положения о Молодежном парламенте при Государственном Совете Удмуртской Республики : постановление Государственного Совета Удмуртской Республики от 31 марта 2009 г. № 249-IV. URL: http://www.udmgossovet.ru/udmurtskaya_respublika/konstitutsiya/ (дата обращения: 28.12.2013).

²⁵ Об утверждении Положения об Общественной молодежной палате при Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации : постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 10 июня 2005 г. № 1979-IV ГД // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 25. Ст. 2481.

²⁶ О Молодежном парламенте Амурской области : постановление Законодательного Собрания Амурской области от 19 декабря 2008 г. № 12/768 // Амурская правда. 2009. № 4. С. 6.

²⁷ О Молодежном парламенте при Законодательном Собрании Ямало-Ненецкого автономного округа : постановление Законодательного Собрания ЯНАО от 21 марта 2012 г. № 974 (вместе с «Положением о Молодежном парламенте при Законодательном Собрании Ямало-Ненецкого автономного округа») // Ведомости Законодательного Собрания Ямало-Ненецкого автономного округа. 2012. № 2. Ст.12.

возрастные ограничения для члена молодежного парламента установлены на уровне закона. Молодежь (молодые граждане) – социально-демографическая группа населения в возрасте от 14 до 30 лет²⁸. При этом Молодежный парламент в Республике Карелия сформирован по указанному в законе принципу, подчиненному данным возрастным характеристикам молодежи²⁹.

В Оренбургской области, согласно региональному законодательству, молодежь – это физические лица, возраст которых составляет не менее 14 лет и не превышает 30 лет³⁰. Вместе с тем возраст членов молодежного парламента в данном регионе установлен от 16 до 35 лет³¹. Определение возраста молодежи в Оренбургской области не соответствует заявленному возрастному цензу, установленному законодателем для формирования молодежного парламента.

Таким образом, правовой статус молодежных парламентам обусловлен наличием требований по возрасту. Правоприменительная практика регламентации правового статуса молодежных парламентам по определению возрастного ценза, предъявляемого к членам молодежного парламента, требует определения единообразного подхода.

Молодежь – это социально-демографическая группа; критерий к определению возраста к данной категории не может быть различен. Возраст молодежи, равно как и возраст членства всех молодежных парламентам в России, должен быть определен на уровне федерального законодательства. Возраст членов молодежных парламентам необходимо установить в определенных рамках, определяемых на концептуальном уровне, содержащемся в правовой категории «Молодежь», соотносимой с социально-демографической категорией.

Итак, исследование правоприменительной практики регламентации правового статуса молодежных парламентам показало наличие существенных проблем по закреплению правовой природы данного демократического института, в частности: недостаточной четкости и отсутствия единообразного правового определения статуса молодежных парламентам, отсутствия детальной регламентации их правовых статусов, наличия пробелов в праве и коллизий в сфере их регулирования. Устранение противоречий законодательства как федерального, так и регионального уровней власти позво-

²⁸ О государственной молодежной политике в Республике Карелия : закон Республики Карелия от 18 января 2010 г. № 1359-ЗРК : принят ЗС РК 24 декабря 2009 г. // Собр. законодательства РК. 2010. № 1. Ст. 4.

²⁹ О Молодежном парламенте Республики Карелия : постановление Законодательного Собрания Республики Карелия от 14 июля 2011 г. № 2193-IV ЗС // Собр. законодательства РК. 2011. № 7. Ст. 1021.

³⁰ О государственной молодежной политике в Оренбургской области : закон Оренбургской области от 1 сентября 2006 г. № 579/107-IV-ОЗ : принят постановлением Законодательного Собрания Оренбургской области от 16 августа 2006 г. № 579) // Южный Урал. 2006. 30 сент.

³¹ О Молодежном парламенте Оренбургской области при Законодательном Собрании Оренбургской области : закон Оренбургской области от 24 августа 2012 г. № 1042/309-V-ОЗ : принят постановлением Законодательного Собрания Оренбургской области от 15 августа 2012 г. № 1042 // Оренбуржье. 2012. 6 сент.

лит решить проблемы недостаточного развития института молодежного парламентаризма. Создание четко сформулированного норматива правовых механизмов, способствующих вовлечению молодежи в общественные процессы, будет способствовать ускорению процесса становления правового демократического государства.

Филиал Оренбургского государственного института менеджмента в г. Орске

Фомичева О. А., кандидат юридических наук, заведующая кафедрой менеджмента и маркетинга

E-mail: olga-fomicheva@mail.ru

Tel.: 8-905-896-71-40

Branch of the Orenburg State Institute of Management in Orsk

Fomicheva O. A., Candidate of Legal Sciences, Head of the Management and Marketing Department

E-mail: olga-fomicheva@mail.ru

Tel.: 8-905-896-71-40

УДК 340.13

ЛЕГИТИМНОСТЬ НОРМ В РАЦИОНАЛЬНЫХ
И ИРРАЦИОНАЛЬНЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ*

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 3 февраля 2014 г.

Аннотация: *представлено современное понимание проблем легитимности закона в рациональных и иррациональных правовых системах. Раскрывается роль типов правовой культуры для легитимации закона в современном обществе. Анализируется роль рационального и иррационального в правовой системе, что играет, безусловно, ключевую роль в научном уяснении природы признания правовых норм. Раскрываются различные подходы к иррациональным и рациональным системам, что имеет значение легитимности закона.*

Ключевые слова: *правовая культура, позитивное право, правовая система, формальное равенство, легитимность закона.*

Abstract: *the article presents the current understanding of the legitimacy of the law in the rational and irrational legal systems. The author explores the role of types of legal culture to legitimize the law in modern society. At the same time analyzes the role of rational and irrational in the legal system, that certainly plays a key role in clarifying the nature of the scientific recognition of the rule of law. Disclosed are various approaches to irrational and rational system that counts the legitimacy of the law.*

Key words: *legal culture, positive law, legal system, formal equality, legitimacy of law.*

Природа легитимности права в понимании, отличном от легальности (законности), как признания субъектами правовых предписаний руководства для себя требует детального научного анализа. Если применительно к политологии, проблемам власти этот аспект подробно освещен, то применительно к праву и правовым системам – нет. Ключевым вопросом здесь являются проблемы рационального и иррационального элементов в правовой системе¹. Является ли легитимность права следствием убежденности личности, ее рационального выбора или же это следствие внушения (суггестии), имеет ли значение для этого процесса содержание права? Все эти вопросы подлежат, без сомнения, научному освещению, ибо без этого остается неясной природа легитимности в целом и в условиях современного общества в частности.

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РГНФ научного проекта № 14-03-00491.

¹ Об иррациональных элементах закона в отечественной теории права см. подробнее: *Исаев И. А.* Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006.

Прежде всего, следует начать с характеристики легитимности как результата воздействия на личность власти нормами позитивного права с целью изменить поведение субъекта. В разные эпохи легитимация, т.е. процесс достижения легитимности, происходил по-разному, но первичен вопрос: может ли легитимность законов быть рациональной или же это результат внушения? Безусловно, следует разграничивать убеждение и внушение, осуществляемые государством в процессе правового регулирования.

Убеждение, как указывает Ю. Ю. Ветютнев, происходит, когда субъект, на которого воздействуют, «меняет свое поведение осознанно, осмысленно, как правило, под воздействием рациональных доводов»². В противоположность этому внушение связано с некритичным, часто эмоциональным восприятием воздействия. «Внушение сводится к непосредственному прививанию тех или других психических состояний от одного лица к другому, прививанию, происходящему без участия воли воспринимающего лица и нередко даже без ясного с его стороны сознания. Очевидно, что уже в этом определении содержится существенное отличие внушения как способа психического воздействия одного лица на другое от убеждения, производимого всегда не иначе, как при посредничестве логического мышления и с участием личного сознания»³. Внушение также обозначают словом *суггестия*. «Внушение и есть явление принудительной силы слова. Слова, произносимые одним, неотвратимым «роковым» образом предопределяют поведение другого, если только не наталкиваются на отрицательную индукцию, контрсуггестию, обычно ищущую опору в словах третьих лиц или оформляющуюся по такой модели. В чистом виде суггестия есть речь минус контрсуггестия. Последняя на практике подчас выражена с полной силой, но подчас в пониженной степени – и в обратной зависимости от степени авторитета лица, являющегося источником суггестии»⁴. Внушение, в свою очередь, является основанием для манипуляции, в политологии под манипуляцией понимается воздействие когда, субъект совершает поступки противоречащие его интересам⁵.

Существуют различные мнения о природе психического воздействия на личность власти нормами, например точка зрения о внушении как основе правового регулирования: «Именно суггестия (внушение) образует фундаментальную опору не только нормативного регулирования, но и всего человеческого общения, – пишет Ю. Ю. Ветютнев, отмечая, что – ...в целом правовое воздействие тяготеет скорее к внушению, чем к убеждению, поскольку в самих нормативно-правовых текстах, как правило, не содержится достаточной аргументации, которая побудила бы их выполнять»⁶. Основываясь на работах психологов⁷, Ю. Ю. Ветютнев указывает, что процесс влияния, в том числе и правовых норм (в котором преобладает элемент внушения),

² Ветютнев Ю. Ю. Аксиология правовой формы. М., 2013. С. 161.

³ Бехтерев В. М. Роль внушения в общественной жизни // Гипноз. Внушение. Телепатия. М., 1994. С. 100.

⁴ Там же. С. 100–101.

⁵ См.: Пугачев В. П., Соловьев А. И. Введение в политологию. М., 2005.

⁶ Ветютнев Ю. Ю. Указ. соч. С. 162.

⁷ См.: Зимбардо Ф., Ляйпне Р. Социальное влияние. СПб., 2001.

представляет собой цепочку, устойчивый алгоритм, состоящий из: сообщения; внимания к нему; принятия его в качестве установки; понимания сути сообщения; запоминания новой установки; принятия на вооружение и руководство в своем поведении⁸.

Н. В. Варламова, рассуждая о неклассических теориях права и о том, какие правила поведения могут с точки зрения этих теорий устанавливаться в качестве общеобязательных, подвергает критике критерий поддержки населением, т.е. легитимности, так как, по ее мнению, это могут быть любые нормы по содержанию: «...силовым и суггестивным воздействием можно обеспечить поддержку любых правил»⁹. В зарубежной мысли также широко распространено мнение о суггестивной природе юридических правил и воздействии законов на основе внушения. Прежде всего, можно упомянуть философов и правоведов-постмодернистов¹⁰. Как указывает отечественный философ С. В. Моисеев: «Постмодернисты, а также близкие к ним сторонники «критических правовых исследований» (иногда их даже объединяют под одним названием «постмодернистская критическая юриспруденция») отрицают возможность истины, объективности и справедливости в праве, возможность основывать право на принципах честности, справедливости, равенства, которые мы все разделяем и которые служат интересам всех. ...Опираясь на философскую традицию, идущую еще от античных философов, а также Ницше и Фрейда, они утверждают, что моральные и правовые ценности – это всегда лишь выражение (и прикрытие) политических отношений и доминирований. Мораль и право существуют для того, чтобы защищать интересы тех, кто господствуют в обществе, элиту от угнетенных. Мораль и право – это иллюзия, направленная на поддержку статус-кво и блокирование перемен в интересах угнетенных»¹¹. Близкие к такому подходу к легитимности идеи высказывал и известный французский социолог П. Бурдьё. С его точки зрения, общество как система существует через отношения властного подчинения, в том числе и в так называемом «юридическом поле», поэтому неравенство обусловлено различными возможностями

⁸ См.: Там же. С. 162–168.

⁹ Варламова Н. В. Типология правопонимания и современные тенденции развития теории права. М., 2010. С. 100.

¹⁰ В частности, данный вопрос детально проработан И. Л. Честновым в ряде его трудов (см., например: Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012, и др.).

¹¹ Надо сказать, что сам С. В. Моисеев такой постмодернистский взгляд на право не разделяет и, более того, дает жесткую критику постмодернизму: «В целом, постмодернизм – это ложное и по своей сути человеконенавистническое учение. Оно опирается на крайне сомнительные философские основания, прежде всего моральный релятивизм и скептицизм». О правовых теориях постмодернизма он пишет: «Нельзя согласиться и с постмодернистской теорией права. Очень трудно поверить в то, что нет ничего кроме отношений господства и подавления, манипуляции и лжи. Даже Маркс и Энгельс, столь чтимые постмодернистами, признавали, что государство (соответственно, и право) даже в классовом обществе выражает не только классовые, но и общечеловеческие интересы, например, строя дороги, поддерживая систему образования, финансируя оборону» (Моисеев С. В. Философия права : курс лекций. Новосибирск, 2004. С. 252, 257).

доступа к материальным, а также информационным ресурсам¹². По мнению французского ученого, взаимодействие (коммуникация) здесь носит вертикальный характер, ибо язык коммуникации формируют те, кто принадлежит к доминирующей группе, те, кто находится в подчиненном положении и осмысливает свой статус через язык, который им навязывают: «Юридическое поле представляет собой место конкуренции за монополию на право устанавливать право»¹³. Собственный же язык они не могут сформировать из-за отсутствия символического капитала. «Юридический текст, подобно религиозному философскому или литературному, оказывается ставкой в борьбе по причине того, что толкование является одним из способов присвоения потенциально содержащейся в нем символической власти»¹⁴.

На указанные выше мнения есть ряд возражений, но прежде всего следует начать с того, что процесс легитимации правовых норм коренным образом меняется в процессе антропосоциогенеза. Легитимация, т.е. процедуры придания законной силы нормам, радикально отличаются в правовых системах традиционного и современного типа, на что подробно указывал еще М. Вебер в классической работе «Хозяйство и общество»¹⁵. В традиционных обществах¹⁶ юридические правила действительно основаны в большей части на внушении. Это связано с тем, что в архаических и традиционных обществах существует закрытое мировоззрение, которое не приемлет никаких альтернатив. Между тем, когда в процессе общественной модернизации, подробно описанной М. Вебером, происходит так называемое «расколдовывание мира», постепенно все большие и большие сферы жизни общества выходят из сферы священного и поэтому признание норм, в том числе и правовых, начинает носить принципиально иной характер: «Расколдовывание, ведущее к тому, что сфера сакрального теряет свою силу, происходит путем лингвистификации ритуально обеспечиваемого базового согласия; одновременно с этим высвобождается потенциал рациональности коммуникативного действия. Аура восторга и ужаса, которая исходит от священного, очаровывающая сила священного сублимируется в связывающую/обязывающую силу притязаний на значимость и в то же время превращается в повседневное явление»¹⁷. И если в традиционном обществе легитимность носит характер внушения, связанного с религией и (или) традицией, то с процессом общественной модернизации легитимность – это уже результат общественного консенсуса. Это уже легитимность на основе не просто религиозной или традиционной формы внушения, а формируются идеи народного суверенитета. Наиболее четко вопрос о ином походе к государству

¹² Подробнее см.: *Бурдье П.* Практический смысл. СПб., 2001 ; *Его же.* Социология политики. М., 1993.

¹³ *Бурдье П.* Социальное пространство : поля и практики. СПб., 2007. С. 78.

¹⁴ Там же. С. 80.

¹⁵ См.: *Вебер М.* Хозяйство и общество. Ч. 1 : Экономика. Общественное устройство и власть. М., 1990. С. 120–150.

¹⁶ Подробнее о традиционном обществе и государстве см.: *Разуваев Н. В.* Традиционное государство : правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008.

¹⁷ Цит по: *Habermas J.* The Theory of Communicative Action. Cambridge, 1984. С. 259.

и законам, идет в политической и правовой мысли из трудов Дж. Локка, который оправдал «Славную» революцию в Англии, указывая, что лишь «согласие народа ... есть основа всякого законного правления»¹⁸. Таким образом, впервые Локк говорит о том, что согласие народа, т.е. признание народом власти в качестве законной, является основанием для правления и издания этой властью законов. Несколькими веками позже М. Вебер исследовал данный феномен согласия или признания власти народом и назвал его «легитимность»¹⁹. Современная идея народа как источника власти, т.е. народного суверенитета, идущего от Ж.-Ж. Руссо, а затем И. Канта, это уже не просто принятие населением законов через внушение, а возможность их менять и формировать в целом. Легитимность в период общества модерна напрямую связана со свободой и равенством, поскольку за гражданами признаются права, как за равными субъектами²⁰, поэтому легитимность в этот период не может сводиться к суггестивному воздействию или основываться на нем, ибо помимо идеологии легитимность основана уже на демократических процедурах, связанных с рациональным выбором (что было исследовано впервые М. Вебером как феномен распространения формального рационального права²¹). Начиная с эпохи Модерна и до настоящего времени (во всяком случае, в европейской цивилизации) право начинает рассматриваться уже не как сфера, которая не подлежит критике и которая связана со священным, а как сфера жизни, которая может меняться волею людей²². Поэтому, безусловно, о суггестивной природе права можно говорить лишь применительно к традиционному обществу и государству, да и то далеко не всегда.

В условиях современного общества, когда произошел исторический процесс «расколдовывания» мира, по М. Веберу, одновременно произошел процесс увеличения свободы; эпоха Современности, бесспорно, характеризуется закреплением все больших прав и свобод человека²³. Конечно, является несомненным, что «...в самих нормативно-правовых актах, как правило, не содержится достаточной аргументации, которая побудила бы их выполнять»²⁴, но это отнюдь не означает, что «правовое воздействие тяготеет скорее к внушению, чем к убеждению»²⁵, ибо в современной правовой системе, если речь не вести о странах религиозного права, законодательство построено на рациональных идеях Просвещения, а не на страхе перед Священным или вере в иррациональное. Тем более, это не означает, что праву следует

¹⁸ Локк Дж. Два трактата о правлении // Локк Дж. Соч. : в 3 т. 1998. Т. 3. С. 137.

¹⁹ См.: Вебер М. Указ. соч. Ч. 1. С. 124.

²⁰ По сути, мы можем говорить об эквивалентном «правовом общении» с периода формирования общества Модерна, когда возникло формальное равенство.

²¹ Вебер М. Указ. соч.

²² Процесс модернизации рассматривается на основе трудов интерпретативной социологии Дж. Мида, психологии Ж. Пиаже.

²³ На это в отечественной юридической литературе обращает внимание либертарная теория права В. С. Нерсесянца (см.: Нерсесянц В. С. Философия права : учеб. для вузов. М., 2006).

²⁴ Ветютнев Ю. Ю. Указ. соч. С. 162.

²⁵ Там же. С. 162.

подчинятся в любом случае беспрекословно. Существование международного гуманитарного права и таких категорий, как, например, «преступный приказ», являются реальностью современного общества и права, а также закономерным результатом развития общества и правовых институтов²⁶. Н. Луман, говоря в своих работах о «легитимности через процедуру»²⁷, обосновывал это именно тем, что легитимность через рациональные юридические процедуры – это феномен именно современного общества, связанного с отдалением права как системы от иных социальных систем, таких как мораль, религия или политика. Такая легитимность имеет мало общего с беспрекословным подчинением, например законам императора Византии или легитимности иных традиционных государств. Современные правовые системы связаны (за исключением так называемых «стран-изгоев», как-то: Северная Корея) принципами международного гуманитарного права, основанного на правах человека и идеях народного суверенитета. Поддержка законов связана их обязательностью, обусловлена тем, что народ является источником власти, и юридические правила связаны и его выбором через институты непосредственной и представительной демократии.

Между тем возникает вопрос: является ли правовая система так называемого «открытого общества», где граждане формируют свои предпочтения в отношении норм, рациональной или это лишь иллюзия, которая достигается внушением, суггестией? Существуют различные мнения на этот счет. Например И. Л. Честнов пишет: «Формирование же новой нормы (в том числе и правовой) происходит не путем рациональной оценки ситуации с точки зрения принципа всеобщности и универсальности, калькулируя формальное равенство, а с помощью социальной селекции – выработки элитной и референтной группой альтернатив поведения и отбора (легитимации) широкими массами одной из них»²⁸. Рассматривая процесс влияния права на личность и роль в нем сообщества профессиональных юристов Ю. Ю. Ветютнев указывает на то, что «...именно правовая информация является основным предметом практической деятельности юристов, их внимание специально натренировано таким образом, чтобы распознать юридические тексты и помещать их в зону своего повышенного внимания. Таким образом, для достижения регулятивного эффекта объективно нуждается в посредниках»²⁹. Возражения против тезиса о том, что право формируется в современных правовых системах (не относящихся к системам религиозного либо традиционного права) путем рационального выбора субъектов, сводятся либо к недоверию способности не профессионалов принимать решения, участвовать в правотворчестве, либо к убеждению, что это лишь иллюзия и манипуляции с общественным сознанием. В связи с пер-

²⁶ Поэтому вряд ли можно согласиться с утверждением Ю. Ю. Ветютнева, что «рациональное взвешивание возможных вариантов своего поведения может привести как к исполнению правовых императивов, так и к их нарушению, но с точки зрения самого права такого выбора не существует, допустимо лишь беспрекословное подчинение» (Ветютнев Ю. Ю. Указ. соч. С. 162).

²⁷ Luhmann N. Legitimation durch Verfahren. Neuwid, 1969.

²⁸ Честнов И. Л. Постклассическая теория права. СПб., 2012. С. 564.

²⁹ Ветютнев Ю. Ю. Указ. соч. С. 165.

вым уместно вспомнить слова Б. Рассела, сказанные им при анализе идей «Политики» Аристотеля: «Основные положения Аристотеля, выраженные в его «Политике», весьма отличаются от положений любого современного нам писателя. Цель государства, по его мнению, – воспитывать культурных людей, у которых ум аристократа соединяется с любовью к наукам и искусству... Этому состоянию дел положили конец различные обстоятельства, прежде всего демократия, воплощенная во Французской революции, с ее последствиями. Культурные люди, подобные Периклу, должны были защищать свои привилегии от простонародья и в ходе этой борьбы сами перестали быть и культурными, и благородными. Второй причиной был индустриализм с его научной техникой, весьма отличной от обычной традиционной культуры. Третьей причиной было общедоступное образование, которое давало возможность читать и писать, но не давало культуры, что позволило новому типу демагога вести пропаганду по-новому, как это проявилось в диктатурах. Так – хорошо это или плохо, – но дни власти культурных людей миновали»³⁰.

Р. Михельс еще в начале XX в. высказал сомнение о влиянии населения на реальные политические процессы, вследствие бюрократизации любых социальных институтов, в частности парламента³¹. В связи с этим следует отметить необходимость непосредственной демократии, наряду с представительной, необходимость участия граждан в правотворчестве как противодействие отчуждению от законов государства. Особенно необходимость непосредственного участия граждан в формировании права обуславливается современными реалиями, такими как социальное государство и глобализация, которые стимулируют рост законодательства или процесс «юридификации». Поэтому законодательство и юридическая практика становятся непонятными для простых граждан, что вызывает отчуждение от юридических правил. Причины, которые порождают отчуждение от права, рост организаций религиозного и националистического характера, как раз и состоят в чрезмерной закрытости правовой сферы в современный исторический период. Как указывал Дж. Мид, именно признание личности в качестве равного субъекта является главным мотивом личности в обществе, ибо экономические потребности не столь актуальны после определенного уровня благосостояния³². Именно игнорирование субъектов за пределами профессионального сообщества в правообразовании приводит к кризису легитимности.

Безусловно, современное право значительно сложнее и, говоря о профессиональном юридическом сообществе в процессе влияния, следует согласиться Ю. Ю. Ветютневым, который отмечает, что «...некоторая замкнутость, закрытость профессионального юридического сообщества является функционально необходимой в той же мере, как и наличие собственного языка»³³, но уточнив, что именно «некоторая», а не полная, ибо в современ-

³⁰ Рассел Б. История западной философии. Новосибирск, 2001. С. 252.

³¹ См.: Михельс Р. Социология политических партий в условиях демократии // Диалог. 1990. № 5. С. 48–73.

³² Цит. по.: Абельс Х. Интеракция, идентичность, презентация. Введение в интерпретативную социологию. СПб., 1999. С. 12.

³³ Там же. С. 169.

ный период право стало слишком «аутопоэтической» системой. Несомненно, в современных правовых системах постиндустриальных обществ, право довольно сильно усложнилось и, безусловно, требует наличия профессионального аппарата, но чрезмерная закрытость правовой сферы жизни и юридического сообщества приводит к отрицательным последствиям для легитимности права.

Вообще идеи крупнейших зарубежных социальных философов об автономности социальных систем, такие как теория «социальных полей» П. Бурдьё, концепция «аутопоэсиса» Н. Лумана, «системы и жизненного мира» Ю. Хабермаса и ряд других, основаны на взглядах М. Вебера. По его мнению, с процессом секуляризации общества Модерна и рационализации неизбежно связан процесс распада единой картины мира в обществе³⁴. Религиозно-метафизический взгляд на мир придавал единство культуре и обеспечивал идентичность общества. С формированием современного общества, или общества Модерна, общество распадается на группы, ведущие различный образ жизни и придерживающиеся различных ценностей. «Различные ценностные порядки находятся в непримиримой борьбе»³⁵. Между тем М. Вебер указывал на негативные последствия этого процесса, в том числе и для правовой сферы жизни, так как потерявшие священную «ауру» законы стали узкопрофессиональными и малопонятными для граждан, которые вынуждены почти полностью полагаться на юридический корпус. Следует также отметить, что влияние права на субъектов невозможно без доверия к нормам правовой системы, на что указывают многие отечественные и зарубежные ученые³⁶. В последние десятилетия в социологии развивается направление, исследующее проблемы доверия³⁷ или так называемого «социального капитала»³⁸. Эти исследования (подтвержденные многочисленными эмпирическими исследованиями)³⁹ указывают на необходимость связей, взаимодействия, в частности юридической сферы и общества, необходимость открытости правовой системы, процессов правотворчества и правоприменения для общества. Таким образом, можно сделать следующие выводы о природе легитимности права. Легитимность традиционного и современного общества принципиально отличается по роли внушения (суггестии) в процессе воздействия на личность. Легитимность в правовой системе общества Модерна основана на осознанном выборе, так как сама правовая система легитимируется не иррациональной верой или традициями, а демократическим выбором и правами человека.

Такие рассуждения неизбежно вызовут возражения многих отечественных ученых-правоведов и политологов, что подобная характеристика

³⁴ См.: Вебер М. Наука как призвание и профессия // Вебер М. Избранные произведения. М., 1990. С. 725.

³⁵ Там же. С. 731.

³⁶ См., например: Кокотов А. Н. Доверие. Недоверие. Право. М., 2004.

³⁷ См.: Селигмен А. Проблема доверия. М., 2002.

³⁸ См.: Фукуяма Ф. Доверие. М., 2006 ; *Его же*. Великий разрыв. М., 2004 ; Штомпка П. Доверие. Основа общества. М., 2012.

³⁹ В качестве примера следует привести работу Ф. Фукуямы «Великий разрыв», где теоретические выводы сопровождаются значительным эмпирическим материалом.

легитимности современного права ограничена лишь правовой культурой западной цивилизации, в рамках которой и можно говорить о рациональности как свойстве права. В основе данного мнения чаще всего лежит работа С. Хантингтона «Столкновение цивилизаций»⁴⁰, которая для многих отечественных политологов и юристов является неоспоримым авторитетным источником. В качестве подтверждения ограниченности рациональности права лишь западной правовой культурой С. Хантингтон пишет: «На глубинном уровне западные представления и идеи фундаментально отличаются от тех, которые присущи другим цивилизациям. В исламской, конфуцианской, японской, индуистской, буддистской и православной культурах почти не находят отклика такие западные идеи, как индивидуализм, либерализм, конституционализм, права человека, равенство, свобода, верховенство закона, демократия, свободный рынок, отделение церкви от государства»⁴¹. Обратим внимание на то, что С. Хантингтон, приводя примеры незападных культур, на самом деле, приводит примеры ценностей религий, причем религий, сформировавшихся в традиционном обществе. Поэтому неудивительно, что в них мы не находим ничего похожего на то, что М. Вебер назвал «протестантской этикой», с которой, по его мнению, был связан дух западного капитализма. Безусловно, западная культура до периода Реформации также не полностью соответствовала «равенству» и особенно «отделению церкви от государства». Достаточно лишь вспомнить работы А. Блаженного в Риме, оправдывавшего рабство или труды средневековых схоластов, которые писали о неравенстве, оправдывая феодализм, чтобы понять, что и западная религиозная культура до перехода к обществу Модерна не характеризовалась равенством, свободой совести и другими ценностями, которые начиная с эпохи Просвещения стойко ассоциируются с западной цивилизацией и правом. Таким образом, противопоставлять религии, идущие из традиционного общества, как Незападную культуру Западной христианской культуре, в настоящее время представляется сомнительным. Скорее можно говорить об отличии традиционной и современной культуры. Как отмечает Ф. Фукуяма: «...ценности, которые разделяются современной либеральной демократией, являются во все большей степени скорее политическими, нежели религиозными. Было время, когда значительное большинство американцев согласилось бы с характеристикой их страны как «христианской нации»; сегодня это верно только для небольшого меньшинства – меньшинства, на которое другая часть общества смотрит с заметным подозрением... Еще более странным было бы говорить о современной Европе как о «христианском мире», учитывая светский характер большинства государств. Несмотря на то что роль христианства была решающей для формирования европейской цивилизации, современные европейцы чаще определяют свою культурную идентичность в большей степени в светских политических терминах, нежели в религиозных»⁴². Безусловно, культурное разнообразие начинает играть всё

⁴⁰ См.: Хантингтон С. Столкновение цивилизаций // Политические исследования. 1994. № 1. С. 33–48.

⁴¹ Там же. С. 43.

⁴² Фукуяма Ф. Великий разрыв. М., 2004. С. 325–326.

большую роль в условиях глобализации. В связи с этим сложно спорить с С. Хантингтоном, которой пишет, что в современном мире не идеология является основой идентификации, а культура⁴³. Однако его вывод о неизбежном «столкновении цивилизаций» представляется не вполне обоснованной гипотезой. Естественно, конфликты между различными цивилизациями возникали не раз, но сама история европейской цивилизации наглядно иллюстрирует возможность изменения культуры и основ правовой системы. Н. В. Варламова, характеризуя западную правовую культуру, отмечает что в ней «необходимыми атрибутами индивидуализма являются свобода и равенство участников социального общения, отношения между которыми имеют характер взаимного эквивалентного (по крайней мере, соразмерного) обмена и упорядочиваются прежде всего посредством договора»⁴⁴. Между тем черты, которые ассоциируются у нас именно с западной правовой культурой, например рационализм и формализм, сформировались в процессе исторического развития: «Г. Мэйн удивительно точно выразил суть эволюции характера взаимодействия людей и оснований их обязательств в отношении друг друга и сообщества в целом своей знаменитой формулой «от статуса к договору»⁴⁵. Постепенно человек все больше освобождается от исторически сложившихся ограничений в распоряжении своей личностью и собственностью, утверждается автономия частной жизни»⁴⁶. Причем процесс перехода «от статуса к договору» вполне можно распространить и на другие цивилизации, поскольку «неравенство правовых статусов как основа правосубъектности присутствует практически во всех традиционных культурах, на какой бы ступени развития они ни стояли»⁴⁷. Говорить о «столкновении цивилизаций» можно, лишь предположив, что культуры представляют собою нечто неизменное и статичное, но это не так. Политические и правовые системы многих экономически развитых стран Востока, прежде всего Южной Кореи и Японии, наглядно подтверждают переход ко многим принципам, не присущим традиционному государству и праву. В реальности более справедливы слова Ф. Фукуямы, который, не соглашаясь с С. Хантингтоном о конфликте культур, пишет: «...менее убедительным выглядит его утверждение, что культурные различия обязательно должны привести к конфликту. Наоборот, культурное соперничество вполне способно приводить не к конфликту, а к творческому перерождению, и примеров такой кросс-культурной стимуляции не так уж мало»⁴⁸. Реалиями послед-

⁴³ См.: Хантингтон С. Указ. соч. С. 33–48.

⁴⁴ Варламова Н. В. Западная правовая культура в современном культурном пространстве // Правовые культуры. Жидковские чтения : материалы Всерос. науч. конф. (Москва, 25 марта 2011 г.) / под ред. Г. И. Муромцева, М. В. Немыгиной. М., 2012. С. 63.

⁴⁵ Мэйн Г. С. Древнее право : его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. М., 2011. С. 134 (цит. по: Варламова Н. В. Указ соч. С. 63).

⁴⁶ Варламова Н. В. Указ. соч. С. 63.

⁴⁷ Разуваев Н. В. Субъект права как историко-культурная категория // Ежегодник либертарно-юридической теории. М., 2007. Вып. 1. С. 62.

⁴⁸ Фукуяма Ф. Доверие. М., 2006. С. 17–18.

них 100 лет стало увеличение закрепленных в законах свобод, что явилось предметом изучения, прежде всего в отечественной теории права, представителями юридического либертаризма. На наш взгляд, этот процесс нельзя рассматривать как навязывание одних цивилизационных ценностей другим культурам, правильнее охарактеризовать как связанный в настоящее время с глобализацией процесс перехода «от общины к обществу». В настоящее время в Европе, а также во всем мире видны активные изменения в образе жизни, культуре, процедурах легитимации власти и законов. Теории, которые провозглашают полную зависимость индивида от культуры и общественных институтов, например коммунитаризм и ряд других, не могут объяснить факты постоянного изменения культур и обществ. Культура в современном обществе вполне изменчива. Следует согласиться с теми учеными, которые пишут: «...ни в содержательном, ни во временном плане разрыв между западной и иными правовыми культурами не является абсолютно непреодолимым»⁴⁹.

Таким образом, если в традиционном обществе и государстве процесс легитимации права носил суггестивный характер (т.е. характер внушения), по мере процесса десакрализации сферы власти и законов происходит процесс, который М. Вебер назвал «расколдовывание мира», связанный переходом от сакрального к светскому восприятию государства и законов, легитимность стала приобретать рациональный характер. Характерно высказывание И. А. Исаева: «Только юридическое мышление, сознающее всю относительность своей истинности и ограниченные пределы своей компетентности, в состоянии перевести категории зла и греха в область рациональной юриспруденции, оставив для истории прекрасную эпоху божественного и героического права»⁵⁰. Правовым системам современного общества, к которым можно, без сомнения, отнести и отечественное право, присущ не суггестивный, а рациональный характер легитимации норм, что отражает природу легитимности современного права.

⁴⁹ Варламова Н. В. Указ. соч. С. 69.

⁵⁰ Исаев И. А. Власть и закон в контексте иррационального. М., 2006. С. 412.

Воронежский государственный университет

*Денисенко В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права
E-mail: vsu_vlad@mail.ru
Тел.: 8-915-546-35-04*

Voronezh State University

*Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory and History of State and Law Department
E-mail: vsu_vlad@mail.ru
Tel.: 8-915-546-35-04*

ОБЩИНА В СИСТЕМЕ ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОГО
ИДЕАЛА СЛАВЯНОФИЛОВ

Н. Ю. Андреев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 5 февраля 2014 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию общинного устройства как важнейшему элементу государственно-правового идеала славянофилов. Автор пытается выявить отношение «ранних» (классических) славянофилов к общинному устройству Российского государства, обозначить положительные и отрицательные качества этого уникального образования с целью активного использования славянофильских выводов в современной практике.

Ключевые слова: славянофилы, община, земство, соборное единство, православие, народность.

Abstract: this article tells us about investigation of community structure as important element of the slavophil state and law ideal. Author tries to find early (classical) slavophiles relation to community structure of the Russian state, point out positive and negative features of this unique thing to use its corollaries in nowadays practice.

Key words: slavophiles, community, local government, sobornost, orthodoxy, nation.

2014. № 2
52

Как известно, славянофильское общественно-политическое течение в середине XIX в. является уникальным философско-теоретическим и политико-правовым учением, системой взглядов, идей и концепций, основанным на православно-христианских догматах, национально-исторических ценностях, своеобразии (самобытности) русской истории, культуры и государственности, приоритете традиционных религиозных и нравственных норм, государственного и хозяйственного устройства. При формировании своего (славянофильского) государственно-правового идеала славянофилы исходили из **религиозно-православного** учения, высокой **нравственности, соборности, народности** государственной власти (монархического правления), доверительного единства Государства и Земли, консервативно-традиционного, патриархального понимания государственно-правовых и семейных отношений, свободы **общественного мнения, мысли, слова, совести**, авторитета **общинного** обустройства хозяйства и быта¹.

Для славянофилов община являлась традиционным институтом, обеспечивающим связь времен, преемственность поколений, средством интеграции отдельных индивидов в единую (соборную) систему обществен-

¹ См.: Аксаков К. С. Записка о внутреннем состоянии России // Бродский Н. Л. Ранние славянофилы. М., 1910. С. 69–80 ; Степанова Ю. А. Политическая концепция К. С. Аксакова : дис. ... канд. полит. наук. М., 2008. С. 113–117, 121 ; Широкова М. А. Политическая доктрина ранних славянофилов : дис. ... канд. ист. наук. Барнаул, 1999. С. 120–131.

ных отношений, сочетания частных (индивидуальных) и общественных (публичных) интересов, регулятором социальных отношений и конфликтов между трудом и капиталом, крупными земельными собственниками, мелкими землевладельцами и сельскими пролетариями, формой коллективного общественного труда, средством обеспечения общинников, нуждающихся в посторонней социальной помощи, органом общественного (регионального) самоуправления. По утверждению славянофилов, общественное и государственное устройство России представляет собой органическое общество, живой организм, не подлежащий механистическому анализу, а строящийся на вере, нравственности, самобытности, традиционной национальной культуре, единстве церкви, власти и народа. Церковь, государство и общины составляют единое соборно-органическое общественно-государственное устройство без антагонистических классов, классовой борьбы и революционных потрясений. Истинными регуляторами социальных отношений в таком государстве являются взаимное согласие, православная вера, народный дух, соборное единение народа и государства, национальные традиции, «внутренняя» правда и правовые обычаи².

Славянофильская государственно-правовая концепция строится на условном разделении государственной и общественной деятельности, добровольном отказе народа от правительственных функций с передачей политической власти государю (монарху), исполняющему высокую миссию, нравственный долг (обязанность) перед народом, и не нарушающему сферу народной свободы и народного духа. По убеждению идеологов славянофильского общественно-политического движения и их последователей, в перспективе при достижении нравственно-религиозного идеала (достижении цели внутреннего самоусовершенствования человека) необходимость в существовании государства отпадет, и оно перерастет в единую свободную общину верующих христиан, объединенных общей верой, единым духом и любовью.

В соответствии со славянофильским мировоззрением городские, сельские и крестьянские **общины** являются оригинальной социальной формой (институтом) российской жизни, основой соборности российского общества, неотъемлемой частью русских национальных традиций, соответствуют православной церкви и духу русского народа. Община представлялась славянофилам как традиционное образование, обеспечивающее связь времен, преемственность поколений, как регулятор социальных конфликтов и средство интеграции отдельных индивидов в определенную систему общественных отношений. Государственно-правовая доктрина славянофилов рассматривала общину как социально-политическую ценность, важнейший элемент народной жизни, необходимый для достижения политического идеала. Община является материальным аналогом соборности, средоточием «внутренней правды», на страже которой призвано стоять идеальное государство. Община – это социальная основа политического идеала, органическая социальная ячейка, из которой вырастает все общественное и государственное устройство³.

² См., например: Широкова М. А. Политическая доктрина ранних славянофилов. С. 169.

³ См.: Там же. С. 169–180.

Идеологи славянофильской теории «общинного быта» всегда подчеркивали, что русская крестьянская община является земной, исторической формой соборного единства, что именно русский народ «утвердил навсегда мирную общину, лучшую форму общежительности»⁴. Для славянофилов община была именно тем ключом, посредством которого можно предотвратить социальные конфликты капиталистических отношений буржуазного общества⁵.

Талантливый родоначальник славянофильской концепции К. С. Аксаков характеризовал общину как союз людей, основанный на нравственном начале, управляемый внутренним законом и общественным обычаем. Помимо нравственной силы, общину объединяют обычаи, верования и единая жизнь. Отказываясь от своего эгоизма и своей исключительности, общинники действуют согласованно на основе высшего начала живого союза (великодушия общинного элемента). По его убеждению, личность в общинном союзе не уничтожается, а, наоборот, развивается, так как именно в общине личность приобретает свободу и внутреннее нравственное содержание. Община – это высший нравственный образ человечества, способ построения Царства Божия на земле, действенное средство предотвращения социальных потрясений и революций, социального расслоения людей и образования люмпен-пролетариата⁶.

В результате изучения многочисленных древнерусских летописей и грамот К. С. Аксаков пришел к выводу о том, что в Древней Руси существовал общинный уклад и славяне жили семьями, затем произошел переход от патриархальной (родовой) общины к соседской⁷.

В 1880 г. его брат И. С. Аксаков различал две землевладельческие формации – общественную и личную, соответствующие двум началам бытовой жизни: мирскому (общинному) и личному. Личным началом выдающийся славянофил называл все деятельное, сознательное и руководящее. Высокое призвание русского дворянства мыслитель видел в их служении государству и народу в качестве интеллигентного слоя русской земли, в виде «личных землевладельцев и земских людей»⁸.

Согласно теоретическим трудам известного идеолога славянофильского движения Ю. Ф. Самарина, «семейство и род представляют собой вид общежития, основанный на кровном единстве, а город и область – другой вид, основанный на областном единстве... наконец, единая, обнимающая всю Россию государственная община – последний вид, выражение земского и церковного единства. Все эти формы различны между собою, но они суть только формы, моменты постепенного расширения одного общинного начала, одной потребности жить в согласии и любви, потребности, осознанной каждым членом общины как верховный закон, обязательный для всех и носящий свое оправдание в самом себе, а не в личном произволе каждого.

⁴ Хомяков А. С. Полн. собр. соч. М., 1900. Т. 3. С. 462.

⁵ См.: Цаголов Н. А. Очерки русской экономической мысли периода падения крепостного права. М., 1956. С. 217.

⁶ См.: Аксаков К. С. Соч. М., 1861. Т. 1. С. 13.

⁷ См. подробнее: Степанова Ю. А. Политическая концепция К. С. Аксакова. С. 77–80.

⁸ Фурсова Е. Б. Политические принципы консерватизма в творчестве И. С. Аксакова (1832–1886) : дис. ... канд. полит. наук. М., 2006. С. 160.

Таков общинный быт в существе его; он основан не на личности и не может быть на ней основан, но он предполагает высший акт личной свободы и сознания – самоотречение»⁹.

В специальной статье, посвященной общинам, Ю. Ф. Самарин писал: «Я стою за народную форму землевладения потому, что она, во-первых, сложилась сама собою, под влиянием исторических и хозяйственных условий, от которых мы не властны оторваться, хотя бы и считали это полезным; во-вторых, потому, что выгоды ее в настоящую минуту значительно перевешивают ее неудобства; в-третьих, потому, что она облегчает разрешение многих хозяйственных и административных вопросов, связанных с улучшением быта крестьян; в-четвертых, потому, что при всеобщем у нас недостатке капиталов и необеспеченности нашего земледельческого сословия всех ведомств от гибельных и непредвиденных случайностей она одна упрочивает связь земледельца с землею – связь, которая при личном владении и личной ответственности каждого хозяина за себя не устояла бы против двух неурожайных годов или скотских падежей»¹⁰.

По убеждению А. С. Хомякова, русская община идеально совмещает в себе частные и публичные (общественные, государственные) интересы, помогает сохранить традиционный (общинный) уклад русской жизни, предотвратить распад общинников на мелких собственников и «пролетариев», не противоречит индивидуальной и коллективной собственности, направлена на удовлетворение нормальных социальных потребностей общинников, а также социально-бытовое обеспечение инвалидов, больных, сирот, стариков и не способствует иждивенчеству. Мыслитель писал: «С признанием общины признается: сохранение исконного обычая, основанного на коренных началах жизни и чувства, право всех на собственность поземельную и право каждого на владение, нравственная связь между людьми и нравственное, облагораживающее душу, воспитание людей в смысле общественном посредством постоянного упражнения в суде и администрации мирской при полной гласности и правах совести»¹¹. Особенно приветствовал русский мыслитель существующее общинное устройство, которое не надо искусственно создавать, а следует лишь поддерживать и развивать: «Эту организацию очень долго старались подавлять систематически и не могли подавить; значит, она очень крепко срослась с русской жизнью, и всякое вырывание такого сросшегося элемента непременно сопровождается болью и страданием во всем организме»¹². А. С. Хомяков относил общину именно к живому, историческому началу русской общественной жизни, в котором заключается вся жизнеспособность общества, называл единственным уцелевшим гражданским учреждением из всей русской истории, благодаря жизнеспособности которого способен развиваться сам гражданский мир»¹³.

⁹ Самарин Ю. Ф. Соч. М., 1877. Т. 5. С. 52.

¹⁰ Самарин Ю. Ф. Крестьянское дело с 20 ноября 1857 по июнь 1859 года // Русская община / сост., автор предисл., отв. ред. О. А. Платонов. М., 2013. С. 158.

¹¹ Хомяков А. С. О сельской общине // Русская цивилизация и соборность. М., 1994. С. 180.

¹² Там же.

¹³ См.: Там же.

«Ранний» славянофил А. И. Кошелев подчеркивал: «Наша община не патриархальная, не родовая, не государственная, а товарищеская, мирная. Она образовалась из патриархального быта русских людей, а правительство мудро воспользовалось тем, что уже существовало в нравах и обычаях народа»¹⁴.

По обоснованному мнению большинства славянофилов, община выполняла не только нравственно-социальные, хозяйственные (экономические), но и политические (управленческие) функции, являлась средством местного самоуправления. В представлении славянофилов, община – это некая органичная общность, с помощью которой реализуются и из которой проистекают местное самоуправление и общественное мнение как политические институты Российского государства. Общинное самоуправление есть важнейший элемент «гражданской жизни» народа, способный брать на себя функции политической власти и сохранять государственность в случае необходимости. Община – это единственно уцелевшее гражданское учреждение русской истории. Активный идеолог славянофильского движения И. С. Аксаков утверждал, что «существующий в народе обычай избирать старост и решать дела миром есть его органическое отправление, составляет часть его жизни, бытия и не включает в себе никакого правительственного элемента»¹⁵.

Известный польский исследователь славянофильского идейного течения А. Валицкий подчеркивал, что, согласно славянофильским выводам, деревенская община основана на общем пользовании землей, взаимном согласии и общности обычаев, являлась базовой общественной единицей в Древней Руси, управлялась «миром», т.е. советом старейшин, решавшим все споры на основе единодушия и традиций, а не путем механического большинства голосов. Общественное единение соединяло всю Русь, землю и веру в один великий мир, всенародную общину¹⁶.

Общинные идеи славянофилов получили различную оценку в интеллектуальных и официальных кругах. Так, талантливый русский философ Н. А. Бердяев писал, что «сельская община – один из китов славянофильской общественности. Все славянофилы так привержены были общине, так боролись за нее, точно от факта ее существования зависели судьбы мира»¹⁷. Он считал, что «русская сельская община фактически давила личность, принудительно оставляла ее на низком уровне культуры, и потому ее нужно было устранить во имя высших форм культурной жизни... Славянофильско-народническая социальная идиллия разбита жизнью и критикой. Факт развития в России капитализма и европеизация общественной жизни неотвратим»¹⁸.

¹⁴ Цит. по: Дудзинская Е. А. Славянофилы в общественной борьбе. М., 1983. С. 104.

¹⁵ Аксаков И. С. Смешение стихий государственной и земско-общественной // Аксаков И. С. Отчего так нелегко живется в России? М., 2002. С. 382.

¹⁶ См.: Валицкий А. История русской мысли от просвещения до марксизма. М., 2013. С. 110.

¹⁷ Бердяев Н. А. Алексей Степанович Хомяков / вступ. ст. Л. Е. Шапошникова. М., 2005. С. 155.

¹⁸ Бердяев Н. А. Константин Леонтьев. Алексей Степанович Хомяков. М., 2007. С. 404.

Известный министр финансов Российской империи С. Ю. Витте утверждал в 1908 г., что именно общинное, земское и сословное самоуправление являлось фундаментом российской государственности¹⁹.

Революционные демократы и народники видели в общине форму перехода к социализму, прообраз будущего социалистического труда и общности. Известный русский философ, основоположник теории «русского социализма» и народничества, представитель радикального направления русского западничества А. И. Герцен (1812–1870), обращаясь в 1851 г. к французскому историку Ж. Мишле, писал: «Вы видите, какое счастье для России, что сельская община не погибла, что личная собственность не раздробила собственности общинной; какое это счастье для русского народа, что он остался вне всех политических движений, вне европейской цивилизации, которая, без сомнения, подкопала бы общину и которая ныне сама дошла в социализме до самоотречения»²⁰. По словам Герцена, для России бесконечно важно, что община, спасая русский народ от монгольского варварства и императорской цивилизации, от помещиков и немецкой бюрократии, устояла против вмешательства власти и «благополучно дожидается до развития социализма в Европе»²¹.

Убежденный противник самодержавия и крепостного права, философ-социалист Н. Г. Чернышевский (1828–1889) характеризовал общину как «спасительное учреждение», содержащее в себе зачатки справедливого социального устройства общества на началах коллективизма, самоуправления, кооперативных форм хозяйствования, научных способов земледелия и животноводства²².

Интересную историко-экономическую характеристику российской общины дал К. Маркс: «Историческое положение русской «сельской общины» не имеет себе подобных. В Европе она одна сохранилась не в виде рассеянных обломков, наподобие тех редких явлений и мелких курьезов, обломков первобытного типа, которые еще недавно встречались на Западе, но как чуть ли не господствующая форма народной жизни на протяжении огромной империи. Если в общей собственности на землю она имеет основу коллективного присвоения, то ее историческая среда – одновременно с ней существующее капиталистическое производство – предоставляет ей уже готовые материальные условия совместного труда в широком масштабе»²³.

Исследователи советского периода упрекали сторонников славянофильства в том, что их учение о необходимости сохранения общинного строя в России является оплотом антиреволюционного движения, средством сохранения патриархальности, удержания крестьянских масс в повиновении помещиков, воспитания в них смирения и направлено против личного освобождения крестьян²⁴. Продолжая традицию советского перио-

¹⁹ См.: Витте С. Ю. Самодержавие и земство. СПб., 1908. С. 5.

²⁰ Цит. по: Нерсесянц В. С. История политических и правовых учений : учебник. М., 2012. С. 515.

²¹ Там же.

²² См.: Там же. С. 521.

²³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 19. С. 405–406.

²⁴ См., например: Кулешов В. И. История русской критики XVIII–XIX веков : учеб. для студентов. М., 1978. С. 203.

да, большинство современных исследователей до последнего времени рассматривали общину как институт, стеснявший свободу его членов, всячески препятствовавший экономическому, правовому и нравственному развитию русского крестьянства²⁵.

Если совершать краткий исторический экскурс, то можно сделать вывод, что крестьянская (сельская) община является закономерным продуктом исторического, политического и социально-экономического развития человеческого общества с имманентными ей преимуществами и недостатками. Различные виды общин (родовые, соседские, территориальные) существовали во многих государствах, включая Древний Рим, с присущими им характеристиками и особенностями. В юридической литературе существует мнение, что община как прототип современных институтов местного самоуправления фактически существовала на протяжении всей истории нашего общества и государства, являлась органом местного самоуправления и прекратила свое фактическое существование лишь с приходом советской власти²⁶. Функционирование общин объясняется рядом объективных причин, включая родовые связи их участников (родовые общины), территориальное расположение (территориальные, сельские общины), социально-экономические условия, зависимость человека от природы, преимущество коллективного труда, поиск оптимальных связей государства и участников общественного (общинного) устройства (городские, крестьянские общины и т.д.).

Правовой статус русской общины изменялся вместе с изменениями социально-экономических условий развития Русского государства и общества, российского законодательства об общинном устройстве и быте. Еще в период своего формирования древнерусская государственность основывалась на городских и сельских общинах (мирах, вервах), которые (соответственно) решали вопросы городского управления, налогообложения (податей), распоряжались городским имуществом, создавали военное ополчение, судебные органы, распределяли и перераспределяли сельскохозяйственные земельные участки между общинниками, организовывали совместное пользование земельными, водными, лесными, пастбищными, сенокосными и водными угодьями, осуществляли раскладку общинных и государственных повинностей и податей, контролировали их исполнение, выполняли правоохранительные функции, обеспечивали поддержание должного общественного порядка, осуществляли розыск преступников и т.д. Русская Правда (около 1016 г.) возложила на сельские территориальные общины обязанность по выплате дикой виры, а Белозерская грамота 1488 г. обязала круговой порукой выполнять все обязательства отдельных членов общины и самой общины, предоставила последней возможность получать в наследство выморочное имущество умершего общинника²⁷.

²⁵ См. подробнее: *Васев И. Н.* Русская крестьянская община как альтернатива концепции гражданского общества // История государства и права. 2013. № 7. С. 23.

²⁶ См., например: *Иваненко И. Н.* Законодательство о местном самоуправлении в истории России : периоды развития // Общество и право. 2008. № 3. С. 23.

²⁷ См.: например: *Беляев И. Д.* Лекции по истории русского законодательства / отв. ред. О. А. Платонов. М., 2011. С. 288–322 ; *Дювернуа Н.* Источники права и суд в Древней России : опыты по истории русского гражданского права. СПб.,

Для крестьянских общин России середины XIX в. характерными были такие качества общинного обустройства хозяйственной, социальной и бытовой жизни, как народность, коллективизм, жизнестойкость, общинное (коллективное, уравнилельное) землепользование с общинными наделами (пашни, пастбища, луга), подвергавшимися регулярному переделу, семейно-индивидуальная собственность на дом и приусадебный участок, налоговая правосубъектность, коллективная ответственность (круговая порука) и т.д.²⁸ Российские сельские общества и общины сыграли свою положительную роль в сельскохозяйственном производстве, создании позитивного нравственного микроклимата в трудовых коллективах и по месту жительства.

В дореформенный период (1861 г.) русская крестьянская община подвергалась излишнему государственному вмешательству, административному регулированию вплоть до запрета выхода из состава участников общины. В пореформенный период мир (сельское общество) со своим органом самоуправления (сходом) стал традиционной формой общинного самоуправления. Именно на сходах принимались решения по насущным проблемам крестьянского сообщества (организация землепользования, финансовые вопросы, налоги, формирование выборной администрации, вопросы опеки, разделы и т.д.). Как социальная система община касалась всех вопросов внутренней жизни крестьянского сообщества (организационных, семейных, экономических, трудовых, культовых, обрядовых) и одновременно выступала круговой порукой всех за каждого в обеспечении исполнения государственно-публичных обязанностей. Крестьянское общинное самоуправление носило территориальный (поселенческий) характер, поэтому сходы жителей проводились по территориальному признаку: волостные сходы – в волости, общие (сельские) – в сельском обществе, малые (селенные) – в деревнях и селениях²⁹. Крестьянская реформа (1861 г.) способствовала

2004. С. 41–166 ; Законодательство Древней Руси // Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. / под общ. ред. О. И. Чистякова. М., 1984. Т. 1. С. 28–129 ; *Исаев И. А.* История государства и права России : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 16–18, 39–41 ; *Исаев М. А.* История Российского государства и права : учебник. М., 2012. С. 129–132 ; *Карамзин Н. М.* История государства Российского. СПб., 1842. Т. 1. С. 144 ; Правда Русская / под ред. Б. Д. Грекова. М., 1939. Т. 1 ; *Сергеевич В. И.* Лекции и исследования по древней истории русского права. 3-е изд. СПб., 1903 ; *Тихомиров М. Н.* Исследования о Русской Правде. М., 1941 ; *Эверс И. Ф.* Древнейшее русское право в историческом его раскрытии. СПб., 1835. С. 337 ; *Юшков С. В.* История государства и права России (IX–XIX вв.). Ростов н/Д., 2003. С. 156–199.

²⁸ К 1906 г. в России было 14,7 млн крестьянских дворов. Из них наделные земли имели 12,3 млн дворов: 9,5 млн – на общинном праве; 2,8 млн – на подворном праве (см.: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций // Российское законодательство X–XX веков : в 9 т. / отв. ред. О. И. Чистяков. М., 1994. Т. 9. С. 232).

²⁹ См., например: *Кассо Л. А.* Русское поземельное право. М., 1906. С. 178–192 ; Муниципальное право России : учебник / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2009. С. 51 ; *Хауке О. А.* Крестьянское земельное право : подробное систематическое пособие к изучению действующего законодательства и практики по вопросам крестьянского землевладения. М., 1914. С. 32–81.

освобождению крестьян, изменила правовое положение крестьянских общин в лучшую сторону, создала иллюзию общинного пути развития как самобытной перспективы России. В период с 1 января 1883 г. по 1 января 1912 г. в крестьянскую (общинную) собственность перешла площадь земли, равная 30 процентам всех возделываемых земель во Франции³⁰.

Однако дальнейшие шаги развития общинного устройства были неутешительны. В период правления Александра III (1881–1894) с принятием нового Положения о губернских и уездных земских учреждениях (1890) и введением института земских начальников правомочия сельских общин были сильно урезаны. Земский начальник, будучи представителем дворянства, назначаемым губернатором области, сосредоточил в своих руках всю административную и судебную власть в уезде, включая контроль над органами местного самоуправления и утверждение избираемых лиц. Вмешательству центральной власти были подвергнуты такие традиционные сферы общинного устройства, как крестьянское общественное самоуправление, волостной суд, состояние мирских денег, хозяйственное благоустройство и нравственное поведение крестьян. Специальным законом 1903 г. была отменена круговая порука, заметно ослабившая крестьянское самоуправление и усилившая зависимость общинников от административной власти. Сельское общество освобождалось от ответственности по платежам своих неисправных членов, которые один на один были оставлены с государственной властью³¹.

Указом от 3 ноября 1905 г. были отменены выкупные платежи за наделенные земли, а принятые по инициативе Председателя Совета министров России П. А. Столыпина Указ Правительствующего Сената от 9 ноября 1906 г. и Закон от 14 июня 1910 г. провозгласили свободный выход из общины с одновременным получением земельного надела в собственность. По существу, названные правовые источники, а также иные нормативные акты исследуемого периода были направлены на ликвидацию общины и введение частной собственности на землю, на капиталистический путь сельскохозяйственного производства. В результате правительственной инициативы к началу XX в. из общин в Российской империи выделилось около 2 млн 500 тысяч крестьянских дворов (20 %) ³². Таким образом, столыпинская реформа разорвала связь времен, ликвидировала общинные традиции. В дальнейшем с введением советской колхозной системы (начало 1930-х гг.) община в России перестала существовать.

В настоящее время общины, включенные в систему органов местного самоуправления, действуют в ряде современных зарубежных государств. Так, Конституция ФРГ (1949 г.) предоставляет общинам право регулирования всех дел местного сообщества в рамках закона. Союзы общин пользуются правом самоуправления в рамках своих полномочий в соответствии с

³⁰ См.: *Терри Эдмон*. Экономические преобразования России. М., 2008. С. 28–29 ; Россия накануне Первой мировой войны : статистическо-документальный сборник. М., 2008. С. 73.

³¹ См.: Русская община / сост., автор предисл., отв. ред. О. А. Платонов. М., 2013. С. 18–19.

³² См., например: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. Т. 9. С. 231–241.

законом (ст. 28)³³. Немецкие исследователи различают четыре типа общин с учетом соотношения представительного органа и администрации³⁴. Общины, наряду с округами и департаментами, являются во Франции территориальными образованиями³⁵.

Славянофилы ясно осознавали недостатки и преимущества общинного устройства городских и сельских жителей. Так, известный славянофил Ю. Ф. Самарин писал: «Защищая хозяйственную общину у нас в России и в настоящее время, я, однако же, не выдаю ее за форму безукоризненную и общепринятую. Мне даже не верится, чтобы возможно было изобрести такую формулу. Общинное землевладение имеет свои существенные неудобства, которых я не скрывал. В нем таится внутреннее противоречие, свидетельствующее, что эта форма не может быть вековой, а должна измениться путем свободного развития»³⁶.

Не менее известный славянофил А. С. Хомяков в статье «О сельской общине» признавал смешным предвидеть (различать) конкретные контуры будущего развития общины. Главное в общинном устройстве мыслитель видел в непротиворечии общинного землевладения частной собственности и капиталистическому хозяйствованию, предпринимательской инициативе: «Личная деятельность и предприимчивость должны иметь свои права и свой круг действия; довольно того, что они будут всегда находить точку опоры в сельском мире и что в нем же или через него они будут мириться с общественностью, не вырастая никогда до эгоистической разъединенности»³⁷.

Таким образом, славянофильская общественно-политическая теория внесла существенный вклад в научную мысль о месте и роли общин. Выводы наших соотечественников-славянофилов можно активно использовать при решении современных проблем местного самоуправления, коллективного сельскохозяйственного производства, оказания сельскому населению социальной помощи.

³³ См.: Конституции зарубежных государств : Великобритания, Франция, Германия, Италия, Соединенные Штаты Америки, Япония, Бразилия : учеб. пособие / сост. В. В. Маклаков. 7-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 180.

³⁴ См. подробнее: Конституционное (государственное) право зарубежных стран : учебник : в 4 т. / отв. ред. В. А. Страшун. М., 1997. Т. 3. С. 414–415.

³⁵ См. подробнее: *Бялкина Т. М.* Компетенция местного самоуправления : проблемы теории и правового регулирования. Воронеж, 2006. С. 182.

³⁶ *Самарин Ю. Ф.* Крестьянское дело с 20 ноября 1857 по июнь 1859 года. С. 159.

³⁷ *Хомяков А. С.* Полн. собр. соч. М., 1900. Т. 3. С. 468.

Воронежский государственный университет

Андреев Н. Ю., аспирант кафедры теории и истории государства и права

E-mail: wredig@rambler.ru

Tel.: 8-920-401-17-86

Voronezh State University

Andreev N. Yu., Post-graduate Student of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: wredig@rambler.ru

Tel.: 8-920-401-17-86

**ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ОТНОШЕНИЙ НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЯ
В ПЕРВОЙ ПОЛОВИНЕ XVIII ВЕКА В РОССИИ**

В. В. Левочко

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации*

Поступила в редакцию 8 февраля 2014 г.

Аннотация: *проводится анализ исторических источников горного права Российской империи первой половины XVIII в. в целях определения правовой природы правоотношений между государством и недропользователем. Описан правовой режим правоотношений и динамика его развития. Институты концессии и посессионного права представлены в виде исторических основ горного права России.*

Ключевые слова: *недра, концессия, вечное содержание, Берг-регламент, посессионное право.*

Abstract: *the author analyzes the historical sources of mining law of the Russian Empire of first half of the 18th century in order to determine the legal nature of the legal relation between the state and the subsoil users. This article describes the legal regime of relationship and the dynamics of its development. The institutes of concession and possession right are presented as historical foundations of mining law of Russia.*

Key words: *subsoil, concession, timeless keeping, Berg-regulation, possession right.*

Современное российское законодательство в области геологического изучения, рационального использования и охраны недр стоит на пороге масштабной модернизации в направлении развития государственно-частного партнерства. В связи с этим целесообразен ретроспективный анализ опыта правовых реформ прошлых эпох для использования его в решении современных правовых проблем недропользования.

Принцип горной регалии (принадлежности недр государству или монарху) и принцип горной свободы (приоритет разработки недр перед правами землевладельца), введенные Петром I и просуществовавшие в полной мере до принятия 28 июня 1782 г. Манифеста Екатерины II, лежат в основе современного законодательства о недрах. Поэтому исследование правовой природы правоотношений между государством и недропользователями, существовавших в указанный период, наиболее актуально для историко-правовой науки, учитывая их малоизученность с позиций гражданского права.

Правовое регулирование отношений недропользования в России возникло сравнительно позже европейского права о недрах. Изначально отношения по поводу пользования недрами не обособлялись ни в одном из известных источников права Древней Руси и Московского царства.

Право Руси в разных районах имело свои особенности в силу климатических и экономических факторов. Так, на северо-востоке Руси горное дело было слабо развито и подземные блага мало интересовали землевладельцев. Иная картина сложилась на юго-западе Руси, где полезные ископаемые были распространенным объектом правоотношений в XV–XVI вв.¹ Отношения недропользования между желающим «сыскать», добыть руды или иные минералы и землевладельцем основывались исключительно на возмездном взаимном договоре, в предмет которого входило право пользования недрами и право на получение платежей – «рост» землевладельца. Согласимся с мнением Л. М. Алланиной о том, что данные обязательственные отношения носят характер рентных отношений в классическом смысле их определения².

В XVI–XVII вв. в России осуществление недропользования происходит на основании индивидуальных распорядительных актов монарха независимо от воли землевладельцев³. Однако данные отношения были не многочисленными, носили единичный характер и не отмечены в источниках права.

Большинство историков связывают возникновение правового регулирования отношений недропользования с Указом Петра I от 24 августа 1700 г. «Об учреждении приказа Рудокопных дел», создавшего геологическую службу и провозгласившего принцип горной свободы⁴. Указ Петра I «Об учреждении Берг-коллегии» 1719 г. подробно регламентировал правоотношения между недропользователями, государством и землевладельцами⁵. В литературе выделяют следующие привнесенные Указом 1719 г. неизменные принципы горного права России:

- государственная собственность на недра (так называемая горная рента);
- самостоятельность недр как объекта права от земельного участка;
- платность пользования недрами;
- рациональное пользование недрами;
- свобода предпринимательства, за исключением реализации отдельных видов полезных ископаемых⁶.

Исследование правовой природы правоотношения строится на анализе особенностей юридических фактов его возникновения и составных элементов: объекта, субъекта и содержания правоотношения (субъективных прав и обязанностей).

¹ См.: Кудриновский В. И. Об ограничениях права собственности на недвижимые имущества по закону. По русскому праву. Одесса, 1904. С. 190.

² См.: Алланина Л. М. Развитие дореволюционного законодательства, регулирующего изъятие рентных доходов горных предприятий // Вестник Тюменского гос. ун-та. 2006. № 6. С. 49–54.

³ См.: Кудриновский В. И. Об ограничениях права собственности на недвижимые имущества по закону... С. 190.

⁴ См.: Денисова Л. Н. Петр Великий – родоначальник горного права России // Закон. 2010. № 9. С. 127.

⁵ См.: Там же.

⁶ См.: Перчик А. И. Горное право : учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 2002. С. 65.

Указ 1719 г. устанавливал открытый заявительный порядок вступления в правоотношения с государством. В сложный фактический состав для возникновения отношений по разведке и добыче полезного ископаемого входили следующие юридические факты: открытие месторождения, направление заявления как оферты с подтверждающими документами и образцом руды или иного минерала в Берг-коллегиум, принятие решения уполномоченными лицами Берг-коллегиума о предоставлении права и оформление правоустанавливающего документа – привилегии (жалованной грамоты) или об отказе в его предоставлении. Позже Указом Петра I от 19 февраля 1720 г. «О приношении руд к прежде объявленной привилегии»⁷ следовало подавать еще и подробное описание места, где найдено месторождение, для наиболее полной идентификации месторасположения «отводимого места».

На основании Указа 1719 г. можно выделить следующие объекты гражданских прав в недропользовании: полезные ископаемые («руды и иные минералы») и «рудокопные заводы». Им присущи все необходимые признаки объекта гражданских прав, выделяемые в литературе: юридическая привязка и дискретность (юридическая обособленность)⁸. Субъективное право пользования недрами реализовывалось путем строительства рудокопного завода и управления им на отведенном месте.

Государственная собственность на подземное пространство в целом (недра) очевидна из системного толкования исследуемого Указа. Однако подземное пространство следует считать лишь объектом публичного права, подлежащего охране от самовольного пользования.

Согласно Указу 1719 г. недропользователю предоставлялось «отведенное место» на основе жалованной грамоты в размере 250 сажень в квадрате. Расположение «отведенного места» зависело от места открытия месторождения полезного ископаемого. «Отведенное место» следует считать земельным участком с определенным целевым назначением – для строительства завода и добычи полезных ископаемых. Границы его носили поверхностный и плоскостной характер. В силу того что «отведенное место» не обладает признаком обособленности от рудокопного завода, отсутствуют основания считать его объектом гражданских прав. Указ Петра I не предусматривал основания для перехода прав на «отведенное место» в отличие от рудокопного завода, права на который переходили по наследству.

Под рудокопным заводом следует понимать имущественный комплекс, неразрывно связанный с «отведенным местом» и включающий в свой состав, в частности, имущественное право на разработку месторождения («оных употреблений») на «отведенном месте». Рудокопный завод ограничен в обороте. Владельцу рудокопного завода запрещалось продавать его,

⁷ Указы блаженные и вечнодостоинныя памяти государя императора Петра Великого самодержца всероссийского : состоявшиеся с 1714, по кончину его императорского величества, генваря по 28 число 1725 год. Санктпетербург При Императорской Академии наук 1739 // Официальный сайт Российской государственной библиотеки. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004106674#?page=1> (дата обращения: 10.04.2013).

⁸ См., например: Ланач В. А. Система объектов гражданских прав : теория и судебная практика. СПб., 2002. С. 95.

закладывать, сдавать в пользование иным частным лицам, обменивать и совершать иные распорядительные действия, влияющие на его правовую судьбу. Следует отметить, что в отношении рудокопных заводов прямо устанавливалось исключительное право государственной собственности в лице монарха «... токмо Нам одним, яко Монарху принадлежащая рудокопные заводы и оных употребления»⁹.

Переход прав на рудокопный завод возможен только путем наследования при условии надлежащего содержания завода. Под надлежащим содержанием завода понималось соблюдение уставов Берг-коллегиума, качественное управление заводом, включая обеспечение его функционирования наличием достаточного количества рабочей силы и денежных средств. При этом государство было максимально заинтересовано в стабильности данных отношений и в развитии имущественных комплексов по добыче полезных ископаемых. Так, в обязанности государства входило также осуществление консультирования и обучения особенностям добычных работ, строительства и эксплуатации «рудокопных заводов»: «всякие способы показать, коим образом с той рудой и минералами наилучше поступати, и в доброе и не убыточное хозяйство произвести»¹⁰.

Объектом наследования был завод и неразрывно связанные с ним имущественные права на его эксплуатацию, в том числе право на добычу полезных ископаемых, причем принадлежность земельного участка недропользователю, государству или третьему лицу значения не имело.

В силу значимости для развития экономики и промышленности рудокопных заводов государство изначально установило ограничения по субъектному составу. Так, положение: «объявляем чрез сие всем, и каждому вообще верным нашим подданным ... всем народу Нашему Российского Государства объявить»¹¹, подтверждает, что в качестве недропользователя мог выступать только подданный Российской империи, но не иностранец. Такое положение было в последующем устранено специальным Указом Петра I от 30 июля 1720 г. «О чужестранных к размножению заводов»¹².

Из анализа положений Указа 1719 г. автор выделяет три подвида правоотношений по пользованию недрами в Петровский период в зависимости от правового режима земли, под которой открыто месторождение. Правоотношения на казенных землях, правоотношения на чужих частных землях между государством и недропользователем и правоотношения между землевладельцем-недропользователем и государством.

⁹ Указ об учреждении Берг-коллегиума для ведения в оном дел о рудах и минералах. Санктпетербург 4 сентября 1721. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004131137#?page=1> (дата обращения: 15.04.2013).

¹⁰ Там же.

¹¹ Там же.

¹² Указы блаженные и вечнодостоинныя памяти государя императора Петра Великого самодержца всероссийского... состоявшиеся с 1714, по кончину его императорского величества, генваря по 28 число 1725 год. Санктпетербург При Императорской Академии наук 1739. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004106674#?page=1> (дата обращения: 10.04.2013).

Предметом правоотношений на казенных землях являлось предоставление государством права строительства и эксплуатации рудопромышленного завода на выделенном «отведенном месте» в размере 250 сажень в квадрате, а недропользователь обязался построить завод и разрабатывать месторождение самостоятельно или с третьими лицами, выплачивая 1/10 от всего дохода государству (т.е. от дохода без вычета расходов, а не от прибыли), с правом освобождения от платы при отсутствии прибыли.

Правоотношения на чужих частных землях строились иначе. При обнаружении месторождения на чужих частных землях принцип горной свободы ограничивался преимущественным правом на строительство завода и разработку месторождения владельцем земли. В случае отказа собственника земли разрабатывать месторождение первооткрывателю выдавалась жалованная грамота, которая предусматривала следующую конструкцию обязательств: государство предоставляет недропользователю право строительства и эксплуатации рудопромышленного завода за плату в размере 1/10 доли дохода, а недропользователь обязан осуществить строительство и эксплуатацию завода на необходимом ему размере «отведенном месте» за плату землевладельцу в размере 1/32 доли «прибыли без всяких удержаний»¹³.

Жалованной грамотой в данном случае предоставлялся также горный сервитут¹⁴, предусматривавший право пользоваться чужой землей за плату в том объеме, который необходим для строительства и эксплуатации горного завода. Недропользователь самостоятельно определял границы «отведенного места» и вправе был пользоваться «прочими местами» и «дровами и лесом» за отдельную плату землевладельцу. При наличии имущественного спора о цене недропользователь вправе был обратиться за защитой своих прав в Берг-коллегиум.

Третий подвид правоотношений отличается субъектным составом от предыдущих. На стороне недропользователя выступает сам землевладелец участка земли, где открыто месторождение. В данных отношениях государство предоставляло исключительное право строительства и эксплуатации завода, а землевладелец обязывался построить завод и осуществлять его надлежащую эксплуатацию, уплачивая 1/10 от дохода государству. Землевладельцам-недропользователям предоставлялось также финансирование в виде займов («дается из коллегии по доброте руд смотря, в займы денег на строение»¹⁵).

2014: № 2

66

Выделяя полезные ископаемые «руды и иные минералы», государство со времен Петра I разделяло их на две группы: полезные ископаемые, свободные для гражданского оборота и ограниченные в обороте. Так, недропользователь обязан был продавать добытое золото, серебро, медь и селитру только государству по установленным государством ценам до опре-

¹³ Указ об учреждении Берг-коллегиума для ведения в оном дел о рудах и минералах. Санктпетербург 4 сентября 1721 // Официальный сайт Российской государственной библиотеки. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004131137#?page=1> (дата обращения: 15.04.2013).

¹⁴ См.: Алланина Л. М. Указ. соч. С. 51.

¹⁵ Указ об учреждении Берг-коллегиума для ведения в оном дел о рудах и минералах. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004131137#?page=1> (дата обращения: 15.04.2013).

деленного момента. В отношении остальных полезных ископаемых такого ограничения по реализации не было установлено¹⁶. Была введена также разрешительная система по продаже руд и иных минералов за границу.

Прекращение рассматриваемых правоотношений допускалось в одностороннем порядке со стороны государства в лице Берг-коллегиума в случае ненадлежащего содержания рудопромышленного завода или его «не устроенности» (п. 16 Указа 1719 г.).

Многие рассматривают данные правоотношения как посессионные отношения – «урегулированные нормами права отношения между государством и посессионером – владельцем неотчуждаемых пособий: земли, произрастаний на ее поверхности, недр, посессионных крестьян от фабрик и заводов»¹⁷. Посессионное право есть право частной собственности, но неполное, ограниченное условиями, вытекающими из назначения горнозаводской деятельности¹⁸.

Однако правоотношения между государством и недропользователем в Петровский период являются прообразом концессии, основной сущностной целью которой является «привлечение частных инвестиций в строительство и реконструкцию объектов исключительно государственной инфраструктуры»¹⁹. В посессионных отношениях предоставлялся непосредственно сам казенный завод, в то время как исследуемые отношения предполагают предоставление права на строительство и эксплуатацию завода на «отведенном месте» с правом пользоваться всем, что необходимо и находится на «отведенном месте».

Под концессионным договором согласно определению, существующему в российской юридической литературе, понимается договор, в котором одна сторона (концедент) предоставляет другой стороне (концессионеру) право пользования объектом государственной или муниципальной собственности либо осуществления определенного вида деятельности, прерогатива (монополия) на которую принадлежит исключительно концеденту²⁰.

Квалификация отношений недропользования между государством и недропользователем в Петровский период как концессии также подкреплена наличием следующих признаков:

1) одной из сторон концессионных отношений в сфере недропользования всегда выступает публично-правовое образование (концедент)²¹;

2) открытый заявительный порядок вступления в правоотношения на выполнение работ иждивением недропользователя по строительству и эксплуатации «рудопромышленного завода», принадлежащего исключительно государству и ограниченного в обороте;

¹⁶ См.: *Денисова Л. Н.* Указ. соч. С. 128.

¹⁷ *Полуда О. Н.* Законодательное регулирование посессионных отношений в России в XVIII–XX вв. : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 16.

¹⁸ См.: *Дорский Г. Ю.* Посессионное право в последней четверти XIX – начале XX в. // *История государства и права.* 2007. № 22. С. 20.

¹⁹ *Налетов К. И.* Еще раз о правовой природе концессионного соглашения // *Право и политика.* 2005. № 3. С. 35.

²⁰ См.: *Сосна С. А.* Концессионные соглашения : теория и практика. М., 2002. С. 183.

²¹ См.: Там же.

3) исключительность передаваемых прав²²;

4) предметом концессионных правоотношений в сфере недропользования являются отношения, возникающие в связи с использованием имущественного комплекса, на который распространяется исключительное право собственности государства и который является ограниченным в обороте;

5) государство-концедент вправе изменить или прекратить концессионные отношения в одностороннем порядке в случаях, предусмотренных законом (в Указе Петра I есть только одно основание – ненадлежащее содержание рудокопного завода);

6) целью заключения концессионного договора в сфере недропользования является достижение обеими сторонами коммерческого результата – прибыли (доход делится между сторонами: 9/10 принадлежит недропользователю, а 1/10 государству) и общественно значимого результата, состоящего из общественного интереса населения соответствующей территории и интереса государства как носителя публичной власти²³. «... Мы всеилостиво усмотрели, что от рудокопных заводов и прилежного устройства оных земля обогатится и процветет, также пустые и бесплодные места многочислом заселятся...»²⁴;

7) концессионные отношения в сфере недропользования целесообразно относить к совершенно особому виду договоров, объединяющих в себе черты гражданско-правового соглашения и публично-правового акта²⁵.

В период дворцовых переворотов правовое регулирование имущественных отношений по поводу строительства и эксплуатации «рудокопных заводов» существенно изменялось, лишая стабильности экономические отношения.

Петр II в Указе от 26 сентября 1726 г. ограничил действие принципа «горной свободы» в отношении отдаленных сибирских мест «за Тобольским и в Иркутской и в Енисейской провинции»²⁶. Там свободно предоставлялось право пользоваться недрами с целью добычи полезных ископаемых на землях городов, уездов и на своих собственных. В отношении же земель третьих лиц Указ устанавливал свободную форму договора между землевладельцем и потенциальным недропользователем, открывшим месторождение. Причем следует отметить, что такой подход правового регулирования возвращает обязательственные отношения между частным землевладельцем и недропользователем к классическим рентным отношениям, существовавшим в X–XV вв. на Руси. Учитывая приоритет права землевладения по отношению к праву пользования недрами и их прямую взаимообусловленность, недра, находящиеся под землей частных лиц, следует оценивать принадлежностью земли, а полезные ископаемые, добытые из них, – плодами от земельного участка, как это было на территории Древнего Рима, где право

²² См.: Налетов К. И. Указ. соч. С. 35.

²³ См.: Там же.

²⁴ Указ об учреждении Берг-коллегиума для ведения в оном дел о рудах и минералах. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01004131137#?page=1> (дата обращения: 01.04.2013).

²⁵ См.: Налетов К. И. Указ. соч. С. 36.

²⁶ См.: Кудриновский В. И. Право на недра // Закон. 2010. № 9. С. 122.

на недра входило в состав вещного права на землю, а полезные ископаемые рассматривались как плоды земли наряду с растительностью²⁷.

Императрицей Анной Иоанновной утвержден Берг-регламент от 3 марта 1739 г., провозгласивший действие принципа горной свободы на всей территории государства и исключивший институт преимущественного права землевладельца на разработку месторождения и строительство завода²⁸. Берг-регламент провозгласил как государственную, так и частную собственность на рудокопные заводы, создав основы для возникновения правоотношений, отличных от концессии.

Под рудокопным заводом понимался также имущественный комплекс, включавший в себя завод, землю, прилегающую к нему, леса, озера и имущественное право на пользование недрами с целью добычи полезных ископаемых и право на работу приписных к заводу крестьян. То есть право пользования недрами принадлежало рудокопному заводу.

Провозглашена была масштабная «приватизация»: «все Наши казенные заводы... и новообъсканные рудные места... отдать в разные компании, или партикулярным людям»²⁹. Началась покупка казенных заводов в долг частными лицами, по большей части иностранцами, находившимися на службе и под покровительством императрицы, что привело к разграблению заводов, хищнической добыче и упадку в целом промышленности³⁰. Однако, по мнению автора, данные отношения по передаче заводов в частные руки не являются в полном смысле слова приватизацией, так как они не обладают признаками купли-продажи.

Берг-регламент в отличие от Указа Петра I предусматривал практически свободный гражданский оборот «рудокопных заводов» или доли участника строительства завода, что, конечно, связано с предпосылками развития в России понятия частной собственности. Предусмотрена возможность закладывать в залог и продавать право на завод или право на долю на завод (п. 4 Берг-регламента).

Основы горного сервитута на землях третьих лиц, предусмотренного Указом 1719 г., были сохранены. Плата за него установлена в размере 2 % со стоимости каждой обработанной руды (п. 6 Берг-регламента). Размер предоставленного в пользование недропользователя места земельного участка устанавливался в зависимости от необходимого недропользователю для строительства завода (п.5 Берг-регламента). На казенных землях размер «отведенного места» определялся в каждом случае отдельно в зависимости от потребностей недропользователя для строительства и работы

²⁷ См.: Римское частное право : учебник / В. А. Краснокутский [и др.] ; под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М., 2004. С. 155.

²⁸ См.: Кудриновский В. И. Право на недра // Закон. 2010. № 9. С. 122.

²⁹ Берг-регламент от 3 марта 1739 г. // Полн. собр. законов Российской империи : [Собрание 1-е. С 1649 по 12 дек. 1825 г.]. 1749–1753. Т. 1. СПб., 1830–1851 // Официальный сайт Российской государственной библиотеки. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01003821628#?page=1> (дата обращения: 18.04.2013).

³⁰ См.: Бакишев А. А. Передача Гороблагодатских заводов в частные руки в XVIII в. [в собственность барона Шемберга и графа П. И. Шувалова] // Документ. Архив. История. Современность : сб. науч. тр. Екатеринбург, 2005. Вып. 5. С. 77–86.

завода. Размер земельного отвода мог быть в последующем уменьшен, в случае если обнаружится, что часть земли не используется по целевому назначению (п. 7 Берг-регламента).

Прекращение отношений в одностороннем порядке не допускалось, за исключением случаев ненадлежащего и «леностного» управления заводом.

При правлении Елизаветы правовое регулирование отношений недропользования изменилось только в части усиления контроля над исполнением обязательств надлежащей эксплуатации заводов.

Проанализируем условия предоставления государственных «рудокопных заводов» «партикулярным людям» и компаниям на основании Берг-регламента на примере контракта, заключенного в 1750 г. между купцом Федором Ивановым сыном Кобякова, и Российской империей в лице Военной коллегии по «отдаче ему казенных Ахтумбенских селитряных заводов со строением, посудой, материалами и припасами и мастеровыми людьми»³¹.

Государство публиковало известие об отдаче казенных заводов в вечное содержание: «произведенным публикам ко взятии завода»³². Данное действие можно сравнить с публичным предложением делать оферты. Потенциальный недропользователь обращался с заявлением и проектом соглашения (кондиций) о передаче завода на его «вечное содержание» в соответствующий государственный орган, который после его рассмотрения с учетом замечаний направлял проект кондиций на рассмотрение монарху. По результатам рассмотрения проекта кондиций монарх издавал указ «об отдаче казенных заводов в вечное содержание», на основании и в соответствии с которым подписывался контракт (проект кондиций). Сложный порядок заключения контракта обусловлен участием государства в качестве субъекта гражданских правоотношений.

По контракту государство передавало за плату в вечное содержание «рудокопный завод» с исключительным правом пользования недрами, лесами, водными ресурсами в том объеме, который необходим для эксплуатации завода, а недропользователь обязывался надлежащим образом эксплуатировать завод, определенную продукцию поставлять государству по установленным в контракте ценам. В контракте со стороны государства прописывались также дополнительные обязанности: предоставить в пользование мастеров и крестьян денежные средства в займы. Цена контракта определялась на основании оценки стоимости завода. Порядок уплаты устанавливался с рассрочкой (в рассматриваемом случае на 6 лет). В контракте предусматривалась также плата за добытые полезные ископаемые, размер которых вычитался из цены поставляемой государству продукции.

Вечное содержание не является аналогом права собственности в связи с рядом существенных ограничений. Кондиции предусматривали обязанность пользователя осуществлять плату государству за произведенную продукцию, производить надлежащую эксплуатацию завода и достигать

³¹ Берг-регламент от 3 марта 1739 // Полн. собр. законов Российской империи : [Собрание 1-е. С 1649 по 12 дек. 1825 г.]. 1749–1753. Т. 1. СПб., 1830–1851 // Официальный сайт Российской государственной библиотеки. URL: <http://dlib.rsl.ru/viewer/01003821628#?page=1> (дата обращения: 18.04.2013).

³² Там же.

установленных объемов добываемой и производимой продукции. Вечное содержание по своему смыслу является ограниченным вещным правом, в состав которого входит: владение, пользование и распоряжение имущественным комплексом, включающим завод, земельный отвод, право на недра, леса и купленные деревни, а также на труд приписных крестьян к заводу. В правомочие распоряжения входило право продажи своего права на имущественный комплекс в целом и передачи его по наследству. Деление завода на части не допускалось.

Однако в праве вечного содержания присутствуют черты и обязательственного права, которые выражены в том, что оно возникало и существовало в зависимости от действия контракта, и пользование заводом должно было осуществляться в соответствии с установленными договорными условиями.

Таким образом, вечное содержание – это самостоятельное имущественное право, обособленное от субъекта, имеющее товарно-стоимостную оценку и обладающее как вещными, так и обязательственными признаками. Право вечного содержания как посессионное право является, по сути, условным владением, т.е. неполным и ограниченным рядом условий владения (неотчуждаемость рабочей силы и земли от завода, неделимость завода и его принадлежностей, обязанность эксплуатировать завод и т.д.).

За нарушение условий контракта предусматривались санкции в виде пеней за недоимки и в виде обращения взыскания на завод и на имущества недропользователя, его компаньонов и детей в случае грубого умышленного нарушения условий контракта, такого как ненадлежащее «наблюдение за мастеровыми людьми» или продажа продукции лицам, не оговоренным условиями, относительно ограниченных в обороте полезных ископаемых, например селитры.

Основными объектами данных сложных и многоплановых правоотношений выступали добытые полезные ископаемые и казенный завод как имущественный комплекс, включавший в себя исключительные права на недра, земли, леса, водные объекты. В свою очередь, право на вечное содержание завода становилось объектом права в правоотношениях по его залого, купле-продаже и наследованию.

Полагаем, что правовая природа указанных отношений не может быть определена как купля-продажа, рента, так как не происходит перехода права собственности, в то же время арендными отношениями их назвать также нельзя, ибо арендная плата в них не предусмотрена. Для квалификации их концессионными отношениями отсутствует важное условие – исключительная государственная собственность на инфраструктуру – рудокопные заводы. Однако публично-правовые начала рассматриваемых правоотношений не исключены и обусловлены участием государства и социальными аспектами (например, императивные правила содержания крестьян и мастеровых людей). По нашему мнению, предмет исследуемого контракта уникален по содержанию и включает в себя как частноправовые, так и публичные черты. Исследуемые отношения по всем признакам следует квалифицировать как посессионные отношения, несмотря на то что термин «посессия» появился только в 1797 г.

Таким образом, горные правоотношения Петровской эпохи являются концессией. Принятый императрицей Анной Иоанновной Берг-регламент отменил принцип исключительной государственной собственности на горный завод и тем самым лишил концессию дальнейшего развития в горном праве России. Однако альтернативной правовой конструкцией стало право вечного содержания, являвшегося по своему смыслу прообразом посессионного права – специфичного института отечественного права.

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации

*Левочкин В. В., аспирант кафедры гражданского права и процесса
E-mail: heartval@inbox.ru
Тел.: 8-914-305-39-52*

*Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration
Levochko V. V., Post-graduate Student of the Civil Law and Process Department
E-mail: heartval@inbox.ru
Tel.: 8-914-305-39-52*

УДК 347.97/99

СУВЕРЕНИТЕТ СУДЕБНОЙ ВЛАСТИ КАК ИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОЙ СРЕДЫ

С. Н. Хорунжий

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 20 февраля 2014 г.

Аннотация: рассматривается судебная власть как институциональный элемент правовой среды, системообразующая роль в которой определяется национальным суверенитетом; особая роль правосудия раскрывается через общеправовой принцип справедливости, основанный на духовных, нравственных и историко-юридических традициях нашего общества.

Ключевые слова: судебная власть, правовая среда, суверенитет, принцип справедливости, правосудие, Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ).

Abstract: in the present article judicial authority is considered as an institutional element of the legal environment the constitutive role in which is defined by the national sovereignty; the special role of justice reveals through the all-legal principle of justice based on spiritual, moral and historical and legal traditions of our society

Key words: judicial authority, legal environment, sovereignty, principle of justice, justice, European Court of Human Rights (ECtHR).

Действующее законодательство и правоприменительная практика определяют правовое поведение субъектов соответствующей социальной системы, особенности складывающихся между ними юридических отношений, динамику их развития. В основе указанных процессов лежат духовные и нравственные принципы, правовые идеи и доктрины, идеалы частной и общественной жизни. Все это формирует соответствующую национальную правовую среду государства. История свидетельствует о многочисленных попытках поиска наиболее эффективных способов и инструментов в управлении публичной сферой, правовой регламентации жизни социума. Трансформируются общественно-юридические связи, уровень правопонимания, поведение личности и общности людей, понимание фундаментальных элементов права и основ государственного управления – сама правовая среда.

Интроспективный анализ политико-юридической категории «суверенитет» свидетельствует не только о богатых научно-правовых корнях, но и о длительной и многообразной истории его развития в качестве государственно-образующего явления публичной жизни. Начиная с толкования суверенитета как права суверена принимать решения об исключении общей, действовавшей ранее нормы, выходящей за пределы нормального

правопорядка (как это было в XVI–XVII вв.)¹, и заканчивая современным прочтением древнеримской сецессии (демонстративного выхода плебеев за черту города²) в современном миропорядке, когда суверенитет рассматривается как право на выход из состава государства. В период европейской глобализации, сопровождающейся передачей государствами части своих прав международным органам и организациям, предлагается, например, разграничивать государственный суверенитет и народный суверенитет³. Как видим, многообразие формулировок этого понятия, его содержание существенно меняются в зависимости от конкретной исторической эпохи и государственного устройства.

Возникновение суверенитета как политико-правовой идеи традиционно относится к Средним векам. М. Ориу выделял несколько этапов развития рассматриваемого понятия: 1) свойство власти (*potestas*), стоящей над другими (*suprema*); 2) суверенитет постепенно отделяется от личности короля и переходит к государству или к нации; происходит персонификация государства (нации); 3) суверенитет становится атрибутом государства – превращается в суверенную волю персонифицированного государства⁴.

В соответствии с Конституцией РФ суверенитет предполагает верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении. Все это, по мнению Конституционного Суда РФ, представляет собой необходимые качественные признаки Российской Федерации как государства, характеризующие ее конституционно-правовой статус⁵.

¹ Как указывает И. А. Исаев, «общая теория права, начиная со Средневековья, изучала только роль “подтверждения законности власти”» (Исаев И. А. Карл Шмитт о господстве и суверенитете // История государства и права. 2013. № 2. С. 2–5).

² Первая сецессия (лат. *secessio*, от *secedo* – «ухожу»), согласно римской традиции, произошедшая в 494 г. до н.э., представляла собой форму протеста, борьбу плебеев с патрициями: уход из Рима плебеев, которые были основой массовой армии, оставлял город фактически без военной защиты. Такая форма «прямого волеизъявления» вряд ли соответствует современному пониманию сецессии, которая сближается скорее с сепаратизмом (лат. *separatus* – «отдельный»), чем с формами непосредственной демократии, использовавшимися при решении социально-политических задач древнеримского полиса (см., например: Кучуб Н. А. Римское право : учеб.-метод. пособие. Оренбург, 2006. С. 213). О причинах исключения права на сецессию в Конституции РФ и принципах кооперативного федерализма см.: Шахрай С. М. О Конституции : Основной закон как инструмент правовых и социально-политических преобразований. М., 2013. С. 92–107.

³ См.: Худoley Д. М., Худoley К. М. К вопросу о понятии государственного суверенитета // Рос. юрид. журнал. 2012. № 2. С. 35–45. См. также: Жувенель Б. Власть : естественная теория ее возрастания. М., 2011. С. 344–346.

⁴ См.: Ориу М. Основы публичного права. М., 1928. С. 576.

⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 7 июня 2000 г. № 10-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2000. № 5. Указанным постановлением Конституционный Суд РФ «в деле о суверенитете республик»

По нашему мнению, наиболее полное и комплексное понимание суверенитета предлагает Ю. А. Тихомиров. Ученый вводит новую категорию – «суверенитет права», выделяя внутренний и внешний аспекты суверенитета. Внутренний суверенитет права рассматривается неотделимо от такого понятия, как национальная правовая система (сформированная на основе тех или иных правовых идей и концепций, а также системы национального законодательства) в самом широком смысле. Сюда включается наличие собственной устойчивой практики правоприменения, а также юридических учреждений и механизмов судебной и иной защиты. Внешний аспект суверенитета «означает признание независимости государства в определении его внешней и внутренней политики, причем в последнем случае с учетом международных принципов общения стран, организаций и граждан»⁶.

Вариативность понимания суверенитета практически неисчерпаема, что подчеркивает актуальность этой проблемы и высокую важность решаемых в ее рамках вопросов.

Помимо публично-правовых отношений, суверенитет можно рассматривать с точки зрения функционирования механизмов принятия и исполнения решений. Эффективность государственного управления напрямую зависит от слаженной работы всех властных институтов, которая позволяет наилучшим образом решать возникающие в обществе и государстве проблемы, в том числе на международном уровне, получая внешнеполитическое признание.

Институциональная сторона суверенитета выступает одним из базовых элементов национальной правовой среды и отражает полноту законодательной, исполнительной и судебной власти на территории государства и независимость в международном общении. Указанная самостоятельность в деятельности органов государственной власти, их взаимодополнение, включая различные уровни контроля, в том числе судебного, за принимаемыми решениями, позволяет обеспечить реализацию подлинно национальных, суверенных интересов страны.

Несмотря на единство государственной власти и наличие системы сдержек и противовесов, судебная ветвь выполняет особую функцию. С одной стороны, она осуществляет правоприменительную деятельность, разрешая возникающие споры на основании действующего законодательства, а с другой – суд в отличие от исполнительно-распорядительной власти обладает достаточно широкими дискреционными полномочиями, выходящими за рамки чистого правоисполнения, присущего административной власти. Особая природа судебной власти, предполагающая законность судебного усмотрения, позволяет выйти за рамки узкого по-

разрешил конституционный дискурс о соотношении народного суверенитета, государственного суверенитета и национального суверенитета (см.: *Эбзеев Б. С.* Конституция, власть и свобода в России : опыт синтетического исследования. М., 2014. С. 181–187).

⁶ *Тихомиров Ю. А.* Правовой суверенитет : сферы и гарантии // Журнал рос. права. 2013. № 3. С. 5–20.

зитивизма и руководствоваться фундаментальными, общепризнанными человеческими ценностями. Еще «римское правосознание» допускало, чтобы судья, опираясь на *принцип справедливости*, поступал вопреки *ius civile*, но в рамках права (*naturalis praeceptis*).

Как видим, правовая среда включает в себя не только сформулированные законодателем нормы позитивного права, но и правопонимание (в самом широком смысле слова), основанное на системе моральных, культурных и религиозных ценностях общества. Нередко указанные ценности, не сформулированные в нормах права, выступают, по сути, правовыми идеологемами, определяющими содержание правовой среды с изменяющимися на протяжении истории мировоззренческими установками.

Юридическая справедливость, которая возникла изначально как обязательный элемент всех исторических систем со слабой формализацией правовых категорий, по-прежнему остается фундаментом современной судебной системы. Высказывания Цицерона о том, что право состоит «из природы, закона, судебного решения, из справедливого и доброго и из соглашения»⁷, не теряют своей актуальности и в наши дни. Формула «право есть искусство доброго и справедливого»⁸ известна каждому исследователю правовых доктрин.

Обращаясь к истории, нетрудно заметить изменения, которые претерпевало, например, понятие «справедливость» в устах законодателя и судей на протяжении нескольких тысяч лет. Так, закон талиона (лат. *talionis*), устанавливающий возмездие, равное по силе преступлению («око за око, зуб за зуб»), во времена царя Хаммурапи воспринимался как справедливый, а решения, вынесенные на его основе, – законными. По мере изменения социально-политических условий изменяется и право: принцип талиона постепенно вытесняется уплатой пени (или возмещением в иной форме) в пользу потерпевшего, так называемой композицией (лат. «улаживание спора»)⁹.

Справедливость, являясь базовым элементом судебного решения, ограничивает возможность «проникновения» (заимствования и возможного замещения) норм, принципов и идей иностранных государств в национальную правовую среду. В этом смысле судебная власть приобретает совершенно иные черты¹⁰ и представляет собой выражение не только процедурной самостоятельности при вынесении решения по

⁷ Цит. по: *Кофанов Л. Л.* Lex и ius : возникновение и развитие римского права в VIII–III вв. до н.э. М., 2006. С. 180–181.

⁸ Цельс: Д.1.1.1.

⁹ В Русской правде в качестве композиции выступала, например, вира или головничество; в Варварских правдах (Вестготская правда, Бургундская правда, Салическая правда и др.) – вергельд.

¹⁰ Достаточно посмотреть на словообразование «суд», «правда», «справедливость»: суд – лат. *judicium, jus*; справедливость, справедливый – лат. *justitia, justus*. См. также: Новейший философский словарь. 2-е изд., перераб. и доп. Минск, 2001. С. 789–792 ; *Сенякин Н. Н.* Правосудие и нравственные основы его осуществления // Рос. юрид. доктрина в XXI в. 2001. С. 115–117.

делу, но и подлинной независимости национальной власти в международных делах.

В нормах международного права, являющихся составной частью правовой системы России (п. 4 ст. 15 Конституции РФ), принцип справедливости встречается достаточно часто. Так, в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод указывается, что «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях... имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела...»¹¹.

Отметим также, что в международном праве принцип справедливости рассматривается не столько как правовая, сколько как философская категория «морально-правового и социально-политического сознания, оценивающая общественную деятельность с точки зрения долженствования»¹². Это вполне понятно, учитывая, что справедливость выступает условием существования других ценностей, поэтому такая «надправовая» категория имеет не только юридико-теоретическое значение, но и практическую ценность: «справедливые» решения пользуются авторитетом и уважением, что в конечном счете обеспечивает их исполнение.

В постановлениях Конституционного Суда РФ неоднократно подчеркивалась общеправовая природа принципа справедливости, а также необходимость соблюдения его судом при рассмотрении дел и вынесении решений¹³.

Интенсивное развитие международных наднациональных институтов, происходящее на фоне глобализации, сопровождается активной имплементацией международных юридических норм и правил. Для развития законодательства это вполне объективный и понятный процесс, целью которого является установление общих для всех его участников легитимных процедур. Однако для национального судопроизводства с точки зрения сохранения его самостоятельности такая тенденция может приобретать совершенно иное, не наблюдаемое прежде звучание. Трансформация одних элементов государственного устройства влечет за собой

¹¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод : заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. // Бюллетень международных договоров. 2001. № 1. Аналогичные нормы содержатся, например, в ст. 6 Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека : заключена в г. Минске 26 мая 1995 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 13. Ст. 1489. См. также: Венская декларация и программа действий : заключена в г. Вене 25 июня 1993 г. на 2-й Всемирной конференции по правам человека // Международное публичное право : сб. документов. М., 1996. Т. 1. С. 521–540 ; Хельсинский заключительный акт совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г. ; О гражданских и политических правах : международный пакт от 16 декабря 1966 г. // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 1994. № 12 ; Хартия прав человека. Всеобщая декларация прав человека // Рос. газета. 1995. 5 апр. ; Устав Организации Объединенных Наций и др.

¹² Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева, В. Д. Зорькина, В. Е. Крутских. М., 1998. С. 651.

¹³ См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 2 декабря 2013 г. № 26-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 50. Ст. 6669.

изменение всей системы управления: инкорпорируя нормы международного права, мы изменяем и практику рассмотрения споров по ним.

В результате возросшая роль международных институтов, в частности Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ), предоставляет ему полномочия, которые граничат с независимой национальной властью суда как самостоятельного публично-правового института конкретного государства. При таких обстоятельствах судебная власть становится институциональным элементом правовой среды, обеспечивающим государственную независимость в межгосударственных отношениях.

Не отрицая важной положительной роли ЕСПЧ в защите фундаментальных общечеловеческих ценностей, полагаем, что современная практика судопроизводства ЕСПЧ пестрит множеством решений, требующих «преодоления» вынесенных ранее и вступивших в законную силу решений национальных судов. Основанием для подобного пересмотра выступают часто не факты прямого нарушения общепризнанных норм и правил, а юридико-культурологические расхождения в толкованиях базовых категорий, прежде всего справедливости.

Не перечисляя примеры некорректного (порой деструктивного) воздействия на национальную систему правосудия и законодательства, укажем пример, достойный подражания, продемонстрированный Федеральным конституционным судом Германии (далее – ФКС) в защиту национально-законодательного и институционального судебного суверенитета.

ФКС рассмотрел вопрос о том, обладает ли постановление Европейского суда по правам человека такой юридической силой, которая отменяла бы окончательные и вступившие в законную силу постановления германских судов. Согласно правовой позиции ФКС, сформулированной в его ответе на этот вопрос, «основной закон имеет целью интеграцию Германии в правовое сообщество мирных свободных государств, но он не предусматривает отказа от суверенитета, закрепленного прежде всего в германской конституции. Следовательно, не противоречит цели приверженности международному праву, если законодатель, в порядке исключения, не соблюдает право международных договоров при условии, что это является единственно возможным способом избежать нарушения основополагающих конституционных принципов»¹⁴.

2014. № 2

78

По мнению председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина, указанный прецедент конструктивен, поскольку опирается на конституционный принцип государственного суверенитета и принцип верховенства Конституции в системе нормативных правовых актов государства. Конституция РФ в ст. 15 действительно устанавливает приоритет международного договора над положениями закона, но не над положениями самой Конституции. Поэтому Конституция РФ, устанавливая принципы государственного суверенитета и верховенства Основного закона в правовой системе России, превосходит юридическую силу, например Конвенции о защите прав человека и основных свобод¹⁵.

¹⁴ Цит. по: Зорькин В. Предел уступчивости // Рос. газета. 2010. № 5325 (246).

¹⁵ См.: Там же.

Не принимая во внимание политико-юридические аспекты конкурирования судебного суверенитета, постараемся посмотреть в корень проблемы: какие принципы положены в основу легитимного, т.е. признаваемого социумом и государством законного (легального) и справедливого решения?

Перечень общепризнанных юридических постулатов сформулирован в международных актах. Всеобщая декларация прав человека, принимая во внимание, что признание достоинства, присущего всем членам человеческой семьи, равных и неотъемлемых их прав является основой свободы, справедливости и всеобщего мира, провозглашает целый ряд фундаментальных общечеловеческих прав и свобод. Гуманность и всеобщая значимость декретированных в Декларации норм не вызывает никаких возражений, кроме одного, касающегося цивилизационно-культурологической и конкретно-исторической обусловленности провозглашенных в ней положений.

В свое время социолог, этнограф и культуролог К. Леви-Стросс указал на одно опасное заблуждение, которым он считал формулу ложного эволюционизма, «когда различные одновременно существующие состояния человеческих обществ трактуются как разные стадии, или шаги, единого процесса развития, движущегося к одной и той же цели»¹⁶. Такой подход приводит к фундаментальной ошибке в сравнении различных цивилизаций как проходящих определенный единый для всех путь. Напротив, принципиальное различие архаических европейских и так называемых примитивных обществ состоит не в том, что они не развивались, а в том, что история их развития не сопровождалась кумуляцией изобретений, а ориентировалась на сохранение изначальных способов установления связи с природой¹⁷. Развитие человеческого общества не эквивалентно техническому прогрессу, но обязательно включает в себя мировоззренческие аспекты духовного воспитания. В этом смысле справедливость, бесспорно, является наднациональной, внеисторической категорией, однако ее содержание с исторической очевидностью имеет темпоральные, государственные и социокультурные границы.

Выдающийся ученый Фр. фон Хайек, рассматривая соотношение права и справедливости, подверг критике идеологов правового позитивизма, которые ставили знак равенства между законом и справедливостью. Он подводит к мысли об антропоморфности данной категории. «Строго говоря, – писал Фр. фон Хайек, – справедливым или несправедливым можно назвать только поведение человека; в отношении вещей этот термин будет иметь смысл лишь в том случае, если мы считаем кого-то ответственным за сделанное или случившееся»¹⁸.

¹⁶ Цит. по: *Леви-Стросс К.* Первобытное мышление / пер., вступ. ст. и прим. А. Б. Островского. М., 1994. С. 5.

¹⁷ См.: Там же.

¹⁸ Учение позитивистов о том, что законодатель является творцом справедливости, привело, по мнению ученого, к дискредитации самой концепции справедливости (см.: *Хайек Фр. фон.* Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 199, 213–221).

Устойчивость юридического статуса субъекта права обеспечивается соотношением декларированных прав, с одной стороны, и возможностью реализовать эти права – с другой, т.е. обязанностью соответствующих лиц и институтов обеспечить реализацию упомянутых прав. В этом смысле и общество, и государство обязаны быть готовыми к предоставлению декларированных благ как с точки зрения мировоззренческой, так и сугубо практической. Вряд ли древняя Спарта, исполняя волю законодателя Ликурга о полном исключении из оборота золота и серебра, смогла бы оставаться великим государством на протяжении почти 500 лет, если этот правитель не предусмотрел бы соответствующих – демократических – мер, обеспечивших благоденствие своих граждан¹⁹. Без учета конкретных исторических обстоятельств не менее сложно будет также объяснить причины, по которым в русском законодательстве состав такого должностного преступления, как посул (взятка), появился в 1467 г. (в Псковской судной грамоте), а санкция за него была предусмотрена спустя почти 100 лет – в царском Судебнике 1550 г. Если не принимать во внимание сложившуюся в тот период систему кормлений, которая лежала в основе механизма государственного и муниципального управления, всякое объяснение будет узким и неполным.

Подобные обстоятельства общественной жизни находят свое объективное историческое отражение в виде соответствующих норм действующего законодательства и судебной практики. Вместе с тем возникают новые, глубоко дискуссионные вопросы, при решении которых трудно найти всеобщий консенсус, например вопросы смертной казни или эвтаназии. Так, если говорить о последней, то стремительное технологическое развитие поставило перед социумом вопросы, которые вышли за пределы прежних гуманистических норм, существовавших длительное время. Право на жизнь стало толковаться с позиции права на самоопределение ее продолжительности, а справедливость бытия приобрела совершенно иной моральный аспект. Очевидно, что такие вопросы в современном виде прежде перед обществом не возникали, и использовать для их решения существующие нормы так же неприемлемо, как неприемлемо применять законы военного времени в мирный период, и наоборот.

Рецепты и решения, привносимые извне, из юридических культур другого типа и находящиеся на других стадиях развития, могут иметь неблагоприятные последствия. При этих обстоятельствах именно суверенитет власти позволяет обеспечить стабильность развития общества и государства. Государственно-публичные институты выступают в роли соответствующих инструментов в этой работе, выбирая именно те правила справедливого поведения, которые, как пишет Фр. фон Хайек, «служат предотвращению конфликтов и облегчению сотрудничества, устраняя некоторые источники неопределенности»²⁰.

¹⁹ См.: *Плутарх*. Сравнительные жизнеописания. Полное издание в одном томе. М., 2008.

²⁰ *Хайек Фр. фон*. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С. 206–207. Ученый выводит соответствующее толкование концепции «справедливость» как

Именно здесь наиболее актуальна потребность в профессиональной и независимой квалификации предметной деятельности человека, обеспечение которой возложено на суд. Однако независимость суда не означает его независимости от закона, напротив, судебное решение максимально связано требованиями действующего законодательства²¹. В противном случае вынесенное судом решение, вместо того чтобы сохранять упорядоченность существующих правоотношений, может ее разрушить.

Справедливость выносимых судом решений достигается в том числе благодаря юридическому статусу суда как самостоятельного, независимого органа государственной власти, способного не только оценить конкретные нормы и требования действующего национального и международного законодательства, но и достигнуть основной цели судопроизводства в виде поддержания существующего порядка действий. Конституционный Суд РФ отмечал, что конституционный принцип правового государства возлагает на Российскую Федерацию обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина как высшую ценность, что предполагает установление такого правопорядка, который должен гарантировать каждому защиту его прав и свобод со стороны государства. Поэтому «правосудие как важнейший элемент данного правопорядка по самой своей сути является таковым, если обеспечивает справедливое разрешение дела и эффективное восстановление в правах»²².

Судебная власть, правосудие играют определяющую роль в формировании доверия со стороны общества к власти. Поэтому, отмечает В. Д. Зорькин, и в правотворчестве, и в правоприменении «необходимо бережно учитывать и использовать те сохранившиеся в российской социальной ткани неписанные нормы здоровой массовой моральной регулятивности, которые хоть как-то восполняют недостаточную эффективность законодательного правового регулирования»²³.

Изложенные выше примеры и юридически объективированные судебные позиции свидетельствуют о тесной связи правопорядка с господствующей в конкретном обществе и государстве концепцией справедливости. Вероятно, сторонники «открытого общества» найдут множество аргумен-

принципа равного и беспристрастного применения правил: оценка действий в соответствии с правилами, а не с результатами. Вероятно, по аналогии с определением «справедливость», данным Ульпианом: *est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* («постоянная и неизменная воля воздавать каждому свое»).

²¹ Провозглашаемые судом правила «должны заполнять лакуны в совокупности уже принятых правил таким образом, чтобы поддерживать и совершенствовать тот порядок, который оказался возможным благодаря уже принятым правилам»; если же «не удастся вывести решение из признанных правил, оно тем не менее должно быть совместимо с существующей совокупностью правил в том смысле, что должно служить тому же порядку действий» (*Хайек Фр. фон. Указ. соч. С. 118, 134*).

²² Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 15-П // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. 2013. № 6.

²³ Российская Конституция : первые 20 лет : цикл лекций в Государственной Думе. 18 марта – 22 апреля 2013 года. М., 2013. С. 39.

тов против «национализации» справедливости, однако даже самые ярые сторонники его апологеты и авторы (например, К. Поппер²⁴) не отрицают гармонизирующей роли национальной власти в установлении правопорядка в конкретном государстве.

Не следует также забывать об объективных исторических различиях, присущих разным этапам формирования и развития соответствующих государств и их институтов. Положительные примеры самоорганизации законодателя и судов через понимание им существа *nomos* (закон свободы) Фр. фон Хайека в рамках классической идеи децентрализации власти вряд ли смогут объяснить хотя и близкую, но все же иную природу государственной власти Соединенных Штатов Америки, где отцы-основатели не доверяли сильной единоличной власти, поэтому «государственные и общественные институты преднамеренно (были. – С. Х.) задуманы для ослабления или уменьшения влияния государственной власти»²⁵.

В связи с этим отдельного внимания заслуживают выводы американского философа и политического экономиста Ф. Фукуямы, сформулированные им по результатам исследования проблем построения современного сильного государства. В частности, ученый отметил, что в течение нескольких десятков лет ведущей тенденцией в мировой политике было ослабление государственности, уменьшение доли государственного сектора и обращение к рынку или к функциям гражданского общества. Однако рост мировой экономики привел к разрушению автономии суверенных национальных государств за счет возрастания скорости обмена информацией и повышения мобильности капитала. Поэтому, делает заключение исследователь, те, кто выступает за «сумерки государственности», должны прежде объяснить, что именно заменит силу суверенных национальных государств в современном мире: «на самом деле эту пропасть заполнило разношерстное собрание международных организаций, преступных синдикатов, террористических групп и так далее, которые могут обладать в определенной степени властью и легитимностью, но редко тем и другим сразу. За неимением ясного ответа нам остается только вернуться к суверенному национальному государству и снова попытаться понять, как сделать его сильным и успешным»²⁶.

2014. № 2

²⁴ Полемизируя с Платоном и критикуя его идею тоталитарной справедливости как того, что действует «в интересах лучшего государства», К. Поппер указывает на распространенное в обществе и поддерживаемое им понимание государственной справедливости: а) различные ограничения свободы, которые необходимы в общественной жизни; б) равенство перед законом; в) беспристрастность законов по отношению к группам и классам граждан; г) справедливый суд; д) равное распределение преимуществ (см.: *Поппер К.* Открытое общество и его враги. М., 1992. Т. 1 : Чары Платона. С. 126).

²⁵ *Lipset, Seymour Martin.* American Exceptionalism : A Double-Edged Sword. New York, 1995. P. 39. См. также: *Фукуяма Ф.* Сильное государство : управление и мировой порядок в XXI веке : [пер. с англ.]. М., 2006. С. 8.

²⁶ *Фукуяма Ф.* Указ. соч. С. 67. См. также: *Evans, Peter B.* The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization // *World Politics.* 1997. № 50. P. 71.

Безусловно, недопустимо отрицать взаимную зависимость существующих национальных правовых систем и положительную роль имплементации международно-правовых норм. Истории известно множество негативных примеров консервации правовой среды. В этом смысле приоритетом должно стать утверждение системы собственных правовых ценностей, создание и широкая пропаганда общегосударственных идеологических принципов, включающих систему ориентиров для личности, социальных групп и общества в целом в правовых стандартах, правовых оценках, обеспечивающих формирование правовых установок. Благодаря укреплению внутрисистемных связей и обеспечению единства правовой среды, преодоление «разновекторности» развития отдельных ее сегментов, можно будет преодолеть негативное влияние глобализации в политике, экономике, идеологии, культуре, обеспечить гармоничную корреляцию правовой среды с системой государственных интересов, приоритетами и направлениями государственной политики, а имплементация международных норм не будет рассматриваться как посягательство на национальный суверенитет и независимость судебной власти.

Воронежский государственный университет

*Хорунжий С. Н., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и процесса
E-mail: snhor@vsnoblduma.ru
Тел.: 8(473) 277-83-94*

Voronezh State University

*Khorunzhy S. N., Candidate of Legal Sciences, Lecturer of the Civil Law and Process Department
E-mail: snhor@vsnoblduma.ru
Tel.: 8(473) 277-83-94*

О ПРАВОТВОРЧЕСКИХ ПОЛНОМОЧИЯХ
СУДЕБНЫХ ОРГАНОВ

С. В. Васильев

*Национальный университет «Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого» (г. Харьков, Украина)*

Поступила в редакцию 20 февраля 2014 г.

Аннотация: обосновывается существование судебного правотворчества. Определяются место судебного правотворчества в системе правотворчества и анализ его соотношения с другими видами правотворчества, выявляются особенности правового регулирования в данной сфере.

Ключевые слова: правотворчество, суд, судопроизводство, источники права.

Abstract: *the article is devoted research of right for a court on creation of legal norms. An author determines the location of court in creation of law, analyses legal position of court and other public organs on creation of legal norms.*

Key words: *creation of law, court, legal proceeding, sources of law.*

Общепризнано, что правотворчество – это процесс целенаправленного формирования и юридического закрепления государственной воли в источниках права. Правотворчество представляет собой одну из важнейших сторон деятельности государства, имеющую своей непосредственной целью формирование правовых норм, их изменение, отмену или дополнение.

В континентальной правовой системе в отличие от англо-саксонской не принято относить результаты судебного правотворчества к источникам права. Однако нельзя не учитывать, что почти повсеместно признается роль судебной власти в устранении пробелов в правовом регулировании общественных отношений, в наполнении новым смысловым содержанием уже существующих норм права. В настоящее время наблюдается тенденция к сближению различных подходов к роли и месту судебной практики в правотворческом процессе, следствием которого является более лояльное отношение в странах континентальной правовой системы к результатам судебной деятельности как источника права¹.

Кроме того, проводимые в постсоветских государствах преобразования показывают, что назрела необходимость разработки новых подходов к уяснению места судебной практики в системе правотворчества.

По мнению М. Л. Позднякова, несмотря на то что создание правовых норм отнесено к компетенции законодателя, следует признать, что мотором процесса разрастания правовой регламентации является судебная деятельность. Во-первых, в процессе судопроизводства выявляются проблемные места, требующие дополнительной регламентации (пересмотра старой),

¹ См.: Семьянов Е. В. Судебное правотворчество : вопросы общей теории права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 3–4.

т.е. создается мотивация по интенсификации деятельности законодателя. Во-вторых, сами судебные акты моделируют более мелкие нормы, которые не могут быть порождены законодательной механикой, а поэтому являются именно той степенью детализации, которая как раз и необходима для того, чтобы оцифровать реальность (дать имя всему). Местоположением мотора происходящего становления правовой реальности (судебная деятельность) и объясняется то особенное значение, которое в настоящее время отводится судебной процедуре, судебной системе, судейскому статусу. В отсутствие целостной непротиворечивой правовой теории правотворческая деятельность суда всячески игнорируется, что мешает судебному механизму работать на полную мощность, поскольку невозможно выстраивание правовых институтов в соответствии с главной ролью суда – правотворческой.

Главное значение суда как строителя правовой реальности, по мнению М. Л. Позднякова, заключается в его обязанности создавать правовые нормы. Суд, создавая правовые нормы, по сути, заполняет пустоты, что не только не может осознаваться с позиции масштаба «создателей кодифицированных актов», но и не вступает в прямое противоречие с деятельностью законодателя².

Ганс Кельзен в свое время писал, что суды создают право, а именно индивидуальное право, однако они это делают в пределах правового порядка, введенного законодательным органом, или признанием обычая правотворческим фактом. Судебное решение является продолжением, а не началом процесса создания права. Данную индивидуальную норму суд производит не просто так, а применяя такую общую правовую норму, которую считает желанной, справедливой, но которую позитивный законодатель не позабыл принять³.

Е. Б. Абросимова полагает, что суд, осуществляя судебный контроль, приобретает качества органа власти, т.е. субъекта, принимающего решения, юридически обязательные для всех, что является основанием для приобретения судом права на судебное правотворчество⁴.

Аналогичную позицию занимает Н. А. Богданова, предполагающая, что любой орган должен обладать правом на издание в пределах своей компетенции нормативно-правовых актов. Если одна из ветвей государственной власти лишена или ограничена в реализации данного права, то реальное равновесие этих ветвей обеспечено не будет⁵.

Р. З. Лившиц пишет: «Признавая в судебной системе самостоятельную ветвь государственной власти, мы тем самым признаем допустимость при-

² См.: Поздняков М. Л. Эффективность правосудия и судебная система // Актуальные проблемы совершенствования законодательства, правоприменения и правовых теорий России и за рубежом : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (20 ноября 2008 г.) / под общ. ред. В. Л. Кудрявцева. Челябинск, 2008. С. 157–159.

³ См.: Кельзен Ганс. Чисте Правознавство : пробл. справедливості / пер. з нім. О. Мокровольського. Київ, 2004. С. 270.

⁴ См.: Абросимова Е. Б. Суд в системе разделения властей : российская модель. Конституционно-теоретические аспекты : учеб. пособие. М., 2002.

⁵ См.: Богданова Н. А. К вопросу о предмете науки конституционного права // Государство и право на рубеже веков. Конституционное и административное право : материалы Всерос. конф. / отв. ред. Ю. Л. Шульженко. М., 2000. С. 38–44.

нения судами правовых норм. Ведь именно судебные правовые нормы являются типичным средством управления в цивилистическом обществе»⁶.

По справедливому замечанию А. О. Селиванова, судебная система сегодня не может функционировать по-старому, когда к ней предъявляются требования применения верховенства права и справедливости. Если это власть (а мы говорим о судебной власти, а не просто об органах и субъектах правосудия), то она должна быть наделена всеми признаками, которые свидетельствовали бы о том, что власть применяется эффективно, т.е. является самодостаточной⁷.

Указанная позиция поддерживается далеко не всеми юристами. По их мнению, по своей природе суд не должен создавать законы. Право творить нормы, которые являются основным навигационным устройством для судебной власти, имеет только народ в лице парламента, а не судья. Поэтому, как замечает А. Ф. Черданцев, доктрина раздела власти исключает возможность одной власти подменять функции другой⁸. По мнению Г. В. Дроздова, задание какого-либо суда заключается в разрешении индивидуально-определенных споров о праве. Свое решение суд может принять только на основе конкретных обстоятельств конкретного дела. Для суда вопросы права неразрывно связаны с вопросами факта. В отличие от законодателя, который оперирует обобщенными, абстрактными категориями, судьи могут мыслить только конкретно⁹. Аналогичной позиции придерживается и Г. Федоренко: «Каждый судья – это все-таки не творец права, а лицо, которое применяет право в рамках законов»¹⁰.

Как отмечается в литературе, юристы и судьи создают закон, работая с определенными, предоставленными им материалами, которые ограничивают итоговый результат. Если воспользоваться удачной метафорой Карлтона Кемпа Аллена, они «создают» закон в том же смысле, в каком человек, который рубит дерево на поленья, «создает» поленья¹¹.

Мы исходим из следующих позиций. Разрешение конкретной спорной жизненной ситуации дается судом в виде судебного решения, которое постановляется от имени государства и является обязательным к исполнению на всей территории данного государства. То есть решение суда является правилом поведения, обладающим принудительной силой, и в этом смысле оно не отличается от правовой нормы.

В. И. Анишина, исследуя правовую природу актов судебного правосудия, отмечает, что субъекты правоприменительной деятельности на основе логических законов в определенной процедуре проводят процесс

⁶ Лившиц Р. З. Теория права : учебник. М., 1994. С. 109.

⁷ См.: Селиванов А. О. Конституція. Громадянин. Суд. Професійні та сучасні погляди. Київ, 2009. С. 364.

⁸ См.: Черданцев А. Ф. Толкование права и договора : учеб. пособие. М., 2003. С. 296.

⁹ См.: Дроздов Г. В. Правовая природа разъяснений закона высшими органами судебной власти // Сов. государство и право. 1992. № 1. С. 74.

¹⁰ Федоренко Г. Деякі питання законодавчої діяльності (про так званий «поділ праці між законодавцем і суддею») // Право України. 1996. № 6. С. 39.

¹¹ См.: Леони Бруно. Свобода и закон / пер. с англ. В. Кошкина. М., 2008. С. 233.

квалификации, выстраивая для этого силлогизм, где роль большой посылки играет норма, а меньшей – фактические обстоятельства, исследуемые в связи с рассматриваемым делом. Они конкретизируют и детализируют общие нормы, раскрывают содержание оценочных правовых понятий и выработывают правоположения – прообраз полноценной нормы¹².

Таким образом, опережая законодателя, судья в контексте проблемного решения формирует правоположение (правовую позицию). Другой судья, сталкиваясь с тем же вопросом, вполне свободен в своих суждениях и только от него зависит, следовать ли решению первого судьи, его правоположению, даже опубликованному и признанному профессионалами-экспертами эталоном. Одним прецедентом не исключается создание других. Истинная компетентность предполагает наличие у судьи наряду с другими составляющими способности к правотворчеству особого рода в контексте с осуществлением правосудия, осложненного отсутствием нормы-основания искомого акта правоприменения. Таким образом, решение по делу в части юридических мотивов становится феноменом правотворчества и правоприменения (приложения сконструированного судьей правила к правовому диагностированию и определению последствий случая).

Здесь, как замечает Э. М. Мурадян, судебная задача (разрешительная функция) состоит из двух подзадач, решая которые один и тот же субъект (судья или суд в коллегиальном составе) выступает в качестве и правотворца, и правоприменителя¹³. Данную точку зрения поддерживает и С. В. Поленина: «Судебная практика – часть механизма правового регулирования. Он цикличен, начинается с правотворчества (выявление, учет, взвешивание и отражение в законе социальных факторов). За ним наступает этап правореализации и правоприменения, материалы которых в свою очередь дают почву (основание) для нового витка правотворчества. Основная функция в рамках механизма правового регулирования судебной власти правоприменительная. Однако правоприменение смыкается с новым витком правотворчества»¹⁴.

Правотворческая деятельность судов весьма существенно отличается от аналогичной деятельности парламента, и в силу этого она не может ни подменять ее собой, ни тем более дублировать.

В отличие от парламентского правотворчества особенность судейского правотворчества предопределяется тем, что: 1) судебное правотворчество всегда есть побочный продукт акта правосудия; 2) оно «не самостоятельно» в том смысле, что «привязано» к основной функции судебной власти – осуществлению правосудия; 3) оно осуществляется в рамках закона и на основе закона, исходящего от высшей законодательной власти страны; 4) правотворчество суда в значительной мере связано с толкованием (конкретизацией) права и восполнением пробелов в праве; 5) судебные правопо-

¹² См.: *Анишина В. И.* Правовая природа актов судебного правотворчества // Журнал рос. права. 2006. № 10.

¹³ См.: *Мурадян Э. М.* Гражданское судопроизводство // Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 649.

¹⁴ *Поленина С. В.* Судебный прецедент в Российской Федерации – реальность и перспектива // Представительная власть XXI века : законодательство, комментари, проблемы. 2002. № 5/6. С. 47–48.

ложения вырабатываются судьями, как справедливо отмечается в литературе, только на основе «имеющихся норм и правовых принципов, а не своей субъективной воли»¹⁵; 6) эти «правоположения» не должны противоречить существующим и в первую очередь конституционным законам; 7) существуют определенные границы или пределы судейского правотворчества, предусмотренные законом, которые, по мнению некоторых исследователей, представляют собой «стержень доктрины и практики прецедентного права, охватывающей сущность взаимоотношений и компетенцию судебной и законодательной властей, гарантии от узурпации прав последней»¹⁶.

Как отмечает М. Н. Марченко, судейское правотворчество не только не противоречит, а тем более, не подменяет парламентское, а, наоборот, дополняет его и обогащает¹⁷.

Совершенно прав В. М. Жуйков, который утверждает, что в настоящее время суды нередко вынуждены и должны «создавать (творить) право, иначе их деятельность станет не просто неэффективной, а приведет к результатам, противоположным тем, которые от них вправе ожидать общество: они будут не защищать право, а способствовать их нарушениям»¹⁸.

Анализируя проблему правотворческой активности судьи, П. Девлин вводит понятие о двух различных видах правотворчества: активное и динамическое. При этом под активным правотворчеством автор подразумевает такое, которое дает правовую форму тем идеям, которые уже приняты в обществе. Динамическое же правотворчество заключается во внедрении идей, не пользующихся в обществе поддержкой. Это привнесение в общественное согласие чего-то нового, использование права для порождения перемен в согласии.

Судьи не должны заниматься динамическим правотворчеством, поскольку при этом в правовую форму облекается идея, которая не получила еще распространения в обществе, но уже требует распространения. Если при активном правотворчестве от законодателя требуется сочувствие к идее, то в случае динамического правотворчества сочувствия недостаточно, а требуется энтузиазм. «Энтузиазм (в распространении идей) не есть и не должен быть ценным качеством судьи. Ведь энтузиазм всегда означает принятие какой-либо точки зрения, чьей-либо стороны, а это, в свою очередь, означает, что судья утрачивает видимость беспристрастности и, вполне возможно, самую беспристрастность». Но, по мнению П. Девлина, нет никаких причин, по которым судья не мог бы быть хорошим активным правотворцем. Законодатель берет некоторую идею с целью придать ей правовую форму. Для этого ему необходима способность формулировать, а судьи – именно те, кто обладает ею¹⁹.

¹⁵ Ершов Е. Восполнение судом пробелов в трудовом законодательстве // Рос. юстиция. 1993. № 24. С. 19.

¹⁶ Мартынич Е., Колоколова Э. Прецедентное право : от советской идеологии к международной практике // Рос. юстиция. 1994. № 12. С. 22.

¹⁷ См.: Марченко М. Н. Источники права : учеб. пособие. М., 2005. С. 395.

¹⁸ Жуйков В. М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. М., 2000. С. 16.

¹⁹ См.: Devlin P. The judge. Oxford, 1979. P. 182.

Судебное правотворчество имеет следующие особенности: а) его субъектами выступают суды как органы государственной власти, от имени которых действуют судьи, входящие в состав определенного суда; б) оно осуществляется как дополнительная функция суда, так как основным назначением любого суда является рассмотрение правовых споров путем правоприменения, а не создания новых норм путем правотворчества. Именно в этом проявляется «специфичность» правотворческой деятельности судебной власти; в) оно должно быть санкционировано со стороны высшего представительного органа государственной власти определенным образом, как правило, путем издания специального закона.

Интересна в данном аспекте позиция А. В. Цихоцкого, который считает, что целесообразно закрепить в процессуальном законодательстве отдельную формулу (аналогичная норма имеется в законе Израиля «Об основных правах» 1980 г.) следующего содержания: «Статья «Вторичные источники права». Если суд не согласен с нормой закона, регулирующей принятые решения, и не находит никакого ответа ни в позитивном праве, ни в судебной практике вообще, он должен при принятии вердикта исходить из принципов справедливости, свободы, мира в духе национальной традиции». Следовательно, продолжает автор, суд не творит новое право по своему усмотрению, он лишь находит его за пределами позитивного закона и формулирует уже наличное в обществе право²⁰.

Признавая нормативный характер судебных актов, можно выделить их основные признаки: 1) принимаются в процессе осуществления правосудия; 2) нормативное значение имеет не акт судебной власти в целом, а только та его часть (как правило, мотивировочная), где содержится правовая позиция (правоположение); 3) имеют общеобязательный характер, т.е. их действие распространяется не только на стороны в деле, а касаются и других субъектов права; 4) их нормативная сила необходима для обеспечения нужд правосудия при разрешении аналогичных дел и основывается на правовых позициях, которые формируют в процессе применения и толкование норм права во время рассмотрения конкретного дела; 5) обеспечиваются государством через деятельность государственной исполнительной службы; 6) их нормативное содержание устанавливается на основе анализа в судебном заседании юридических фактов и жизненных обстоятельств в контексте применения норм права; 7) зависит от профессионального правосознания судей и уровня развития правовой доктрины; 8) в условиях романо-германской правовой семьи имеют дополнительный характер по отношению к основным источникам права.

В научной правовой литературе обращается внимание на то, что, признавая определенную долю правотворчества в решениях судов, необходимо ограничить их свободу положениями правовой доктрины. Именно правовая доктрина лежит в основе судебных решений, формирующих отличную

²⁰ См.: Цихоцкий А. В. Прецедентное право в механизме обеспечения эффективности правосудия по гражданским делам // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве : материалы Всерос. науч.-практ. конф. (г. Москва, 31 января – 1 февраля 2001 г.). М., 2001. С. 137–152.

от законодательных норм судебную практику, и именно доктрина должна признаваться самостоятельным источником права при анализе правовой природы судебной практики.

С подобными выводами сложно не согласиться. Однако необходимо отметить, что та же самая правовая доктрина лежит и в основе законодательного нормотворчества. Доктрина содержит в себе то, что обобщенно можно назвать основными принципами права, поддерживающими всю систему права. Естественно, ее роль не может быть сведена до уровня простого юридического словаря. Она требует самостоятельной теоретической проработки с учетом усиливающихся в настоящее время тенденций континентальной правовой системы отказаться от признания законодательных актов единственным источником права. Но судебная практика, хотя и опирается на правовую доктрину, тем не менее представляет собой особые результаты корректировки действующих правовых норм судебными органами. С определенной долей условности можно сказать, что «доктрина изменяет само понимание права, тогда как судебная практика изменяет законодательство»²¹.

Таким образом, судебное правотворчество существует как особый вид правотворчества, поскольку положения отдельных актов отвечают всем признакам права: они нормативны, являются формально определенными и гарантированы государством. В то же время судебное правотворчество имеет свою специфику и заключается не в создании правовой нормы, а в создании единообразного подхода к рассмотрению некоторых категорий дел, которое осуществляется посредством правотворческих функций судов. В процессе своей правотворческой деятельности суды принимают официальные акты-документы, которые выражают либо обязательные для последующего разрешения аналогичных дел правила, восполняющие пробелы в позитивном праве, либо интерпретационные нормы права (в виде правовых позиций), а в необходимых случаях также оперативные нормы права.

²¹ Тарасов Д. А. Судебная практика – новый источник права? // Адвокат. 2005. № 4.

УДК 347.4

ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ ПРИНЦИПОВ
ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОГО ПРАВА

А. А. Волос

Саратовская государственная юридическая академия

Поступила в редакцию 10 февраля 2014 г.

Аннотация: рассматривается характеристика принципов обязательственного права. Предлагается перечень отличительных признаков принципов обязательственного права, а также собственное определение исследуемого явления.

Ключевые слова: принципы обязательственного права, обязательство, признаки обязательства.

Abstract: in the article the principles of the law of obligations are characterized. Argued that the issue was little known in the science of civil law. The author proposes a list of the distinguishing features of the principles the law of obligations, as well as its own definition of the phenomenon under investigation.

Key words: principles of the law of obligations, obligation, features of obligation.

В теории права общепризнана классификация принципов на межотраслевые, отраслевые, подотраслевые, принципы институтов, субинститутов. Как верно замечено Ю. Х. Калмыковым, «в гражданском праве подобное разграничение имеет особое значение, так как в этой отрасли права чаще, чем где-либо, встречаются такие структурные подразделения, как подотрасль и субинститут»¹. Например, в цивилистике выделяются основные начала права собственности², наследственного права³, других подотраслей.

Между тем в науке гражданского права недостаточно проанализированы принципы обязательственного права: не определена сущность указанного понятия, не выявлены их отличительные признаки, позволяющие утверждать, что рассматриваемое явление существует как отдельное правовое явление.

В лексическом значении принцип понимается как основное, исходное положение какой-нибудь теории, учения, мировоззрения, теоретической программы⁴. В философии понятие принципа определяется как основа,

¹ Калмыков Ю. Х. Принципы советского гражданского права // Правоведение. 1980. № 3. С. 70.

² См.: Богданов В. Я. Принципы и механизм правового регулирования обязательственных отношений : науч.-метод. пособие. М., 2003. С. 129.

³ См.: Кириллова Е. А. Значение и роль принципов наследственного права // Вестник Пермского ун-та. 2012. № 3. С. 114–124.

⁴ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. М., 1987. С. 515.

первоначало, руководящая идея какой-либо вещи, предмета, процесса, деятельности⁵.

На вопрос, каким должно быть понятие принципов права, в частности принципов гражданского права, нет единого ответа в науке. Например, принципы права понимаются как «основное начало, основная идея, пронизывающая систему норм»⁶; как «исходные, определяющие идеи, положения, установки, которые составляют нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права»⁷; как «идея, то есть мысль как продукт человеческого мышления об общем и наиболее существенном представлении о праве, правовом мировоззрении, о ценности права»⁸.

В. И. Бородянский определил принципы гражданского права как «обусловленные объективными потребностями развития экономических отношений и закрепленные в законодательстве основные начала (идеи), определяющие сущность и содержание гражданско-правового регулирования»⁹.

Принципы гражданского права, по трактовке Е. В. Вавилина, «это основные нормативно-руководящие начала (положения, идеи), которые характеризуют гражданское законодательство, выражают фундаментальные тенденции его развития»¹⁰.

Представляется, что основной смысл понятия «принцип» в том, что это определенная идея, которая является общей для всех норм, регулирующих конкретный вид или род общественных отношений (в зависимости от того, с чем мы имеем дело: принцип отрасли, подотрасли и др.). Подобная трактовка прослеживается практически в каждой дефиниции.

Особенности принципов обязательственного права обусловлены сущностью обязательства. Это относительное гражданско-правовое отношение, в силу которого одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, уплатить деньги и др., либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности (п. 1 ст. 307 Гражданского кодекса Российской Федерации¹¹ (далее – ГК РФ)).

⁵ См.: Матузов Н. И. Принципы права как объект научного исследования (вместо введения) // Принципы российского права : общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Саратов, 2010. С. 11.

⁶ Калмыков Ю. Х. Принципы советского гражданского права // Правоведение. 1980. № 3. С. 70.

⁷ Байтин М. И. О принципах и функциях права // Правоведение. 2000. № 3. С. 4.

⁸ Малеин Н. С. Правовые принципы, нормы и судебная практика // Государство и право. 1996. № 6. С. 12.

⁹ Бородянский В. И. Механизм взаимодействия принципов и норм гражданского права современной России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 7.

¹⁰ Вавилин Е. В. Принципы гражданского права // Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Саратов, 2010. С. 543.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 23.07.2013) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301 ; 2013. № 30 (ч. 1). Ст. 4078.

Представляется правильным следующее положение п. 1.1. главы V «Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации»¹² (далее – Концепция): «Законодательное определение понятия «обязательство» не охватывает некоторых действий сторон, составляющих предмет основных обязательств (например, оказание услуг) и в определенных случаях не позволяет отграничить обязательство от иных относительных правоотношений (реституционных, корпоративных)». Поэтому в проекте федерального закона № 47538-6 предлагается новая дефиниция: «В силу обязательства одно лицо (должник) обязано совершить в пользу другого лица (кредитора) определенное действие, как-то: передать имущество, выполнить работу, **оказать услугу, внести вклад в совместную деятельность** (выделено нами. – А. В.), уплатить деньги и т.п. либо воздержаться от определенного действия, а кредитор имеет право требовать от должника исполнения его обязанности».

Понятие, предлагаемое разработчиками новой редакции ГК РФ, выглядит более удачным и точным. Тем не менее думается, что любая дефиниция должна быть емкой и точной, поэтому в дальнейшем следует воздержаться от расширения термина «обязательство» путем введения в него каких-либо иных видов действий обязанного лица. В противном случае рассматриваемое понятие будет слишком объемным и сложновоспринимаемым.

Дефиниции обязательства, предлагаемые наукой гражданского права, делают акцент на экономической сущности, а также на некоторые иные отличительные признаки обязательств. Так, В. В. Кулаков определил обязательство «как относительное имущественное гражданское правоотношение, цель которого направлена по общему правилу на товарное перемещение имущества, в котором кредитор имеет право требования от должника совершения активного действия по передаче этого имущества»¹³. Г. В. Колодуб, определяя обязательство, делает акцент на динамичности данного правоотношения, т.е. это «относительное, динамичное гражданское правоотношение, содержанием которого становятся процедуры и процессы активной и пассивной деятельности сторон (должника и кредитора), формирующие действительный (формально и фактически) правовой результат»¹⁴.

В научной литературе¹⁵ выделяются следующие отличительные признаки обязательственного правоотношения:

1. Определенность субъектного состава обязательства, т.е. относительность.

¹² Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации : принята Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ Кулаков В. В. Обязательство и осложнения его структуры в гражданском праве России. М., 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Колодуб Г. В. Исполнение гражданско-правовой обязанности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2011. С. 8.

¹⁵ См.: Кулаков В. В. Указ. соч.

2. Динамичность обязательства. Это означает, что в отличие от отношений собственности – отношений принадлежности, статичности – причиной обязательств является постоянное обращение материальных благ, вне которого понятие оборота утратило бы свой смысл.

3. Повелительность содержания обязательства, что означает возможность кредитора требовать (повелевать) соответствующего поведения от должника. Правомочия же собственника создают ему известную свободу личных действий, мера которой юридически фиксируется рамками субъективного права. Реализуя последнее, собственник сам определяет судьбу своего имущества (пользуется им, сдает внаем, отчуждает и т.д.).

4. Целенаправленность обязательства (правовое средство обеспечения удовлетворения интересов кредитора).

5. Конкретизированность содержания обязательства, которая характеризуется тем, что должник в каждом обязательстве должен совершать строго определенное действие или воздерживаться от такого же конкретного действия.

Очевидно, что указанные выше признаки характеризуют всю подотрасль обязательственного права, отличают ее от других подотраслей. Поэтому и принципы обязательственного права будут обладать данными признаками. Причем именно эти признаки будут отличительными чертами принципов обязательственного права, способом разграничения основных начал подотрасли обязательственного права и отрасли гражданского права.

Рассмотрим более подробно, как с помощью указанных выше отличительных признаков выделить принципы обязательственного права.

Принцип свободы договора указан в ст. 1 ГК РФ в качестве одного из основных начал гражданского законодательства. Представляется, что указанный принцип имеет своим действием лишь обязательственное право.

Принцип свободы договора (ст. 421 ГК РФ) предполагает, что стороны свободны в заключении договора, лица могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом, стороны свободны в выборе условий договора. Все указанные выше свойства принципа свободы договора показывают, что данное основное начало может реализовываться лишь в том случае, когда имеет место правоотношение между конкретными лицами, т.е. относительное гражданское отношение. Сложно сказать, что данный принцип находит свое отражение в других подотраслях гражданского права. Подтверждением тому может служить норма п. 2 ст. 1233 ГК РФ, согласно которой к договорам о распоряжении исключительным правом на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, в том числе к договорам об отчуждении исключительного права и к лицензионным (сублицензионным) договорам, применяются общие положения об обязательствах (ст. 307–419) и о договоре (ст. 420–453), поскольку иное не установлено правилами настоящего раздела и не вытекает из содержания или характера исключительного права. Подобная норма применительно к наследственному праву содержится в п. 1 ст. 1165 ГК РФ.

Помимо относительности иные признаки обязательственного правоотношения также находят свое отражение в принципе свободы договора. Очевидно, что указанное начало направлено на развитие динамичности правоотношений, так как именно с помощью договора обеспечивается постоянное обращение материальных благ. Невозможно представить, как свобода договора будет реализовываться в статичных отношениях (например, в вещном праве). Любое применение данного принципа (скажем, переговоры о возможном переходе права собственности) выведет правоотношения из группы статичных в группу динамичных.

Обязательство всегда выражается в совершении строго определенного действия или воздержании от определенного действия (конкретизированность содержания обязательства). Указанный признак присущ и принципам обязательственного права. Сложно представить, что существует свобода заключения договора «вообще». ГК РФ устанавливает свободу заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом, с определенным контрагентом (а с другим отказаться, если иное не запрещено законом), выбрать условия договора. То есть подразумевается свобода заключения конкретного договора с конкретным контрагентом, а также свобода выбора конкретных условий соглашения.

Предположение, что принцип свободы договора находит свое отражение исключительно в договорном праве и поэтому его нельзя назвать основным началом подотрасли обязательственного права, является заблуждением. Во-первых, договорное право в рамках обязательственного права обладает особой значимостью. Во-вторых, некоторые положения, в которых проявляется принцип свободы договора, содержатся в нормах о недоговорных обязательствах. Так, согласно п. 3 ст. 1085 ГК РФ объем и размер возмещения вреда, причитающегося потерпевшему в связи с причинением ему увечья или ином повреждении его здоровья, могут быть увеличены договором. Аналогичная норма предусмотрена п. 3 ст. 1089 ГК РФ. Следовательно, принцип свободы договора – один из принципов обязательственного права.

Таким образом, частными характеристиками принципов обязательственного права, отличающими их от иных основных начал, являются признаки обязательственного правоотношения: относительность, динамичность, повелительность содержания, целенаправленность, конкретизированность. Указанные признаки отличают принципы обязательственного права от иных гражданско-правовых принципов. Кроме того, наличие данных частных характеристик является одним из доказательств того, что основополагающие начала обязательственного права являются самостоятельным звеном в системе принципов права.

К принципам обязательственного права следует отнести такие основные положения и идеи, как:

- 1) принцип свободы договора;
- 2) принцип автономии воли сторон;
- 3) защита слабой стороны в обязательстве;
- 4) принцип стабильности обязательств.

Итак, принципы обязательственного права – это основополагающие, фундаментальные положения, идеи, содержащиеся в нормах права, а также выработанные судебной практикой, которые являются обязательными для всей подотрасли обязательственного права и в которых находят отражение признаки обязательственного правоотношения: относительность, динамичность, повелительность содержания, целенаправленность, конкретизированность.

Саратовская государственная юридическая академия

Волос А. А., аспирант кафедры международного частного права

E-mail: volos_alexey@zakon.ru

Тел.: 8-987-828-50-81

Saratov State Law Academy

Volos A. A., Post-graduate Student of the International Private Law Department

E-mail: volos_alexey@zakon.ru

Tel.: 8-987-828-50-81

УДК 347.965.9

**ПОЛНОМОЧИЯ АДВОКАТА – ПРЕДСТАВИТЕЛЯ
В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ УКРАИНЫ И ИХ ОФОРМЛЕНИЕ**

В. В. Заборовский

Ужгородский национальный университет

Поступила в редакцию 4 января 2014 г.

Аннотация: *проведен анализ оснований участия адвоката в гражданском процессе. Делается вывод, что единственным основанием для осуществления адвокатской деятельности является договор о предоставлении правовой помощи, в то время как другие документы, удостоверяющие полномочия адвоката (доверенность, ордер, поручение органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи) являются лишь документами, которыми могут быть оформлены полномочия адвоката в качестве представителя лица.*

Ключевые слова: *адвокат, полномочия, оформление полномочий представителя, договор о предоставлении правовой помощи, доверенность, ордер, правовая помощь.*

Abstract: *in this paper, an analyzes the reasons a lawyer in a civil proceeding. For real civil procedural status of representative of the person involved in the case, the lawyer must obtain a special personality that he receives from the date of registration of his powers. Based on the analysis concludes that the only basis for the implementation of advocacy is a contract for legal aid, while other documents certifying the authority of attorney (power of attorney, order, commission agency (agencies) authorized by law to provide free legal aid) is the only documents that may be filed by the powers of attorney to represent the face.*

Key words: *attorney, authorities, registration of a representative's authorities, the contract for legal aid, power of attorney, order, warrant legal aid.*

На представителя стороны и третьего лица, в частности адвоката, в гражданском судопроизводстве возложена функция оказания квалифицированной юридической помощи. Такая помощь предоставляется на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката, физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав, свобод и интересов, а также обеспечения их доступа к правосудию. Деятельность по оказанию квалифицированной юридической помощи на различных стадиях гражданского процесса (оформление исковых заявлений, различных ходатайств, участие в судебных заседаниях, подача апелляционных и кассационных жалоб и др.) осуществляется адвокатом в пределах предоставленных ему полномочий. В связи с этим возникает вопрос о порядке их оформления, в основном о возможных процессуальных основаниях их закрепления. Правильное оформление полномочий адвоката является важным элементом, гарантией успеха как подготовительной, так и в дальнейшем всей процессуальной деятельности адвоката.

Проблема определения порядка оформления полномочий представителя в гражданском судопроизводстве была предметом исследований мно-

гих современных ученых. Среди ученых, которые исследовали отдельные аспекты данной проблемы, целесообразно выделить труды Л. Н. Бардина, А. Д. Бойко, Т. В. Варфоломеевой, В. Н. Ивакина, А. Ф. Карманова, С. Ф. Сафулько, А. Д. Святоцкого, К. И. Скловского, Д. В. Фиолевского, П. В. Хотенец и др.

Для раскрытия вопроса о проблемных аспектах оформления полномочий адвоката в гражданском процессе необходимо провести теоретический анализ оснований как для осуществления адвокатской деятельности, так и практических препятствий в их реализации. Кроме того, следует выработать собственное видение оснований участия адвокатов в гражданском процессе.

Представитель в гражданском судопроизводстве, в том числе и адвокат, осуществляет свою деятельность в пределах предоставленных ему полномочий. Актуальным остается вопрос о соотношении терминов «полномочия» и «право» (субъективное право). По нашему мнению, указанные термины не являются тождественными понятиями. Мы согласны с утверждением В. Н. Ивакина, который указывает, что полномочия отличаются от субъективных прав тремя существенными признаками: 1) они представляют собой правовые возможности совершения процессуальных действий не от своего собственного имени, а от имени второго лица; 2) полномочия производны от субъективных прав; 3) возникновение и дальнейшее существование полномочий в качестве представителя лица по общему правилу зависят от воли представляемого лица¹.

Для получения гражданского процессуального статуса представителя лица, участвующего в деле, адвокат должен получить определенную специальную правосубъектность. Так, с момента получения статуса адвоката, он получает только определенную гражданско-процессуальную правоспособность. В данном случае следует отметить, что новый Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»² значительно усложнил процедуру получения статуса адвоката, поскольку предполагает уже сдачу лицом, изъявившим желание стать адвокатом, квалификационного экзамена, получение Свидетельства о сдаче квалификационного экзамена, прохождение стажировки в течение шести месяцев, составление им присяги адвоката, получение Свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью и занесение данных о нем в Единый реестр адвокатов Украины.

Для получения адвокатом реальной гражданско-процессуальной дееспособности, т.е. статуса гражданского процессуального представителя лица, ему необходимо должным образом закрепить полномочия. Получение адвокатом статуса представителя лица в процессе и наделение его процессуальными правами и обязанностями зависит от момента оформления его полномочий. С этого времени адвокат получает уже не только общие права, предоставленные ему законодательством, но и специальные полно-

¹ См.: *Ивакин В.* Полномочия адвоката – представителя в гражданском и арбитражном процессе и их оформление // *Арбитражный и гражданский процесс.* М., 2008. № 1. С. 5–8.

² Об адвокатуре и адвокатской деятельности : закон Украины от 5 июля 2012 г. № 5076 // *Официальный вестник Украины.* 2012. № 62. Ст. 17.

мочия соответствующих процессуальных субъектов (в гражданском процессе – истца, ответчика, третьих лиц).

К сожалению, ни в теории, ни на практике не выработаны единые подходы к принадлежности оформления процессуальных полномочий адвоката. Несмотря на то что в большинстве процессуальных отраслях права достаточно четко прописаны основания и документы, подтверждающие полномочия адвоката, встречаются случаи, когда суды и другие учреждения и организации безосновательно не признают принадлежность оформления полномочий адвоката на основании тех или иных документов. Так, распространены случаи не признания судами статуса адвоката как представителя на основе оформления им своих полномочий согласно доверенности или же, наоборот, требуют дополнительного представления адвокатом доверенности (или ордера) к уже представленному им договору о предоставлении юридических (адвокатских) услуг.

Правоприменительная деятельность других учреждений и организаций никоим образом не отличается от деятельности судов в этих вопросах. В частности, в подавляющем большинстве случаев нотариусы для удостоверения полномочий адвоката в качестве представителя лица требуют от последних предоставления надлежащим образом удостоверенных доверенностей, отказываясь при этом принимать договор о предоставлении юридических (адвокатских) услуг. Следует отметить, что такая деятельность нотариусов прямо противоречит норме ч. 7 ст. 44 Закона Украины «О нотариате»³, в которой отмечается, что нотариусу подается доверенность или иной документ, предоставляющий полномочия представителя. Указанная норма не исходит из необходимости представления адвокатом доверенности, а указывает на возможность представления и других документов, в том числе и договоров о предоставлении адвокатом услуг.

В пределах поставленной задачи проанализируем положения нормативных актов, регулирующих основания для осуществления адвокатской деятельности, и документы, удостоверяющие полномочия адвоката на оказание правовой помощи, в частности в гражданском судопроизводстве. Прежде всего, следует отметить, что рассматриваемый вопрос регулируется уже упоминавшимся Законом Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», в ст. 26 которого указано, что адвокатская деятельность осуществляется на основании договора о предоставлении правовой помощи. В то же время данная статья указывает и на документы, которые удостоверяют полномочия адвоката на оказание правовой помощи, а именно: 1) договор о предоставлении правовой помощи; 2) доверенность; 3) ордер; 4) доверенность органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи.

Однако независимо от того, каким документом будут удостоверяться полномочия адвоката в суде, между адвокатом и клиентом должен быть заключен договор о предоставлении правовой помощи. Необходимо обратить внимание на значительную позитивность данной нормы, поскольку до 15 августа 2012 г., т.е. до вступления в силу указанного Закона, на законо-

³ О нотариате : закон Украины от 2 сентября 1993 г. № 3425 // Ведомости Верховной рады Украины. 1993. № 39. Ст. 383.

дательном уровне не была предусмотрена такая необходимость. Подобная норма содержалась только в ст. 15 предыдущих Правил адвокатской этики (утратили силу в связи с принятием Учредительным Съездом адвокатов Украины 17 ноября 2012 г. новых Правил адвокатской этики)⁴, где указано, что адвокат оказывает правовую помощь согласно действующему законодательству о видах адвокатской деятельности на основании соглашения с клиентом о предоставлении правовой помощи или по назначению лица, производящего дознание, следователя или суда в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законодательством Украины.

Таким образом, единственным основанием для осуществления адвокатской деятельности является договор о предоставлении правовой помощи, в то время как документами, удостоверяющими полномочия адвоката, кроме указанного договора являются и доверенность, и ордер, и поручение органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи.

В указанной ст. 26 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» содержится норма, согласно которой порядок подтверждения полномочия адвоката в том или ином производстве определяется в соответствии с определенным законодательным актом (как правило, процессуального кодекса). Почти все процессуальные кодексы предусматривают достаточно подробный порядок подтверждения полномочий адвоката. Так, ст. 42 Гражданского процессуального кодекса Украины⁵ установлен перечень документов, удостоверяющих полномочия адвоката как представителя, а именно: доверенность физического или юридического лица, ордер (к которому обязательно прилагается извлечение из договора, в котором указываются полномочия адвоката как представителя или ограничения его прав на совершение отдельных процессуальных действий и который должен быть заверен подписями сторон договора), поручения органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи и сам договор. Необходимо отметить, что до вступления в силу Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей»⁶, которым были внесены изменения в указанную ст. 42 Кодекса, физическое лицо могло удостоверить полномочия представителя (в том числе и адвоката) и по устному заявлению, заносившемуся в журнал судебного заседания.

Почти идентичные со ст. 42 Гражданского процессуального кодекса Украины нормы о порядке удостоверения полномочий адвоката на ведение дел в суде закреплены в ст. 58 Кодекса административного судопроизводства Украины⁷, в ст. 28 Хозяйственного процессуального кодекса Украи-

⁴ Правила адвокатской этики : утверждены Учредительным Съездом адвокатов Украины от 17 ноября 2012 г. URL: <http://vkdka.org/pravil-advokatskoji-etiki/> (дата обращения: 04.01.2014).

⁵ Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18 марта 2004 г. // Ведомости Верховной рады Украины. 2004. № 40/42. Ст. 492.

⁶ О судостроительстве и статусе судей : закон Украины от 7 июля 2010 г. № 2453 // Ведомости Верховной рады Украины. 2010. № 44/45. Ст. 529.

⁷ Кодекс административного судопроизводства Украины от 6 июля 2005 г. // Ведомости Верховной рады Украины. 2005. № 35/36. Ст. 446.

ны⁸ и ст. 271 Кодекса Украины об административных правонарушениях. Несколько отличается порядок подтверждения полномочий адвоката в качестве защитника в уголовном судопроизводстве. В ст. 50 Уголовного процессуального кодекса Украины указано, что полномочия защитника подтверждаются ордером, договором с защитником или поручением органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи. Кроме того, полномочия защитника также должны быть подтверждены Свидетельством о праве на занятие адвокатской деятельностью. То есть отличием порядка подтверждения полномочия адвоката в уголовном судопроизводстве от других является отсутствие доверенности в перечне документов, подтверждающих оформление его полномочий и необходимость предъявления Свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью.

Учитывая, что Свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью является документом, который подтверждает наличие у лица статуса адвоката, т.е. наличие определенной специальной гражданско-процессуальной правоспособности, необходимо предусмотреть требование указанного Свидетельства и в других процессуальных кодексах.

Таким образом, документами, которые могут удостоверить права адвоката как представителя лица в гражданском процессе, являются: доверенность физического или юридического лица, ордер (к которому обязательно прилагается извлечение из договора), поручение органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи и сам договор о предоставлении правовой помощи.

Выдача такого документа, как поручение органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи, осуществляется в соответствии с положениями Закона Украины «О бесплатной правовой помощи»⁹. Учитывая, что такая помощь предоставляется в специальном порядке и, как правило, адвокатами, работающими в указанных центрах на постоянной основе по контракту, природа и применение указанного поручения имеют свою специфику и требуют отдельного научного исследования.

Другие три документа, которые могут удостоверить полномочия адвоката как представителя лица в гражданском процессе, а именно доверенность, ордер и договор о предоставлении правовой помощи, могут использоваться адвокатами в общем порядке. Кроме того, до принятия уже указанного Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» каждый из указанных документов использовался адвокатами не только в качестве документа, удостоверяя его полномочия, но и в большинстве случаев был единственным основанием для осуществления адвокатской деятельности. То есть многие адвокаты не заключали договоры о правовой помощи, а осуществляли представительство интересов лица в суде только на основании ордера или доверенности. По нашему мнению, это противо-

⁸ Хозяйственный процессуальный кодекс Украины от 6 ноября 1991 г. // Ведомости Верховной рады Украины. 1992. № 6. Ст. 56.

⁹ О бесплатной правовой помощи : закон Украины от 2 июня 2011 г. № 3460-VI // Ведомости Верховной рады Украины. 2011. № 51. Ст. 577.

речило правовой природе гражданского процессуального представительства. В данном случае необходимо согласиться с утверждением Л. Н. Бардина, который указывает, что «адвокат, заключая гражданско-правовой договор со своим клиентом, выступает как субъект гражданского права. В силу этой причины указанные отношения адвоката с его клиентом в таких случаях должны оформляться путем использования гражданско-правовых конструкций. Договор об оказании адвокатом юридической помощи имеет гражданско-правовую природу, и соответственно, ГК РФ является важной составляющей правовой основы адвокатской деятельности»¹⁰.

Каждый из указанных документов имеет свои особенности. В связи с этим мы не будем раскрывать правовую природу каждого из них, а постараемся выяснить преимущества и недостатки в случае их использования в качестве элемента, удостоверяющего полномочия адвоката на предоставление правовой помощи в суде.

Так, в соответствии со ст. 42 Гражданского процессуального кодекса Украины *доверенность* физического лица должна быть удостоверена нотариально или должностным лицом организации, в которой доверитель работает, учится, находится на службе, стационарном лечении или по решению суда, или по месту его жительства. В то время как доверенность от имени юридического лица выдается за подписью должностного лица, уполномоченного на это законом, уставом или положением, с приложением печати юридического лица.

При издании доверенности от имени юридического лица во всех процессуальных кодексах предусмотрен почти идентичный порядок их удостоверения. Несколько отличается порядок выдачи доверенности от имени физического лица. По сравнению с другими процессуальными кодексами (административным, хозяйственным), где предусмотрена процедура удостоверения доверенности только нотариусом или должностным лицом, которому в соответствии с законом предоставлено право удостоверять доверенности, гражданское процессуальное законодательство предусматривает и другие возможные случаи удостоверения доверенности, а именно должностным лицом организации, в которой доверитель работает, учится, находится на службе, стационарном лечении или по решению суда, или по месту его жительства.

Однако на практике почти все доверенности от имени физического лица заверяются нотариально. Это свидетельствует об определенном недостатке использования доверенности в качестве документа, который осуществляет оформление его полномочия в качестве представителя лица, поскольку дополнительная процедура удостоверения доверенности влечет за собой дополнительные затраты сил и средств. Еще одним недостатком указанного документа является то, что его использование фактически приравнивает адвокатов к юристам, занимающимся частной практикой, в соответствии с гражданским процессуальным законодательством представителем может быть любое физическое лицо, достигшее 18-летнего возраста и имеющее гражданскую процессуальную дееспособность. Удостоверение полномочий

¹⁰ О недостатках Закона об адвокатской деятельности и адвокатуре по вопросу о правовых основаниях оказания адвокатом юридической помощи / Л. Н. Бардин [и др.] // Адвокатская практика. М., 2003. № 4. С. 2–5.

такого лица происходит путем выдачи ему доверенности, а при удостоверении полномочий адвоката с помощью такой же доверенности достаточно распространены случаи отсутствия упоминания в ней информации о наличии статуса адвоката у представителя.

Об определенном недостатке доверенности в данном случае отмечает и Д. Дрейзина: «...сравнивая понятия доверенности и институт представительства, можно сделать вывод, что доверенность не порождает обязанностей между клиентом и доверенным лицом, а отражает доверительные отношения между лицами»¹¹. Следует полностью согласиться с указанным утверждением автора, а поэтому отношения между клиентом и адвокатом должны быть урегулированы договором об адвокатской деятельности, а доверенность может быть только документом, удостоверяющим полномочия адвоката на предоставление правовой помощи в суде. Такую же позицию занимает и Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности».

Другим документом, который может удостоверить полномочия адвоката как представителя в гражданском процессе, является ордер. В соответствии с положениями Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» (ст. 26) ордер – письменный документ, удостоверяющий полномочия адвоката на предоставление правовой помощи в случаях, установленных этим и другими законами Украины. Ордер может выдаваться не только адвокатскими бюро или адвокатским объединением, но и адвокатом, занимающимся адвокатской практикой индивидуально, т.е. на основе самозанятости. Следует отметить, что Решением Совета адвокатов Украины от 17 декабря 2012 г. № 36 было утверждено «Положение об ордере адвоката и порядок ведения реестра ордеров»¹², которым закреплялась не только типовая форма ордера (и требования к нему), но и порядок его использования. Ордер как инструмент удостоверения полномочий адвоката представителя имеет определенные положительные черты в сравнении с другими указанными документами. Так, В. В. Волошин обращает внимание на такие функции ордера, которые можно рассматривать как преимущества ордера, а именно:

- упрощение доступа адвоката к ведению дел;
- экономия времени адвоката и клиента;
- сохранение адвокатской тайны;
- экономия средств клиента;
- повышение авторитета и уважения к статусу адвоката¹³.

Кроме положительных черт адвокатский ордер имеет и свои недостатки. В процессуальных законодательствах предусмотрен порядок, по которому

¹¹ Дрейзина Д. В. Некоторые вопросы участия адвоката в гражданском процессе // Вестник Хмельницкого ин-та регионального управления и права. 2002. № 2. URL: <http://univer.km.ua/visnyk/115.pdf> (дата обращения: 04.01.2014).

¹² Положение об ордере адвоката и порядок ведения реестра ордеров : утверждено Решением Совета адвокатов Украины от 17 декабря 2012 г. № 36. URL: <http://www.unba.org.ua/pidvishchennya/> (дата обращения: 04.01.2014).

¹³ См.: Волошин В. В. Насущные проблемы адвоката. Ордер адвоката Украины // Журнал Академии адвокатуры Украины. 2011. № 4 (13). URL : <http://archive.nbuv.gov.ua/e-journals/Chaau/2011-4/11vvvoau.pdf> (дата обращения: 04.01.2014).

адвокату для подтверждения своих полномочий кроме ордера необходимо подать и извлечение из договора о предоставлении правовой помощи. То есть ордер можно расценивать лишь как доказательство того, что между клиентом и адвокатом достигнута договоренность о предоставлении правовой помощи на основе указанного договора. К недостаткам ордера можно отнести то, что в нем не указывается объем полномочий адвоката как представителя лица, хотя в юридической литературе имеются утверждения ученых, которые указывают на такую возможность. Так, по мнению Р. Лисицына определить такой объем полномочий можно путем перечисления указанных полномочий на обратной стороне ордера и дополнительного заверения такого волеизъявления подписью клиента¹⁴. Мы не согласны с указанным мнением автора, поскольку такие действия, с одной стороны, противоречат самой сути ордера, а с другой – практически происходит его приравнение к самому договору о предоставлении правовой помощи.

Следующим документом, удостоверяющим полномочия адвоката на ведение дел лица в суде, является договор о предоставлении правовой помощи. Особенность указанного документа в том, что он не только удостоверяет полномочия адвоката в суде, но и является единственным основанием осуществления адвокатской деятельности. Законом Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» закреплено определение указанного договора, по которому договор об оказании правовой помощи – договоренность, по которой одна сторона (адвокат, адвокатское бюро, адвокатское объединение) обязуется осуществить защиту, представительство или предоставить другие виды правовой помощи другой стороне (клиенту) на условиях и в порядке, определенных договором, а клиент обязуется оплатить предоставление правовой помощи и фактические расходы, необходимые для выполнения договора.

Данным Законом установлены требования относительно формы и содержания указанного договора о правовой помощи. По общему правилу указанный договор должен заключаться в письменной форме. Из этого правила Законом предусмотрено только два исключения, когда договор может заключаться в устной форме, а именно:

1. Предоставление устных и письменных консультаций, разъяснений по правовым вопросам с последующей записью об этом в журнале и вручением клиенту документа, подтверждающего оплату гонорара (вознаграждения).

2. Если клиент безотлагательно требует предоставления правовой помощи, а заключение письменного договора в конкретных обстоятельствах невозможно – с последующим заключением договора в письменной форме в течение трех дней, а если для этого существуют объективные препятствия – в ближайший возможный срок.

Правилами адвокатской этики предусмотрен и третий случай возможности заключения такого договора в устной форме, когда правовая помощь оказывается бесплатно (п. 1 ст. 16 Правил).

Заключение договора осуществляется по волеизъявлению клиента и адвоката и не требует дополнительного засвидетельствования других лиц,

¹⁴ См.: Лисицын Р. Для чего адвокату ордер? // Рос. юстиция. 2003. № 8. С. 30.

что не только облегчает процедуру допуска адвоката к тому или иному делу, но и является залогом экономии времени и средств клиента.

Основным недостатком использования договора о предоставлении правовой помощи в качестве документа, удостоверяющего его полномочия в суде, является то, что он в некоторых случаях может привести к разглашению адвокатской тайны, содержащейся в его положениях. С позиций о невозможности применения указанного договора для оформления полномочий представителя выходит и российский законодатель, который в ст. 53 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹⁵ не предусматривает возможности его использования в качестве основания оформления полномочий адвоката в суде.

Итак, проанализировав предусмотренные гражданским процессуальным законодательством документы, которые могут удостоверить полномочия адвоката в качестве представителя лица, участвующего в деле, можно прийти к выводу, что каждый из них имеет как положительные, так и отрицательные черты. По нашему мнению, одним из основных положительных аспектов Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» является закрепление в ст. 26 положения, согласно которому любая адвокатская деятельность должна осуществляться только на основании договора о правовой помощи. Данный договор, в случае если ни клиент, ни адвокат не ставят себе целью соблюдение адвокатской тайны, которая может содержаться в условиях такого договора, должен быть основным и единственным документом, удостоверяющим полномочия адвоката как представителя лица в суде. Если же в договоре содержатся условия об обстоятельствах, составляющих адвокатскую тайну, то такой договор может быть только основанием для предоставления правовой помощи, а документом, удостоверяющим его полномочия в суде, может быть или ордер, или доверенность, которые выдаются на основании заключенного между адвокатом и клиентом договора.

¹⁵ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532.

Ужгородский национальный университет

Заборовский В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права, адвокат, секретарь Ужгородского отделения Ассоциации цивилистов Украины

E-mail: zaborovskyviktor@rambler.ru

Тел.: +3-805-096-199-19

Uzhgorod National University

Zaborovskiy V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law Department, Advocate, Uzhgorod Branch Secretary of the Association of Ukrainian Civilists

E-mail: zaborovskyviktor@rambler.ru

Tel.: +3-805-096-199-19

СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ СЕМЕЙНЫХ ПРАВ

О. Ю. Ситкова

Саратовская государственная юридическая академия

Поступила в редакцию 18 марта 2014 г.

Аннотация: статья посвящена проблемам реализации механизма защиты в семейном праве. Исследуются санкции правовых норм, содержащие меры защиты. Анализируется судебная практика по делам, затрагивающим интересы несовершеннолетних. Делаются предложения по внесению изменений в отечественное законодательство, которые заключаются в закреплении перечня способов защиты семейных прав.

Ключевые слова: санкции, ответственность, меры защиты, способы защиты, семейные правоотношения.

Abstract: the article is devoted to the problems of the mechanism of protection in family law. Explored the sanctions of legal norms containing measures of protection. Analyzed the judicial practice on issues concerning the protection of the rights of minors. The author made proposals for including changes to the national legislation, which is to secure a list of ways to protect family rights.

Key words: sanctions, responsibility, protection measures, ways of protection, family relationship.

Защита семейных прав осуществляется в порядке, предусмотренном законом, т.е. посредством применения надлежащей формы и способов защиты. При этом используются нормы как семейного, так и иного отраслевого законодательства, что говорит о важности данной сферы общественных отношений и необходимости высокого уровня охраны прав и законных интересов участников. М. В. Антокольская, рассматривая семейное право в качестве подотрасли гражданского права, полагает, что практически все способы защиты гражданских прав, указанные в ст. 12 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), пригодны для защиты семейных прав¹. Л. М. Пчелинцева предлагает также классифицировать способы защиты семейных прав по аналогии с гражданским правом². Л. Ю. Михеева указывает, что нормы семейного законодательства следует рассматривать как специальные по отношению к нормам гражданского законодательства, а в силу этого не могут быть признаны достаточными для полноценного урегулирования семейных отношений³.

Полагаем, что в связи с различным содержанием семейных и гражданских отношений, различными целями их существования, преимущественно неимущественным характером семейных правоотношений, применение тех

¹ См.: Антокольская М. В. Семейное право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. С. 98.

² См.: Пчелинцева Л. М. Семейное право России : учеб. для вузов. 4-е изд., перераб. М., 2006. С. 81.

³ См.: Михеева Л. Ю. Развитие кодификации российского семейного законодательства // Кодификация российского частного права / под ред. Д. А. Медведева. М., 1995. С. 843.

способов, которые предусматривает ГК РФ, недопустимо, хотя сходство предмета и метода правового регулирования позволяет использовать некоторые из способов с определенной корректировкой для защиты субъективных прав применительно к семейным отношениям.

Семейный кодекс РФ (далее – СК РФ) не содержит общего перечня способов защиты. У правоприменителя есть два варианта: воспользоваться тем или иным способом, указанным в соответствующей норме СК РФ, либо применить ст. 12 ГК РФ, что не всегда является оправданным и возможным.

Семейное законодательство располагает следующим набором способов защиты: признание права, ограничение права, восстановление нарушенного права, пресечение действий, нарушающих субъективные права и нормы объективного права; принуждение к исполнению обязанности, не исполненной добровольно; прекращение или изменение правоотношений, а также их аннулирование; компенсация материального и морального вреда; взыскание неустойки. Перечень указанных способов определен спецификой защищаемого права и характером нарушения⁴.

В качестве первого способа защиты в ст. 12 ГК РФ обозначено признание права. Относительно семейных отношений следует заметить, что, как правило, суды используют данный способ для подтверждения уже существующего субъективного права с целью устранения спорности или с целью предотвращения возможных споров в будущем⁵. Ученые в качестве норм, закрепляющих данный способ, указывают ст. 30, 38, 39, 48–50, 66, 67 СК РФ. Признание права используется законодателем при решении вопроса о праве собственности супругов, при признании права на воспитание и содержание и т.д.

З. В. Ромовская, говоря о признании в семейном праве как о способе защиты семейных прав называет среди прочего признание отцовства и признание невозможности совместной жизни. Признание невозможности совместной жизни судом, по мнению автора, свидетельствует о признании за гражданами права на развод⁶.

В случае установления отцовства речь идет не о признании права, а о признании факта. Предусмотрен особый порядок рассмотрения вопроса в данном случае. Представляется, что факт установления отцовства (материнства) никак не влияет на уровень защиты прав субъектов семейного права. Другое дело, что установление отцовства может повлечь за собой определенные правовые последствия, например возможность взыскания алиментов с отца ребенка в силу юридического подтверждения факта отцовства. Но здесь имеет место уже иной способ защиты – восстановление нарушенного права на содержание.

Что касается признания невозможности совместной жизни супругов, то с подобными вопросами суд сталкивается всегда при рассмотрении споров. Суд всегда что-то устанавливает и признает. Это касается, в частности, и вопросов установления усыновления. Суд должен установить, что усыновление отвечает интересам ребенка, а это означает признание за усыновителем права быть усыновителем. Таким образом, следуя логике З. В. Ромовской,

⁴ См.: Пчелинцева Л. М. Указ. соч. С. 80.

⁵ См.: Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов, 1985. С. 49.

⁶ См.: Там же. С. 66–83.

установление, что требование истца отвечает интересам ребенка при рассмотрении споров, связанных с детьми, следует также отнести к признанию права на усыновление. Ведь в случае с разводом, признание факта, что супруги не могут совместно проживать, рассматривается в качестве признания права на развод.

Современное законодательство, устанавливающее полную свободу развода, позволяет сделать вывод о том, что субъективное право на расторжение брака появляется у супругов в момент заключения брака, объективно существует всегда, охраняется и гарантируется законом в силу ст. 16 СК РФ. Соответственно перед судом не стоит задача в признании данного субъективного права. О его существовании у супругов свидетельствует и ст. 17 СК РФ, которая вводит ограничение в праве мужа требовать расторжения брака.

Термин «признание права» в семейном праве применяется, по указанию З. В. Ромовской, в случае необходимости подтверждения субъективно существующего права, но требующего подтверждения в соответствующих инстанциях. Прежде всего, данный способ используется при разделе общего имущества супругов. К признанию права некоторые ученые относят и презумпцию отцовства, презумпцию общности имущества супругов и др. Не можем согласиться с таким мнением. Презумпция предполагает принятие неких фактов, определенного положения вещей за истину, пока не доказано иное. Признание права, в свою очередь, рассматривается в качестве способа защиты, т.е. меры государственного воздействия, которая применяется в случае нарушения или угрозы нарушения права. Наличие презумпции в праве указывает на наличие у лица субъективного права и служит тому, чтобы освободить лицо от доказывания его наличия. То есть презумпция лежит в основе юридического подтверждения существования субъективного права, но признанием права не является. Сама по себе презумпция в семейном праве не является санкцией. Однако представляется, что она является частью регулятивного отношения, в то время как санкция существует в рамках охранительного правоотношения.

Таким образом, признание права применяется в случае, когда некое право, входящее в объем правоспособности гражданина, участника семейных правоотношений, нуждается в признании его в качестве субъективного права.

То же можно сказать и о презумпции равенства долей при разделе общего имущества супругов. Рассуждая подобным образом, можно прийти к выводу, что в каждой норме, которая так или иначе регулирует отношения, содержится указание на признание права. Например, ст. 35 СК РФ устанавливает порядок осуществления прав в отношении общего имущества супругов. То есть признается право супругов на распоряжение, владение, пользование имуществом? Безусловно, эта норма устанавливает права супругов по поводу пользования имуществом и направлена на защиту интересов членов семьи и семьи в целом, но говорить о том, что это мера защиты, не представляется возможным. В литературе указывается, что меры защиты могут содержаться в диспозиции правовой нормы⁷. Место мер защиты в санкциях правовых норм диспозиция указывает на возможное и должное поведение субъектов,

⁷ См.: Крахалев Д. Н. Соотношение мер защиты и мер ответственности в гражданском праве России : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2003. С. 9.

т.е. на правомерное поведение, допускаемое законодателем. В силу этого полагаем, что содержание диспозиции норм семейного права нельзя считать мерами защиты.

Некоторые ученые нормами признания права называют только п. 2 и 3 ст. 48 СК РФ, но не называют п. 1 указанной статьи, который устанавливает порядок установления происхождения ребенка от матери⁸. В результате установления факта отцовства защищается право ребенка знать своих родителей, право отца воспитывать своего ребенка и др. Возникает вопрос: почему то же самое не относится к матери? Тем более что в практике встречаются случаи, когда мать обращается в суд с заявлением об установлении материнства. Так, Ставропольским краевым судом было рассмотрено дело об установлении материнства в отношении троих детей в возрасте от 5 до 13 лет. Никто не сомневался в материнстве заявительницы, однако сама мать не оформила в медицинских учреждениях справки о рождении детей. Более того, по каким-то причинам дети были записаны на другую фамилию. У двух последних детей не было даже свидетельства о рождении. В результате фактическая мать не имела юридического отношения к своим детям⁹.

Полагаем, что такой способ защиты, как признание права, является некой предпосылкой для разрешения другого спора о праве. Например, при решении вопроса о возврате ребенка родителям в соответствии со ст. 68 СК РФ необходимо установить право родителей требовать ребенка, т.е. признать их право на защиту своих родительских прав.

Представляется, что в результате применения любой меры защиты суд, вынося решение, признает некое имущественное или неимущественное право субъекта. Поэтому все способы защиты можно было бы свести лишь к одному – признанию права: признание права на алименты, признание права на воспитание, признание права на общение и др. Полагаем, что при решении любого вопроса суд выносит решение исходя из того, имеет ли некое лицо субъективное право или нет, делает вывод об обоснованности исковых требований.

Следующий способ, указанный в ст. 12 ГК РФ, – восстановление положения, существовавшего до нарушения права. К данному способу можно отнести следующие меры защиты: восстановление в родительских правах, отмена ограничения родительских прав, восстановление брака в случае явки супруга, предусмотренного ст. 26 СК РФ. Помимо этого о восстановлении права можно говорить в случае устройства ребенка, оставшегося без попечения родителей, в семью.

Таким образом, можно выделить две категории дел о восстановлении права. К первой категории относятся вопросы, когда право не нарушено, но суд ограничивает или лишает по каким-либо причинам того или иного субъективного права участника семейных правоотношений в интересах и с целью защиты прав другого субъекта. При устранении этих причин право субъекта может быть восстановлено. Например, восстановление в родительских правах родителей, ограниченных в правах, по причинам, не зависящим

⁸ См.: Душкина Е. А. Проблемы защиты семейных прав по семейному законодательству РФ : дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2006. С. 49.

⁹ См.: Куликов В. В суд подан иск о подтверждении материнства // Рос. газета. № 5940 (267). URL: <http://www.to-1.ru/sudebnaja-praktika/8249/> (дата обращения: 20.05.2013).

от последних. Ко второй категории дел относятся вопросы о восстановлении нарушенного права, причем нарушено оно действиями или бездействием других субъектов. Так, при устройстве ребенка, оставшегося без попечения родителей, восстанавливается его право жить и воспитываться в семье. Это право было нарушено его родителями в результате их противоправных действий.

Относительно нечастое обращение в суды с исками о восстановлении родительских прав дает основание сделать вывод о законности и обоснованности судебных решений о лишении родительских прав и предположить, что большинство родителей, лишенных родительских прав, к сожалению, на путь исправления не становятся¹⁰. При этом следует заметить, что с такими исками граждане обращаются, однако суды не находят оснований для восстановления родительских прав.

Например, Усть-Донецким районным судом Ростовской области было рассмотрено исковое заявление Р. к Усть-Донецкому детскому дому о восстановлении в родительских правах и возврате ребенка. В ходе рассмотрения спора несовершеннолетний, опрошенный судом, пояснил, что его мать в настоящее время изменила свое поведение, больше не употребляет спиртных напитков, устроилась на работу, приезжает к нему в детский дом, привозит подарки. В связи с этим он полагает, что ему будет лучше с матерью, чем в детском доме. Однако судом было принято решение об отказе в удовлетворении исковых требований, так как обстоятельствами дела подтверждено, что фактически мать ребенка на путь исправления не встала, курс лечения от алкоголизма не прошла, продолжает употреблять спиртные напитки, поэтому в интересах несовершеннолетнего разрешение вопроса о восстановлении истца в родительских правах является преждевременным¹¹.

Л. М. Пчелинцева относит к восстановлению права положения ст. 30 СК РФ. Не вполне понятно, о восстановлении какого субъективного права идет речь в данной норме. Вероятно, автор исходил из того, что ст. 30 СК РФ восстанавливает то положение, которое существовало до заключения брака, признанного теперь недействительным. Следовательно, наступление последствий признания брака недействительным должно привести к восстановлению прав. Однако представляется, что на восстановление права и положения, существовавшего до их нарушения, направлена ст. 27, устанавливающая возможность признания брака недействительным. Статья 30, судя по ее названию, является лишь последствием применения данной меры защиты. К тому же первичным в этом случае является не восстановление положения, а аннулирование правоотношения, в результате которого происходит восстановление права. Исходя из этого нельзя отнести норму ст. 27 и 30 СК РФ к такому способу защиты, как восстановление права.

Признание недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления как способ защиты в семейном праве применяется в отношении защиты прав несовершеннолетних, так как органы опеки и попечительства выступают гарантом осуществления и защиты их прав. Дан-

¹⁰ Обзор практики разрешения судами споров, связанных с воспитанием детей : утв. Президиумом Верховного Суда Рос. Федерации 20 июля 2011 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: Там же.

ный способ не предусмотрен нормами СК РФ и используется при защите не столько семейных, сколько гражданских и жилищных прав участников семейных правоотношений, в частности детей. Так, Нефтеюганским городским судом Ханты-Мансийского автономного округа – Югры Тюменской области рассмотрел гражданское дело по иску Е., действующей в интересах своей несовершеннолетней дочери к администрации города Нефтеюганска о признании недействительным постановления администрации города Нефтеюганска об отказе в выдаче предварительного разрешения органа опеки и попечительства на продажу долей в уставном капитале ООО. Е. в удовлетворении иска было отказано¹².

Принуждение к исполнению обязанности, неисполненной добровольно, в семейном праве сводится к исполнению обязанности по содержанию, т.е. принуждению к уплате алиментов. Данный тезис выдвигается по той причине, что принудить исполнить в той или иной мере эффективно можно только имущественные обязанности. Представляется, что принуждение к исполнению неимущественных обязанностей, например обязанности воспитывать детей или строить семейные отношения на чувствах взаимной любви и уважения, бессмысленно. Если мать не желает видеться с ребенком, ведет асоциальный образ жизни, закон не может принудить ее общаться со своими детьми в целях обеспечения права ребенка на общение с родителями. Наоборот, закон лишает ее такого права в интересах ребенка. Таким образом, в случае неисполнения неимущественных обязанностей необходимо прибегать к другим способам защиты.

Одним из самых распространенных способов защиты в семейном праве является пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу нарушения. Пресечение действий может использоваться в совокупности с другими способами защиты, а также выступать в качестве самостоятельного способа защиты. Например, в случае лишения родительских прав происходит прекращение правоотношений между родителями и детьми. Одновременно с этим, если лишение родительских прав происходит по причине жестокого обращения с детьми, то мера в виде лишения права направлена на пресечение данных действий. Соответственно в данном случае происходит пресечение противоправных действий. Как известно, для лишения родительских прав достаточно лишь одного из оснований, указанных в ст. 69 СК РФ. По некоторым основаниям лишение права имеет целью исключительно пресечение действий, нарушающих права и интересы ребенка.

В 2003 г. Преображенским межмуниципальным судом города Москвы было рассмотрено дело о лишении родительских прав гражданки Е. в отношении ее несовершеннолетних детей – дочери Т. и сына Е.

В ходе судебного разбирательства было установлено, что отцы детей неизвестны, сама Е. проживает в трехкомнатной квартире, одну из комнат занимает совместно со своим «другом» Л. и малолетней дочерью (9 месяцев) Т. Во второй комнате проживает ее несовершеннолетний сын Е. и отец ответчика, дедушка детей. Третья комната квартиры, в которой проживают четыре человека, сдается внаем. Основанием для обращения представителя органов

¹² Архив Нефтеюганского городского суда Ханты-Мансийского автономного округа – Югры Тюменской области. Дело № 2-296/2012. URL: <http://actoscope.com/yfo/yugra/uganskgor-hmao/gr/1/o-priznanii-nedyaystvitelnym-p21022012-3375357/> (дата обращения: 20.05.2013).

опеки и попечительства в суд послужило заявление с места учебы (школы) несовершеннолетнего Е., который не посещает учебное заведение около трех лет. Ответчик в судебное заседание не явилась.

В заключении органов опеки и попечительства районной Управы «Гольяново» указано, что при проведении акта обследования жилищных условий ответчика Е. находилась в состоянии сильного алкогольного опьянения, дети грязные и неухоженные. Сын ответчика Е. проживает в комнате с бабушкой (отцом ответчика), который состоит на учете в ПНД, неоднократно помещался в стационарные психиатрические лечебные учреждения. Малолетняя дочь ответчика Т. своего спального места не имеет, спит на полу.

Допрошенные в ходе судебного заседания свидетели (соседи ответчика) показали, что в квартиру ответчика неоднократно вызывались работники милиции по причине дебошей, которые устраивает ответчик, дети всегда голодные и неухоженные, ответчик нигде не работает, живет за счет сдачи квартиры внаем. Кроме того, свидетели подтвердили, что сын ответчика около трех лет не посещает школу, мать неоднократно оскорбляла преподавателей школы, которые приходили к ней в квартиру с целью определения причины непосещения ребенком школы, требовала от них «оставить сына в покое». Несовершеннолетний Е. неоднократно задерживался за кражи, состоит на учете в комиссии по делам несовершеннолетних. Прокурор иск поддержал. Суд принял решение о лишении ответчика родительских прав¹³.

В качестве самостоятельного способа пресечение используется в случае применения ст. 77 СК РФ. Отобрание ребенка производится при непосредственной угрозе жизни и здоровью ребенка, является оперативной мерой, которая направлена на пресечение действий, нарушающих права ребенка.

Отмечается, что органы опеки и попечительства редко прибегают к отобранию ребенка в административном порядке. Так, органами опеки и попечительства Киржачского района Владимирской области без судебного решения отобран в 2008 г. один ребенок; в 2009 г. – двое детей; за три квартала 2010 г. – двое детей. Это происходит потому, что есть опасения, что родители обжалуют в суд их действия как неправомерные. Родители ссылаются на ст. 63 СК РФ и утверждают, что отобрание ребенка без судебного решения нарушает их права и идет вразрез с принципом судебной защиты нарушенных прав¹⁴.

К тому же, на первый взгляд, такое положение СК РФ противоречит положениям п. 1 ст. 9 Конвенции ООН о правах ребенка, который устанавливает, что «разлучение ребенка со своими родителями вопреки их желанию, за исключением случаев, когда компетентные органы согласно судебному решению определяют в соответствии с применяемым законом и процедурами, что такое разлучение необходимо в наилучших интересах ребенка», недопустимо. Представляется, что введение административного порядка процедуры отобрания ребенка направлено, безусловно, на защиту прав и инте-

¹³ Лишение родительских прав : примеры судебных дел с комментариями (по материалам судебной практики О. В. Ермолова). URL: <http://f-disput.narod.ru/lish1.html> (дата обращения: 21.05.2013).

¹⁴ См.: *Вавильченкова Г. И.* Отобрание ребенка у родителей без судебного решения. URL: http://kirzhachsky.wld.sudrf.ru/modules.php?name=press_dep&op=4&did=36 (дата обращения: 23.05.2013).

ресов детей. К данной мере обращаются в случае, когда требуется оперативное вмешательство, поэтому административные органы наделяются такими широкими полномочиями. Очевидно также, что данная мера применяется в исключительных случаях, когда ждать решения суда нет времени.

Помимо этого ст. 77 СК РФ не обязывает, а лишь наделяет правом органы опеки и попечительства применить указанную меру защиты. Полагаем, что в данном случае органы опеки и попечительства обязаны изъять ребенка из опасной среды, но только в случае объективной убежденности в том, что эта среда действительно опасна настолько, что произвести отобрание необходимо.

Следующий способ защиты семейных прав – прекращение, изменение и аннулирование правоотношения – предусмотрен нормами, регулирующими отношения по поводу брачного договора, соглашения об уплате алиментов, договора о передаче ребенка на воспитание в семью, при прекращении алиментных обязательств, при отмене усыновления.

Вопрос об аннулировании правоотношения является спорным в науке семейного права. Так, ряд ученых высказывается о том, что брак, признанный недействительным, юридически существовал, а следовательно, права и обязанности из него возникли. Согласно другой позиции, незаконное заключение брака никаких правовых последствий не порождает¹⁵. Отечественное законодательство по данному вопросу устанавливает, что брак, признанный судом недействительным, не порождает прав и обязанностей супругов (п. 1 ст. 30 СК РФ).

В Кодексе о браке и семье 1968 г. была предусмотрена норма и об аннулировании усыновления, однако она не была перенята СК РФ. В связи с изъятием из СК РФ статьи о признании усыновления недействительным обращение усыновителей с просьбой об отмене усыновления при нарушении их прав производится в порядке надзора или в кассационном порядке, предусмотренным гражданско-процессуальным законодательством¹⁶.

Суд в кассационном порядке отменяет решение суда первой инстанции, если на момент вынесения решения имелись основания для признания усыновления недействительным. В этом случае считается, что правоотношений по усыновлению не возникало никогда.

Закон устанавливает сроки для подачи жалобы в кассационную инстанцию в течение десяти дней, в порядке надзора – в течение одного года. Соответственно, если одна из сторон или заинтересованные лица обнаружили нарушение своих прав позднее этих сроков, то они не смогут обжаловать решение суда первой инстанции об установлении усыновления.

Анализируя положения Кодекса о браке и семье можно сделать вывод, что отличия в правовых последствиях между отменой и признанием усыновления недействительным в целом схожи. Главное различие состоит в том, что в случае отмены усыновления могут быть взысканы алименты с усыновителей. Следует отметить, что незаконный акт не может привести к возникновению

¹⁵ См., например: *Ворожейкин Е. М.* Семейные правоотношения в СССР. М., С. 76–77; *Маслов В. Ф., Подопригора З. А., Пушкин А. А.* Действующее законодательство о браке и семье. Харьков, 1974. С. 111.

¹⁶ См.: Комментарий к Семейному кодексу РФ / под ред. И. М. Кузнецовой. М., 2000. С. 399, 401.

правоотношения, в силу этого с момента «возникновения» правоотношения до его аннулирования между участниками возникают «квазиотношения», которые отличаются от нормальных правоотношений своей незаконностью, но по содержанию они могут и не отличаться от правовых.

Однако значительны отличия в основаниях применения данных мер. С требованием о признании усыновления недееспособным гражданином могут обратиться только в случае, если решение об усыновлении было основано на подложных документах или когда усыновителем являлось лицо, лишенное родительских прав либо признанное в установленном законом порядке недееспособным или ограниченно дееспособным, а также при фиктивности усыновления (ст. 112 КоБС РСФСР). Действующий СК РФ предусматривает несколько оснований для обращения с иском об отмене усыновления. Во-первых, усыновление может быть отменено в случае, когда это вызвано определенным поведением усыновителей. В частности, если усыновители уклоняются от выполнения своих обязанностей по отношению к усыновленному или злоупотребляют им (например, в случае обнаружения жестокого обращения с детьми). Во-вторых, усыновление может быть отменено по причинам, не зависящим от усыновителя. Это происходит, если усыновитель перенес тяжелое заболевание, в результате которого приобрел инвалидность, что не позволяет ему исполнять возложенные на него обязанности, или если усыновителю и усыновленному не удается найти общий язык. В таком случае усыновление теряет смысл, так как не достигается его основная цель. Однако отмену усыновления по такому основанию следует приравнять к отказу от ребенка биологических родителей. Следует заметить, что родители могут отказаться от ребенка до момента установления правовой связи между ними, т.е. до момента регистрации факта рождения ребенка в органах ЗАГС, а отказаться от усыновленного ребенка родители могут в любой момент.

На наш взгляд, к отмене усыновления по такому основанию можно прибегать только в крайнем случае. Следует до установления усыновления выяснить, возможно ли установление контакта между ребенком и усыновителем или нет. Для этого и должен быть установлен срок адаптации ребенка в семье усыновителя, прежде чем будет вынесено окончательное решение об усыновлении. Необходимо проводить консультации усыновителей педагогами и психологами, для того чтобы помочь им в установлении контакта с ребенком. В случае же отмены по такому основанию суд должен в обязательном порядке взыскивать алименты с несостоявшихся усыновителей.

Возникает вопрос, что аннулируется в результате применения данного способа защиты – актовая запись или правоотношение? З. В. Ромовская высказывает мнение, согласно которому суд, обнаружив нарушение правовых норм, признает незаконным и аннулирует акт, которым является актовая запись в книге актов гражданского состояния¹⁷.

Представляется более близкой позиция А. М. Рабец, по мнению которой в результате признания брака недееспособным аннулируется актовая запись о браке¹⁸. То есть недееспособным признается брак, а не актовая запись. Суд, аннулируя то или иное правоотношение, прекращает его существо-

¹⁷ См.: Ромовская З. В. Указ. соч. С. 140.

¹⁸ См.: Рабец А. М. Алиментные отношения между супругами. Томск, 1974. С. 15.

вание, о чем должна быть произведена запись в соответствующих документах. Ведь усыновление считается произведенным с момента вступления в силу решения суда, а не с момента произведения записи в органах ЗАГС. Таким образом, аннулирование записи о произведенном усыновлении не прекращает существование усыновления. Запись в книге записи актов гражданского состояния является вспомогательным инструментом для оформления правоотношения.

В случае отмены усыновления в связи с виновным поведением усыновителей прекращение правоотношения следует рассматривать в качестве меры ответственности. В случае же отмены усыновления при невиновном поведении усыновителей отмена усыновления выступает в качестве меры защиты. Полагаем, что правовые последствия применения данного способа защиты по разным основаниям должны повлечь за собой и различные правовые последствия.

Представляется необходимым введение в СК РФ нормы, которая устанавливала бы перечень возможных способов защиты семейных прав. Анализ норм СК РФ позволил сделать вывод о том, что положения ст. 12 ГК РФ не могут быть применены при регулировании семейных правоотношений в силу специфического характера семейных отношений и целей правового регулирования. Перечень способов защиты, применение которых возможно в семейном праве, может выглядеть следующим образом:

- признание права или факта;
- установление правоотношений;
- принудительное выполнение добровольно не выполненной обязанности;
- изменение, прекращение и аннулирование правоотношения;
- пресечение действий, нарушающих семейные права;
- восстановление правоотношения;
- возмещение материального и морального вреда;
- признание незаконными решений и действий (бездействия) государственного органа или органа местного самоуправления.

Саратовская государственная юридическая академия

Ситкова О. Ю., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и международного частного права

E-mail: olga.sitkova@mail.ru

Тел.: 8 (452) 299-140

Saratov State Law Academy

Sitkova O. Yu., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil and International Private Law Department

E-mail: olga.sitkova@mail.ru

Tel.: 8 (452) 299-140

УДК 342.92.

НОВЕЛЛЫ И ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ
СОВРЕМЕННОГО ЭТАПА РАЗВИТИЯ
ИНСТИТУТА АДМИНИСТРАТИВНОГО АРЕСТА
(НА ПРИМЕРЕ АНАЛИЗА СТАТЕЙ 5.35, 6.8, 6.9 КОАП РФ)

С. Н. Махина

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 18 марта 2014 г.

Аннотация: исследуются актуальные вопросы нормативной основы и правоприменительной практики административного ареста, рассматриваются аспекты целесообразности применения этой меры административного наказания в установленных КоАП РФ случаях.

Ключевые слова: административные наказания, административная ответственность, административный арест, нормативное регулирование.

Abstract: this article explores current issues of a regulatory framework and practice of administrative arrest to consider aspects of the appropriateness of this administrative penalties in cases established by the Code of the Russian Federation about administrative offences.

Key words: administrative penalties, administrative responsibility, administrative arrest, legal regulation.

Государственное принуждение в любом из его проявлений всегда направлено на ограничение или лишение граждан определенных прав и свобод, которые провозглашаются и гарантируются Конституцией Российской Федерации и российским законодательством. Данное положение, безусловно, объективно, поскольку именно в этом состоит смысл и содержание государственного принуждения как базового метода государственно-управленческого воздействия. Кроме того, очевиден и тот факт, что наибольшие ограничения прав, свобод и законных интересов граждан сопровождают процесс реализации административно-наказательных мер принудительного управления.

В соответствии со ст. 3.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹ административное наказание является установленной государством мерой ответственности за совершение административного правонарушения и применяется в целях предупреждения совершения новых правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами. Административное наказание не может иметь своей целью унижение человеческого достоинства физического лица, совершившего административное правонарушение, или причинение ему физических страданий, а также нанесение вреда деловой репутации юридического лица.

¹ См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ с изм. и доп. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 04.02.2014).

В связи с данными нормативными установлениями становится очевидным, что эффективность административной ответственности, которая выражается в наиболее полной реализации целей административного наказания, может быть достигнута лишь при условии неукоснительного соблюдения прав человека и гражданина в процессе привлечения к административной ответственности. Здесь же следует отметить, что необходимость обеспечения прав человека в процессе реализации административно-правовых санкций должна оставаться приоритетной на всех его стадиях, т.е. с момента возбуждения дела об административном правонарушении и до окончания исполнения постановления о назначении административного наказания. Думается, что именно эти цели преследовал законодатель, формируя более развернутую нормативную базу, регулиующую вопросы реализации самой строгой меры административного наказания – административного ареста².

Однако в юридической литературе высказывается мнение о нелогичности и необоснованности применения административного ареста в качестве меры административного наказания. Так, А. В. Кирин справедливо обосновывает необходимость исключения административного ареста из системы административных наказательных мер. Он указывает, что административный арест, традиционно граничащий с мерами уголовной ответственности, по своему негативному воздействию на человеческую психику, а также причиняемым моральным и физическим страданиям развивает тенденцию «криминализации» административной ответственности³. Причем это происходит на фоне растущей с каждым годом степени ужесточения других видов административных наказаний.

Мы разделяем приведенную точку зрения и считаем целесообразным отказ от административного ареста и его замену иными санкциями, которые:

- во-первых, более качественно отражают смысл административной ответственности, ее специфику;
- во-вторых, позволяют реально декриминализовать наказательное воздействие государства;
- в-третьих, позволяют более эффективно распределять материальные, финансовые и организационные ресурсы, поскольку не связаны (в отличие от административного ареста) с затратами государственного бюджета (такими как штраф, обязательные работы).

Кроме того, объем возможностей реализации административного ареста несколько противоречиво согласуется с положением п. 2 ст. 3.9 КоАП РФ, определяющим, что административный арест устанавливается и назначается лишь в **исключительных случаях** за **отдельные** виды административных правонарушений. То есть данное положение предположительно можно истолковать так, что в специфических, причем немногочисленных (!), случаях никакие другие санкции, кроме ареста, не могут достичь целей административного наказания. Однако анализ норм КоАП РФ показыва-

² О порядке отбывания административного ареста : федер. закон от 26 апреля 2013 г. № 67-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 17. Ст. 2034.

³ См.: Кирин А. В. Противоречия концептуально-правового статуса ареста как административного наказания // Административное право и процесс. 2011. № 9. С. 32–33.

ет, что таких исключительных случаев много, и никакие иные санкции не могут быть применены как альтернатива административному аресту.

Попробуем в этом разобраться и проанализируем составы, которые имеют санкцию в виде административного ареста.

1. **Статья 5.35. Неисполнение родителями или иными законными представителями несовершеннолетних обязанностей по содержанию и воспитанию несовершеннолетних** в п. 2 предусматривает наложение административного штрафа в размере от двух до трех тысяч рублей, а за повторность (п. 3) – наложение административного штрафа в размере от четырех до пяти тысяч рублей или *административный арест* на срок до пяти суток. Несмотря на то что применение данной статьи разъяснено Методическими рекомендациями⁴, вопросы о том, при каких условиях должен реализовываться арест и какие цели в данном случае должно достигать применение административного ареста, остались не решенными. На наш взгляд, очень трудно выявить логическую и рациональную составляющую – поскольку арест в данном случае применяется к родителям или иным законным представителям несовершеннолетних, то возникает сразу множество вопросов:

– к кому применять арест, если родителей или представителей двое: к одному из них (возникает вопрос, к которому из них?) или сразу к обоим;

– как в этот период будут существовать несовершеннолетние, если у лиц (близких родственников), общению которых с несовершеннолетними препятствовало и т.п., нет возможности обеспечить проживание несовершеннолетних с ними на период административного ареста родителей или представителей;

– ребенок на период ареста родителей или законных представителей может находиться в специальном детском учреждении, возникает вопрос, кто в данном случае наказывается;

2014. № 2

– отрыв несовершеннолетнего от родителей или представителей, т.е. тех людей, с которыми он привык жить, может нанести ребенку психологическую травму, физический дискомфорт, поэтому опять же требуется серьезно поразмыслить о том, кто будет претерпевать негативные последствия арестного наказания – только ли лица, к которым оно применено или еще и несовершеннолетний?

118

Это лишь некоторые вопросы. Тем не менее они заставляют задуматься о целесообразности реализации такой санкции, как административный арест в данном случае. Кроме того, «исключительность» как критерий, указанный КоАП РФ, тоже весьма сомнительно подходит к рассматриваемому составу, поскольку и правоприменительная, и судебная практика (причем не только российская, но и зарубежная) «знают» множество случаев:

лишения родителями или законными представителями несовершеннолетних права на общение с родителями или близкими родственниками; намеренного сокрытия места нахождения детей;

⁴ Методические рекомендации о порядке применения частей 2 и 3 статьи 5.35 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях : утв. ФССП РФ 29 сентября 2011 г. № 04-15 // Бюллетень Федеральной службы судебных приставов. 2011. № 11.

неисполнения судебного решения о порядке осуществления родительских прав;

иных видов воспрепятствования осуществлению родителями прав на воспитание, образование детей и на защиту их прав и интересов и др.⁵

Однако все эти сложности, как справедливо отмечают специалисты в области семейного права, должны решаться не столько карательными нормами, сколько усовершенствованием механизма разрешения споров между родителями, законными представителями, близкими родственниками в отношении несовершеннолетних. Например, Л. Ю. Михеева отмечает, что любое предложение о «криминализации» поведения родителей должно рассматриваться **лишь после того, как в семейном и гражданском процессуальном законодательстве будет наведен порядок с судебными процедурами** решения семейных споров. Такие процедуры должны применяться во всех без исключения случаях раздельного проживания родителя и ребенка⁶.

Представляется, что КоАП РФ при применении административного ареста должен руководствоваться принципом приоритета интересов несовершеннолетнего. Поэтому к родителям и законным представителям, даже в случаях нарушения ими установленных правил, должны применяться лишь такие формы наказания, которые не могут ухудшить положение связанных с ними несовершеннолетних лиц. В противном случае получается искажение правозащитной функции наказания, так как приоритет отдается интересам родителя или близких родственников, проживающих отдельно от ребенка, и чьи права и интересы нарушены, но не интересам самого ребенка. Такой перекося в правовом регулировании представляется недопустимым.

2. **Статья 6.8. Незаконный оборот наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов и незаконные приобретение, хранение, перевозка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества** также предусматривает применение административного ареста:

– применительно к гражданам Российской Федерации как альтернативу административному штрафу;

– применительно к иностранным гражданам и лицам без гражданства – вместе с административным штрафом или административным выдворением за пределы Российской Федерации.

Говорить о том, что незаконный оборот наркотических средств и веществ в современный период может рассматриваться как нечто исключительное, невозможно. Еще более сложно представить, что удерживание лица до

⁵ См., например: *Нечаева А. М.* Семейное право : актуальные проблемы теории и практики. М., 2007.

⁶ См.: *Михеева Л. Ю.* О реформах семейного законодательства : законотворчество и здравый смысл // Семейное право на рубеже XX–XXI веков : к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка : материалы Междунар. науч.-практ. конф. / отв. ред. О. Н. Низамиева. М., 2011.

15 суток в специальном месте (камерах специальных приемников)⁷ может способствовать осознанию и перевоспитанию лиц, осуществляющих (вовлеченных) в незаконный оборот обозначенных средств. Представляется, что помимо материальной «невыгодности» для государства и налогоплательщиков арест в данном случае не способствует и достижению целей административного наказания.

К. М. Кожевников приводит интересные данные – в период месячника в Нижегородской области в 2013 г. было возбуждено 1680 дел об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 6.8, 6.9, 12.8, 14.1, 14.15, 19.3, 20.21 КоАП РФ, по которым подвергнуто административному аресту 908 лиц, что в 3 раза больше среднемесячного значения прошлого года⁸. И далее он отмечает два принципиально важных момента:

– категория граждан, привлекаемых к административной ответственности за правонарушения в сфере незаконного оборота наркотиков, отличается финансовой нестабильностью, в связи с этим в большинстве случаев административные штрафы не уплачиваются;

– применение административного ареста к наркоправонарушителям обеспечивает реализацию принципа неотвратимости административной ответственности и одновременно позволяет вырвать наркозависимых из обычно окружающей их антисоциальной обстановки, предупредить совершение новых преступлений и правонарушений, заставляет задуматься о проблеме, в том числе о нежелании постоянно подвергаться административному принуждению.

Что касается штрафных санкций, то нестабильность их исполнения, несомненно, высока. Однако действенность наказания «рублем» неопровержима. Полагаем целесообразным увеличить верхний предел установленного штрафа, особенно для иностранных граждан, поскольку для них «потеря» пяти тысяч рублей (ст. 6.8 КоАП РФ) часто не является ощутимой.

В случае же неуплаты административного штрафа представляется более правильным применять к нарушителям обязательные работы, так как такая санкция, с одной стороны, может реально способствовать целям перевоспитания, а с другой – будет «сберегать» материальные ресурсы государства. Более того, можно со значительной долей уверенности утверждать, что в случаях повторности новые объемы обязательных работ будут хорошими стимулами для прекращения данных незаконных деяний. То есть важной целью административной ответственности в данном случае видится создание таких условий для нарушителя, при которых он будет вынужден «оторваться» от незаконной деятельности на длительный (более 15 суток) срок, это в полной мере может обеспечить 200 часов обязательных работ (даже по четыре часа в день – это не менее 50 дней) и сделать потребление наркотиков крайне неудобным в обществе. Именно такой подход, а не 15-суточное ограничение свободы (с питанием и отдыхом) будет способствовать формированию более устойчивого

⁷ Об утверждении Положения о порядке отбывания административного ареста : постановление Правительства РФ от 2 октября 2002 г. № 726 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 40. Ст. 3937.

⁸ См.: Кожевников К. М. Борьба с наркотиками : взаимодействие институтов гражданского общества и органов власти // Законность. 2013. № 8. С. 8–12.

нежелания постоянно подвергаться административному принуждению в результате противоправного поведения, обозначенного ст. 6.8 КоАП РФ.

Еще одна (причем более эффективная) альтернатива административному аресту видится в прямо противоположном воздействии – установлении дополнительной возможности освобождения от административной ответственности. Считаем, что из-за высокой степени вовлекаемости лиц в незаконный оборот наркотических средств, равно как и в процесс личного потребления, необходимо начать активную работу по разработке механизмов освобождения от административной ответственности не только в связи с решением лица добровольно сдать приобретенные без цели сбыта наркотические средства, психотропные вещества, их аналоги или растения либо их части, содержащие наркотические средства или психотропные вещества, но и в связи с решением добровольно пройти курс медицинского лечения. Считаем важным дополнить такой возможностью примечание к ст. 6.8 КоАП РФ (по аналогии с примечанием к ст. 6.9. КоАП РФ) и в каждом случае предлагать доставленному зависимому наркопотребителю освобождение от наказания в случае добровольного лечения⁹, которое должно подтверждаться заключением соответствующих лечебных учреждений.

Что касается иностранных граждан и лиц без гражданства, то процесс применения к ним административного ареста становится достаточно сложной процедурой, напоминающей процедуры привлечения к ответственности уголовной (например, приглашение переводчика, перевод всех материалов дела, в том числе заключений экспертов и специалистов, и др.).

Кроме того, Глобальная комиссия по наркотической политике, в состав которой в том числе входят бывшие и действующие высокопоставленные представители ООН, в июне 2011 г. рекомендовала странам экспериментировать с правовым регулированием некоторых видов наркотиков, допустимых к возможной легализации, в целях борьбы с наркотрафиком¹⁰. В результате определенные виды и объемы легких наркотических веществ получили свою легализацию во многих странах мира, например таких, как Австралия, Аргентина, Бельгия, Великобритания, Германия, Канада, Мексика, Нидерланды, США, Чехия, Швейцария, Люксембург, Испания, Португалия, Ямайка. Следовательно, очевидное несоответствие правовых систем по данному вопросу в определенных случаях ставит иностранных граждан перед выбором: либо нести ответственность по российскому законодательству за деяние, которое в своей стране не рассматривается как правонарушение, либо перед пересечением территории Российской Федерации заняться изучением постановления Правительства РФ № 681¹¹.

⁹ Некоторые аспекты данного предложения уже затрагивались специалистами (см., например: *Зайцев С. П.* Консолидация усилий ответственных за реализацию государственной антинаркотической политики структур и населения // *Законность*. 2013. № 8. С. 3–7).

¹⁰ См.: Страны, в которых легализованы наркотики. Справка РИА Новости. URL: <http://ria.ru/spravka/20110603/383694171.html#ixzz2vZU8LEJZ>

¹¹ Об утверждении перечня наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации : постановление Правительства РФ от 30 июня 1998 г. № 681 // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 18.12.2013).

Бесспорно, если иностранное лицо пребывает на территории другого государства, оно должно нести ответственность по внутринациональным нормам этого государства. Но применительно к рассматриваемому составу считаем вполне достаточным применение таких санкций, как административный штраф или административный штраф и административное выдворение в сочетании.

3. Статья 6.9. Потребление наркотических средств или (психотропных веществ без назначения врача также предусматривает различные санкции для граждан Российской Федерации (административный штраф или административный арест на срок до 15 суток) и для иностранных граждан и лиц без гражданства (административный штраф с административным выдворением за пределы Российской Федерации либо административный арест на срок до 15 суток с административным выдворением за пределы Российской Федерации).

Говорить об уникальности и исключительности этого деяния также не представляется возможным. К сожалению, в последнее время оно носит массовый характер, что является одной из важнейших причин рассогласованности норм КоАП РФ о принципах и применении административного ареста. В связи с этим интересно привести мнение правоведов-специалистов в области уголовной ответственности. Так, обобщая точки зрения многих ученых, Д. А. Газизов отмечает, что, без всякого сомнения, общественно опасны факты употребления наркотических средств без назначения врача (ответственность предусмотрена ст. 6.9, ч. 3 ст. 20.20 КоАП РФ), поскольку они угрожают жизни и здоровью населения. Однако широкая распространенность этих явлений препятствует их криминализации, поскольку в противном случае привлекать к уголовной ответственности, к сожалению, пришлось бы большинство населения¹². Профессор Н. Ф. Кузнецова обосновывает, что «если то или иное менее тяжкое преступление имеет относительно массовый характер, было бы необоснованным социально-криминологически объявлять его уголовно наказуемым. Для пресечения таких правонарушений вполне достаточно предписаний и запретов других отраслей права – административного»¹³. Развивая эту мысль, отметим, что и в праве административном массовый характер деяния делает невозможным применение тех мер административного наказания, которые должны применяться лишь в исключительных случаях.

В подтверждение массового характера данного вида правонарушений приведем данные статистики (таблица)¹⁴.

Поскольку рассматриваемый состав лежит в той же плоскости, что и состав, указанный в ст. 6.8 КоАП РФ, то и аргументация против применения в данном случае наказания в виде административного ареста будет

¹² См.: Газизов Д. А. Понятие административного правонарушения в сфере оборота наркотических средств // Административное право и процесс. 2012. № 9. С. 11–16.

¹³ См., например: Кузнецова Н. Ф. Избранные труды / предисл. В. Н. Кудрявцева. СПб., 2003. С. 428.

¹⁴ См. подробнее: Федоров А. В. Наркокриминология как одно из направлений криминологии // Наркоконтроль. 2013. № 1. С. 4–27.

*Привлечение к административной ответственности
за правонарушения, связанные с наркотиками,
в Российской Федерации в 2008–2011 гг.*

Год	Всего рассмотрено дел о правонарушениях по числу лиц	Всего лиц, подвергнутых наказанию
По ст. 6.9 КоАП РФ		
2008	96 851	90 205
2009	97 714	90 752
2010	97 506	91 129
2011	101 451	94 312

во многом созвучна. Однако здесь важно обозначить критерий разграничения правонарушителей, который в определенных случаях делает применение административного ареста вообще антигуманной, противоречащей принципам юридической ответственности в правовом государстве мерой принудительного воздействия. Данный критерий – наркотическая зависимость правонарушителя. Очевидно, что те нарушители, которые страдают наркотической зависимостью просто не в состоянии отбыть административный арест в силу физиологических и психологических личностных деформаций. Кроме того, наркозависимые нарушители могут и не выразить *добровольного* желания обратиться за медицинской помощью в целях освобождения от наказания.

Что же касается иностранных граждан или лиц без гражданства, не проживающих постоянно на территории Российской Федерации, то обоснование неприменения к ним административного ареста приводится в анализе ст. 6.8 КоАП РФ.

Таким образом, всё сказанное выше представляется серьезным поводом для пересмотра вопроса о видах административных наказаний за правонарушение, предусмотренное ст. 6.9 КоАП РФ, и отказа от применения в данном случае административного ареста.

Воронежский государственный университет

*Махина С. Н., доктор юридических наук, профессор кафедры административного и муниципального права
E-mail: svetlana_mahina@mail.ru
Тел.: 8 (473) 291-03-05*

Voronezh State University

*Makhina S. N., Doctor of Legal Sciences,
Professor of the Administrative and Municipal Law Department
E-mail: svetlana_mahina@mail.ru
Tel.: 8 (473) 291-03-05*

**ФОРМИРОВАНИЕ ВОЕННОЙ ПОЛИЦИИ
В ВООРУЖЕННЫХ СИЛАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ И ПЕРСПЕКТИВЫ**

С. П. Матвеев

Воронежский институт МВД России

Поступила в редакцию 5 февраля 2014 г.

Аннотация: *рассматривается зарубежный опыт создания и функционирования военной полиции, ее задачи и функции в различных государствах. Анализируются проблемы становления военной полиции в Вооруженных силах Российской Федерации.*

Ключевые слова: *военная полиция, государство, задачи, функции, полицейская деятельность.*

Abstract: *the article considers the international experience of creation and functioning of the military police, its tasks and functions in different countries. Analyzed are the problems of formation of the military police in the Armed Forces of the Russian Federation.*

Key words: *military police, state, tasks, functions, policing.*

Перманентный процесс совершенствования российского государственного аппарата непосредственным образом связан с разработкой и реализацией концепции дальнейшего развития правоохранительных органов. Как отмечается в научной литературе, «именно исполнительная власть в большей мере требует улучшения качества организации и функционирования»¹. В связи с этим в предшествующие годы как в рамках научных изысканий, так и на уровне законотворческой инициативы вносились предложения о создании новых правоохранительных органов, таких как таможенная полиция² финансовая полиция³, военная полиция. В настоящее время наиболее близкой к реализации оказалась идея создания военной полиции в России. Так, в 2011 г. в структуре Министерства обороны Российской Федерации было учреждено Главное управление военной полиции. Образованию нового государственного правоохранительного органа предшествовала большая и сложная аналитическая работа, включающая, обобщение мирового опыта формирования института военной полиции, ее функционирования в различных государствах.

В современном мире военная полиция создана и действует в целом ряде зарубежных государств. Несмотря на сходность задач и функций военной полиции в зарубежных государствах, организация, принципы действия указанных подразделений имеют, тем не менее, национальные особенности.

¹ *Старилов Ю. Н.* Административная юстиция в России в 2012 году : начало нового этапа дискуссии и реализации конституционной правовой нормы об административном судопроизводстве // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2012. № 2 (13). С. 130.

² См.: *Бельский К. С.* Полицейское право. М., 2004. С. 388.

³ URL: <http://www.opentown.org/news/5134/> (дата обращения: 21.02.2014).

Во Франции полицейские функции осуществляются Национальной полицией и жандармерией. Национальная полиция предназначена для поддержания общественного порядка, обеспечения безопасности населения и противодействия преступности. Данный правоохранительный орган находится в подчинении Министерства внутренних дел Франции и по своим функциям аналогичен российской полиции.

Французская жандармерия представляет собой военизированное формирование, структурно относящееся к Министерству обороны, однако в оперативном плане подчиненное также Министерству внутренних дел. Первоначально созданная как личная охрана короля (*gens d'armes* – вооруженная свита), жандармерия в современной Франции – это один из видов вооруженных сил государства, осуществляющий защиту населения от преступных посягательств, обеспечивающий конституционный порядок. Одной из функций французской жандармерии является выполнение полицейской деятельности в вооруженных силах. Этим занимается так называемая «мобильная жандармерия». Деятельность жандармерии контролируется также Министерством юстиции, прокуратурой. Жандармерия во Франции – это один из старейших институтов национальной правоохранительной системы, имеющий свою историю и традиции в области обеспечения общественного порядка и безопасности.

В Италии так же, как и во Франции, полицейские функции осуществляются двумя правоохранительными институтами: Государственной полицией и организацией, подобной французским жандармам – Корпусом карабинеров. Государственная полиция подчиняется Министерству внутренних дел и функционирует в городах. «Questura» – так называется городское полицейское управление в итальянских городах, – это государственный исполнительный орган в сфере обеспечения общественного порядка и безопасности, а также противодействия преступности. Корпус карабинеров был сформирован в Италии в XIX в. для поддержания общественной безопасности, т.е. выполнения полицейских функций. В современной Италии Корпус карабинеров является частью вооруженных сил государства и вследствие этого подчиняется Министерству обороны. Кроме того, карабинеры выполняют функции полиции общественной безопасности, взаимодействуя с Государственной полицией и находясь при этом под юрисдикцией Министерства внутренних дел Италии. Поскольку Корпус карабинеров – это, прежде всего, военная организация, вопросы поддержания правопорядка в войсках, отнесены к ее компетенции. Корпус карабинеров осуществляет оперативно-розыскные мероприятия, связанные с противодействием преступности в среде военнослужащих, обеспечивающие порядок и дисциплину в войсках.

Федеративная Республика Германия имеет также подразделения военной полиции, которая формируется как один из родов войск бундесвера. Организационное построение формирований военной полиции в Федеративной Республике Германии замыкается на дивизионном уровне, возглавляемом командованием дивизий бундесвера, при этом общегосударственных органов управления данным ведомством не существует.

Сотрудник германской военной полиции – «Feldjäger» (фельдъегерь) по своему положению является государственным служащим с особым правовым статусом. Военная полиция осуществляет полицейскую деятельность не только применительно к военнослужащим Германии, но и к военнослужа-

щим иностранных армий, дислоцированных на территории страны. К числу функций военной полиции относятся: охрана военных объектов и воинского имущества, обеспечение правопорядка в войсках и поддержание военной дисциплины, предотвращение преступлений против военнослужащих, обеспечение порядка в процессе передвижения войск.

Военная полиция Великобритании также является составной частью вооруженных сил и характеризуется наличием двухуровневой структуры. На общегосударственном уровне создана военная полиция Министерства обороны страны. Наряду с этим для каждого рода войск (т.е. сухопутных, военно-воздушных и военно-морских сил) сформированы самостоятельные виды военной полиции. Военнослужащие, проходящие службу в военной полиции, получают профессиональную подготовку в специализированном учебном центре города Чичестер, графство Сассекс⁴. Особенностью такой подготовки является то, что она носит военно-полицейский характер, т.е. сочетает элементы военного обучения, включающего стрелковую подготовку, защиту от оружия массового поражения, и, кроме того, в рамках полицейской подготовки изучаются право, оперативно-следственная работа, организация обеспечения безопасности в военных подразделениях, формы и методы борьбы с преступностью и проявлениями терроризма и другие виды полицейской деятельности. Процесс подготовки сотрудников военной полиции Великобритании построен на основе взаимосвязанных и непрерывно продолжающихся циклов профессионального обучения. Первоначально – это специализированный учебный центр, затем учеба продолжается на курсах повышения квалификации. Последующее продвижение по службе возможно на основе знаний, полученных в учебных заведениях гражданской полиции. Так, лица, обучающиеся в учебном центре города Чичестер в течение шести месяцев, последующую подготовку проходят в учебном центре криминальной полиции по специализациям: уголовное право, оперативная техника, исследование мест преступлений и др.⁵ Профессиональная подготовка полицейских Великобритании, прежде всего, направлена на формирование практических навыков, 75 % всего объема учебного времени отводится на практическую деятельность, поскольку это главная задача учебного процесса⁶. Таким образом, комплексный характер подготовки военных полицейских Великобритании направлен на формирование профессиональных навыков сотрудников, являющихся по статусу военнослужащими, но выполняющими полицейскую деятельность в специфической среде – вооруженных силах.

Богатый опыт функционирования военной полиции имеется и в США. Военная полиция функционирует как составная часть военных подразделений в виде отдельных бригад, батальонов, отрядов.

Американская военная полиция так же, как и в Великобритании, представляет собой контингенты военнослужащих, сформированные в структуре каждого вида вооруженных сил страны. Однако функции военной полиции

⁴ URL: <http://www.uni-potsdam.de/u/slavistik/zarchiv/0697m/kv022-71.htm> (дата обращения: 24.02.2014).

⁵ Там же.

⁶ URL: <http://www.akadmvd.uz/bibl/police/11.pdf> (дата обращения: 24.02.2014).

в армии США имеют свои отличия. Прежде всего, военная полиция предназначена для осуществления правоохранительной деятельности в войсках, которая состоит в обеспечении дисциплины среди военнослужащих, борьбе с хищениями, регулировке передвижения военных подразделений, обеспечении безопасности военнослужащих. Особенное место в полицейской деятельности военной полиции отводится расследованиям преступлений, совершенных военнослужащими и против военнослужащих. В структуре военной полиции с этой целью создан Отдел расследований военной полиции (МРП). К его юрисдикции относится расследование преступлений против собственности, если ущерб не превышает 5 тысяч долларов США, преступлений против личности, кроме изнасилования и убийств⁷. Отдел расследований военной полиции формируется из военнослужащих, прошедших курс обучения в школе военной полиции, находящейся в Форте Леонард Вуд, штата Миссури⁸. Кроме того, военнослужащие военной полиции имеют возможность повышать профессиональную квалификацию в военных колледжах.

Одно из наиболее легендарных и многочисленных военных формирований США – это Корпус морской пехоты, который также имеет собственные силы безопасности, выполняющие функции военной полиции на кораблях и базах. Наряду с указанными функциями американская военная полиция привлекается для поддержания порядка на территориях, охваченных волнениями местного населения. Военная полиция ведет также активную борьбу с распространением в армии наркотиков, противодействует бытовым преступлениям в семьях военнослужащих, связанным с насилием половой дискриминацией.

Военная полиция США подведомственна как военному руководству, так и Министерству юстиции⁹.

Помимо военной полиции в армии США функционирует полиция, специализирующаяся на обеспечении правопорядка среди гражданского персонала сухопутных войск¹⁰.

Военная полиция Японии учреждена в 1954 г. Правовой основой ее функционирования является Закон «О силах самообороны», уголовно-процессуальное законодательство. Организационно-ведомственное построение военной полиции Японии аналогично американскому опыту, т.е. военные полицейские силы созданы в рамках соответствующих видов вооруженных сил: сухопутных войск, военно-воздушных сил, военно-морских сил. Руководит военной полицией Японии начальник департамента личного состава управления национальной обороны страны.

К компетенции военной полиции Японии относятся следственно-розыскные мероприятия в отношении военнослужащих, гражданского персонала вооруженных сил, курсантов военных учебных заведений, совершивших противоправные действия. В сферу деятельности военной полиции входит также охрана военного имущества.

⁷ URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Military_Police_Corps_\(United_States\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Military_Police_Corps_(United_States)) (дата обращения: 24.02.2014).

⁸ URL: <http://www.ftleonardwood.com/> (дата обращения: 26.02.2014).

⁹ См.: *Выжуртович В.* Военный полицейский. URL: <http://www.rg.ru/2013/12/27/politseyskiy.html> (дата обращения: 26.02.2014).

¹⁰ URL: <http://flot2017.com/item/history/38664> (дата обращения: 26.02.2014).

По роду своей деятельности японская военная полиция обязана взаимодействовать с муниципальной полицией. Так, если преступление совершено на территории, подконтрольной военной администрации, но его совершили гражданские лица, не являющиеся служащими вооруженных сил, то первично оперативно-следственные мероприятия проводит военная полиция, затем документы по возбужденному делу передаются муниципальной полиции. Арестованные военнослужащие, подозреваемые в совершении преступлений, содержатся под стражей в муниципальных изоляторах временного содержания. Профессиональная подготовка военнослужащих военной полиции Японии осуществляется в учебных заведениях вооруженных сил. В частности, одним из таких учебных заведений является училище сухопутных войск «Кодайра» в префектуре Токио¹¹. Как и полицейские других государств, военнослужащие военной полиции Японии проходят комплексную подготовку, включающую военное обучение, а также приобретают навыки полицейской деятельности.

Израильская военная полиция имеет свою специфику, объясняемую, прежде всего, тем, что государство постоянно находится в состоянии вооруженных конфликтов, и если в государствах, рассмотренных выше, военная полиция в основном функционирует в относительно мирных условиях, то в Израиле военной полиции приходится выполнять возложенные на нее задачи в условиях военного времени. В рамках военной полиции израильской армии объединены четыре подразделения: Отдел по расследованию преступлений военнослужащих, Служба патрулирования, Служба охраны тюрем, Контрольно-пропускная служба¹². Соответственно названные подразделения производят следственные действия по делам с участием военнослужащих, осуществляют функции, связанные с патрулированием территории государства, обеспечивающим безопасность военнослужащих и населения, а также противодействуют терроризму. В сфере реализации функций Службы охраны тюрем находятся тюрьмы, предназначенные для содержания военнослужащих, совершивших преступления, а также тюрьмы, в которых отбывают наказания арабы, арестованные в процессе совершения противоправных действий. Данная служба предназначена для конвоирования осужденных, осуществления контроля за отбывающими наказание, обеспечения правопорядка в тюрьмах, а также безопасности как лиц, отбывающих наказание, так и лиц, пребывающих в тюрьмах по служебным и иным вопросам.

Опыт создания военной полиции имеется и в странах ближнего зарубежья. Например, подразделения военной полиции созданы в Азербайджане, Армении, Грузии, Казахстане, Литве, Украине, Эстонии, Латвии.

Военная полиция Латвии функционирует на основе «Положения о военной полиции Латвийской Республики» 1998 г., принятого в соответствии с Законом «О Силах обороны». Указанный документ определяет военную полицию как структурное подразделение Сил обороны, подчиненное командующему вооруженными силами, осуществляющее полицейские функции во всех подразделениях вооруженных сил. Военная полиция обладает статусом юридического лица, имеет свой бюджет, боевое знамя, закрепленное иму-

¹¹ См.: *Борисов М.* Зарубежное военное обозрение. 2011. № 12. С. 35.

¹² URL: <http://www.jewsportal.ru/army/voennaya-politciya-izraillskoy-armii> (дата обращения: 22.02.2014).

щество. Задачи военной полиции Латвии определены в Законе «О Силах обороны», во многом они сходны с задачами военной полиции европейских государств. Подразделения военной полиции Латвии предназначены для функционирования как на территории собственного государства, так и за границей. В частности, с 2007 г. рота военной полиции включена в состав сил быстрого реагирования НАТО.

В Литве правовое положение военной полиции регламентируется Законом «О военной полиции». Литовская военная полиция осуществляет правоохранительные функции, направленные на поддержание дисциплины и порядка в вооруженных силах, сохранность военного имущества, безопасность военных объектов. В 2011 г. функции военной полиции были расширены на основании предложения Комитета по национальной безопасности и обороне. К новым обязанностям военной полиции, в частности, было отнесено: сопровождение военных грузов зарубежных стран на территории Литвы, осуществление фельдъегерских функций, конвойные функции¹³.

Военная полиция Республики Казахстан была создана в 1997 г. и действует в настоящее время на основании Закона «Об органах военной полиции». В соответствии со ст. 1 указанного Закона военная полиция – это специальные воинские подразделения, входящие в состав вооруженных сил страны, органов национальной безопасности, а также внутренних войск. Концепция функционирования военной полиции основывается на разделении функций в мирное и военное время, соответственно выделяются правоохранительная и войсковая составляющие ее деятельности. Задачи военной полиции определены ст. 5 Закона «Об органах военной полиции»¹⁴:

- обеспечение правопорядка в подконтрольных организациях;
- профилактические мероприятия;
- дознание в пределах компетенции;
- розыск и задержание военнослужащих в случаях, установленных законом;
- обеспечение безопасности дорожного движения военных транспортных средств;
- административные аресты военнослужащих;
- дознание по преступлениям в предусмотренных законом случаях;
- производство по делам, связанным с правонарушениями, совершенными сотрудниками специальных государственных органов в области дорожного движения.

Таким образом, анализ практики организации военной полиции в приведенных выше государствах позволяет сформулировать следующие выводы:

- подразделения военной полиции являются воинскими формированиями, входящими в структуру вооруженных сил;
- указанные формирования непосредственно находятся в подчинении у военного командования, но подконтрольны (в отдельных государствах) министерству юстиции и другим государственным органам;

¹³ URL: http://news.tts.lt/Sportas/ru/Litva_i_strani_baltii/12539-Voennaja_policija_Litvy_budet_moshhnee_grazhdanskooj.htm (дата обращения: 28.02.2014).

¹⁴ URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30005042 (дата обращения: 28.02.2014).

- военная полиция выполняет идентичные функции, не отражающие национальной специфики, но имеющие особенности в мирное и военное время;
- главная функция военной полиции – это обеспечение законности и правопорядка на подконтрольных территориях и в подведомственных организациях, что позволяет классифицировать ее как правоохранительный орган;
- во всех государствах функциональная деятельность военной полиции складывается из двух составляющих: военной и полицейской, что требует специфического подхода к вопросу о подготовке кадров;
- профессиональная подготовка военных полицейских осуществляется с учетом специфики предстоящей службы и включает военное обучение, а также правоохранительную подготовку, направленную на формирование навыков полицейской работы и основ правовых знаний;
- деятельность военной полиции регламентируется как комплексными нормативными актами (например, закон «О силах самообороны» в Японии, закон «О Силах обороны» в Латвии), так и специальными актами (Закон «О военной полиции» в Литве, «Положение о военной полиции Латвийской Республики»).

В России институт военной полиции известен еще с дореволюционных времен. В XVIII в. функции военной полиции в армии императора Павла I выполняли кавалеристы Борисоглебского драгунского полка, переименованного в жандармский полк. В дальнейшем военно-полицейские функции осуществлялись Отдельным корпусом жандармов (политической полицией). До 1880 г. Отдельный корпус жандармов находился в структуре военного ведомства, а затем был передан в подчинение Министерства внутренних дел. Наряду с функциями политической полиции указанное подразделение надзидало за дисциплиной и порядком в воинских частях, уделяя особое внимание выявлению случаев антиимператорских настроений, выполняло конвойные функции. Отдельный корпус жандармов функционировал до 1917 г.

Длительный период в России отсутствовала военная полиция, и функции поддержания правопорядка, а также противодействия преступности в вооруженных силах осуществлялись в разной степени военными комендатурами, военной прокуратурой, органами внутренних дел.

В настоящее время процесс формирования военной полиции в Российской Федерации находится в начальной стадии. Как уже отмечалось выше, в 2011 г. идея создания военной полиции в Российской Федерации нашла конкретное воплощение посредством образования в структуре Министерства обороны Главного управления военной полиции, координирующего деятельность региональных управлений военной полиции по Западному, Южному, Центральному и Восточному военным округам, территориальных военных автоинспекций и военных комендатур.

На Главное управление военной полиции и подчиненные ему структуры возлагаются задачи обеспечения правопорядка и служебной дисциплины в армии, контрольно-надзорных функций в области эксплуатации автотранспорта военнослужащими, безопасности передвижения военных частей, охраны военного имущества.

Особые требования устанавливаются при отборе кандидатов для службы в военной полиции. Кроме пригодности к военной службе и возрастного ценза введены также критерии применительно к росту претендента, его про-

фессиональной пригодности, стрессоустойчивости, спортивным разрядам. К сожалению, не все из указанных критериев являются обязательными при поступлении на службу в полицию.

Вместе с тем создание новой военизированной структуры в вооруженных силах способствовало возникновению активной дискуссии по вопросам организации ее деятельности. Прежде всего, с момента обнародования идеи о необходимости создания военной полиции дискуссионным являлся вопрос о ведомственном подчинении создаваемого органа, иными словами, кому должна подчиняться военная полиция. Специалисты высказывали мысли о необходимости создания «автономного правоохранительного органа»¹⁵, поскольку дисциплинарная подчиненность, по их мнению, не позволит военным полицейским объективно и законно выполнять возложенные на них правоохранительные функции. Однако нормативно данный вопрос был решен в пользу ведомственного подчинения военной полиции Министерству обороны, что соответствует международной практике.

Следующий дискуссионный вопрос касается нормативного регулирования деятельности военной полиции, а именно: должен ли это быть закон или подзаконный акт. Задача создания военной полиции была поставлена в Федеральной программе Российской Федерации по усилению борьбы с преступностью на 1994–1995 гг., утвержденной Указом Президента Российской Федерации от 24 мая 1994 г. № 1016¹⁶. В документе Министерству обороны России совместно с Министерством внутренних дел России поручалось создать военную полицию в Вооруженных силах. В 2000 г. в Государственную Думу был представлен законопроект «О военной полиции Российской Федерации», однако до настоящего времени названный закон не принят. В связи с этим в средствах массовой информации высказываются мнения об отсутствии необходимости правового регулирования деятельности военной полиции на уровне закона, поскольку она не является федеральным органом исполнительной власти¹⁷. Несмотря на то что военная полиция в нашей стране существует уже более двух лет, а также созданы и функционируют управленческие органы этого подразделения, правовая основа ее деятельности находится в стадии формирования. Давно ожидаемым нормативным актом в данной ситуации стал принятый 3 февраля 2014 г. Федеральный закон № 7-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам деятельности военной полиции Вооруженных сил Российской Федерации»¹⁸. Указанный Закон представляет собой комплексный нормативный акт, которым внесены изменения в 14 нормативных правовых актов. Федеральный закон от 3 февраля 2014 г. № 7-ФЗ в обобщенном виде определил назначение военной полиции, ее правовое положение. Так, в соответствии со ст. 4 Федерального закона от 3 февраля 2014 г. № 7-ФЗ Федеральный закон от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне» дополнен ст. 25¹, закрепляющей, что военная полиция предназначена для

¹⁵ Волчок В. Г. К вопросу о создании военной полиции : военная полиция в зарубежных государствах и проблемы ее создания в России // За права военнослужащих. 2006. № 3.

¹⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 5. Ст. 403.

¹⁷ Рос. газета. 2014. 16 янв.

¹⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 6. Ст. 558.

защиты военнослужащих, гражданского персонала, лиц, находящихся на военных сборах, обеспечения законности, дисциплины, безопасности дорожного движения, охраны военного имущества, противодействия преступности. В то же время п. 2 рассматриваемой статьи имеет бланкетный характер, так как отсылает к иным нормативным актам, определяющим «основные направления деятельности, функции и полномочия военной полиции». Таким образом, конкретные функции и полномочия военной полиции еще предстоит сформулировать во вновь принятых нормативных актах. В частности, в настоящее время разрабатывается проект устава службы военной полиции. В связи с этим хочется надеяться, что это будет разумный компромиссный вариант, грамотно и юридически согласованно объединяющий положения уже действующих нормативных актов о правоохранительных органах.

Важным моментом в связи с учреждением нового правоохранительного органа остается вопрос о разграничении компетенции с существующими органами. Например, в системе органов внутренних дел существует мнение, что розыском уклонистов от армии должна заниматься военная полиция¹⁹.

Одним из наиболее важных вопросов в процессе формирования военной полиции Вооруженных сил является ее кадровое обеспечение, без которого невозможна эффективная правоохранительная деятельность. В Федеральной программе Российской Федерации по усилению борьбы с преступностью на 1994–1995 гг. задача подготовки кадров для военной полиции была возложена на Министерство внутренних дел России и Министерство обороны посредством «организации на базе учебных заведений МВД подготовки сотрудников военной полиции Вооруженных сил». Представляется, что в данном случае целесообразно использовать обширный зарубежный опыт подготовки военных полицейских в учебных заведениях МВД, поскольку, несмотря на статус военнослужащего, служба военного полицейского, прежде всего, связана с полицейской деятельностью.

¹⁹ URL: <http://rosvoenpens.ru/разное/ловить-уклонистов-от-армии-должна-вое/> (дата обращения: 28.02.2014).

УДК 342.9

**ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ РЕАЛИЗАЦИИ
МИГРАЦИОННОЙ ПОЛИТИКИ В ПРИГРАНИЧНОМ РЕГИОНЕ**

И. Ф. Амельчаков, О. В. Катаева

Белгородский юридический институт МВД России

Поступила в редакцию 25 февраля 2014 г.

Аннотация: рассматриваются следующие вопросы: особенности регулирования миграционных процессов на территории приграничных регионов Российской Федерации, задачи противодействия незаконной миграции, проблема въезда в страну иммигрантов по поддельным миграционным картам, контроль за санитарно-эпидемиологической обстановкой в приграничных регионах страны, проблемы формирования конструктивного взаимодействия между мигрантами и принимающим сообществом. Делается вывод о необходимости совершенствования механизмов реализации миграционной политики в приграничном регионе.

Ключевые слова: миграционная политика, приграничный регион, незаконная миграция, санитарно-эпидемиологическая обстановка, адаптация и интеграция мигрантов.

Abstract: the article deals with the following issues: specific regulations of migration process on the territory of frontier regions in the Russian Federation, tasks of combating illegal migration, the problem of crossing the country border using forged migration cards, control of sanitary and epidemiological situation in frontier regions of the country, problems of actual counteraction arising between migrants and local communities. The authors come to the conclusion on necessity of improving migration policy mechanisms in a frontier region.

Key words: migration policy, frontier region, illegal migration, sanitary and epidemiological situation, adaptation and integration of migrants.

Вопросы, касающиеся отечественной миграционной политики, в настоящее время все чаще становятся предметом обсуждения в научных и политических кругах, находятся в центре внимания общественности.

В июне 2012 г. Президент Российской Федерации утвердил Концепцию государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 г., которая представляет собой систему взглядов на содержание, принципы и основные направления деятельности Российской Федерации в сфере миграции. Данной Концепцией определяются цели, принципы, задачи, основные направления и механизмы реализации государственной миграционной политики Российской Федерации. Реализация ее положений должна способствовать разрешению проблем, препятствующих эффективному регулированию миграции и снижению социокультурных, экономических и политических рисков, связанных с притоком мигрантов¹.

¹ См.: Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года : утв. Президентом Российской Федерации. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Наиболее важное значение имеет регулирование миграционных процессов на территории приграничных регионов Российской Федерации, одним из которых является Белгородская область. Задача выработки стратегии миграционной политики во взаимосвязи с перспективами экономического, социального и демографического развития региона обусловила необходимость принятия и разработки Концепции миграционной политики Белгородской области до 2025 г.² Данная Концепция призвана служить ориентиром для органов государственной власти и местного самоуправления при решении вопросов миграционной политики, направленных на реализацию мер по регулированию миграции на территории региона, и представляет собой систему принципов, целей, задач и приоритетов в сфере регулирования миграционных процессов³.

В числе одной из основных задач в Концепции миграционной политики Белгородской области до 2025 г. закреплено противодействие незаконной миграции.

«Российская Федерация имеет самую протяженную в мире границу, которую пересекают сотни воздушных, морских (речных), автомобильных и железнодорожных путей сообщения, по которым ежедневно движется значительное количество людей, транспортных средств, перемещаются товары и грузы. По этим же путям попадают в Россию и иммигранты»⁴, многие из которых по причине «прозрачности» границ являются незаконными мигрантами.

Разработчиками Концепции миграционной политики Белгородской области до 2025 г. обозначен ряд конкретных направлений ее реализации по противодействию незаконной миграции на территории региона. Вместе с тем до настоящего времени существует ряд нерешенных проблем, отрицательно сказывающихся на эффективности данной деятельности.

Один из распространенных способов осуществления незаконной миграции – въезд в страну по поддельным миграционным картам. В связи с тем что бланки миграционных карт не являются документами строгой отчетности, а судебная практика Белгородской области свидетельствует о том, что суды не усматривают состава преступления по фактам их подделки, на территории области регулярно появляются миграционные карты с поддельными дата-штампами⁵.

² Об утверждении Концепции миграционной политики Белгородской области на период до 2025 года : распоряжение правительства Белгородской обл. от 2 декабря 2013 г. № 594-рп. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Новое в законодательстве Белгородской области : обзор документов, введенных в информационный банк. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Ульянич А. М. Пограничный и таможенный контроль на границах Российского государства как инструмент противодействия незаконной миграции : исторический опыт // Миграционное право. 2011. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ Об утверждении Концепции миграционной политики Белгородской области на период до 2025 года : распоряжение правительства Белгородской обл. от 2 декабря 2013 г. № 594-рп. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Сотрудники Пограничного управления ФСБ России по Белгородской и Воронежской областям при выезде иностранца не проверяют действительность миграционных карт, ссылаясь на то, что они не являются документом, необходимым для пересечения государственной границы. Работники постов иммиграционного контроля, в свою очередь, при выявлении указанных выше нарушений не обладают правом снятия иностранного гражданина с транспортного средства. Сотрудники линейного отдела МВД России на транспорте не могут привлечь подобных лиц к ответственности, ссылаясь на то, что по преступлениям небольшой тяжести судебные органы не дают санкцию на избрание меры пресечения в виде заключения под стражу. В итоге нарушители нередко скрываются от органов предварительного следствия, беспрепятственно выезжают из страны и, возвращаясь обратно, используют возможности легализации⁶.

В настоящее время проблематично также осуществление контроля за фактическим выездом иностранцев и лиц без гражданства за пределы Российской Федерации. Так, подп. 3 ст. 3 Федерального закона от 23 декабря 2010 г. № 385-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» обязанность сообщать о выезде указанных лиц в орган миграционного учета возложена на органы пограничного контроля, т.е. «из Закона исключена обязанность принимающей стороны не позднее чем через два дня со дня убытия иностранного гражданина направить в миграционный орган отрывную часть бланка уведомления»⁷. Вместе с тем на практике эта функция пограничными органами часто не осуществляется, что не позволяет контролировать фактический выезд из страны иностранных граждан и лиц без гражданства.

В качестве основополагающих целей в Концепции миграционной политики Белгородской области до 2025 г. определены обеспечение национальной безопасности Российской Федерации, максимальная защищенность, комфортность и благополучие населения области, поскольку миграционные процессы в настоящее время все чаще связываются с проблемой обеспечения национальной безопасности в России. «Уже при первом приближении миграция представляет собой реальный или потенциальный вызов безопасности. Она так или иначе действует на безопасность как состояние»⁸. При этом вопросы миграции рассматриваются в различных аспектах обеспечения безопасности страны.

Охрана общественного порядка на территориях Российской Федерации, имеющих государственную и административную границу, имеет свою специфику, обусловленную их географическим, политическим и социаль-

⁶ Там же.

⁷ Майоров П. А. Изменения миграционного законодательства // Юрид. работа в кредитной организации. 2011. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Миграция и безопасность в России / Центр стратегических исследований Приволжского федерального округа «Группа «Русский Архипелаг». URL: <http://antropotok.archipelag.ru>

но-экономическим положением⁹. Так, на криминогенную обстановку в Белгородской области оказывает влияние значительное число мигрантов, находящихся на территории региона. Ими совершаются преступления, в том числе убийства, умышленные причинения тяжкого вреда здоровью, разбойные нападения, грабежи. Но наибольшее распространение на территории региона среди правонарушений, совершаемых иностранцами, имеют кражи чужого имущества и незаконный оборот наркотических средств и психотропных веществ¹⁰. В целях обеспечения максимальной защищенности населения области необходимо разработать комплекс системных мер на уровне региональной политики, направленных на противодействие преступности мигрантов.

Серьезную проблему представляет задача контроля за санитарно-эпидемиологической обстановкой в приграничных регионах страны, поскольку именно там наиболее велика вероятность распространения социально опасных инфекционных заболеваний. Это вызвано тем, что определенная часть трудовых мигрантов въезжает в регион, имея подобные заболевания, а иные приобретают их, находясь на территории Российской Федерации и проживая с нарушением элементарных санитарно-гигиенических норм и отсутствием полноценного доступа к медицинскому обслуживанию.

Далеко не все категории трудовых мигрантов при получении документов на осуществление ими трудовой деятельности проходят медицинское освидетельствование в учреждениях здравоохранения. Так, не несут такой обязанности иностранные граждане, работающие на основании патентов. С другой стороны, оказание медицинской помощи мигрантам, поступившим в лечебные учреждения, связано с немалыми затратами на их лечение, что ложится дополнительной нагрузкой на бюджеты субъектов Российской Федерации.

В целях разрешения данной проблемы необходимо в ближайшее время внести изменения в действующее законодательство, обязав всех без исключения трудовых мигрантов в Российской Федерации проходить медицинское освидетельствование. Думается, что принятие такого рода поправок в законодательство в полной мере послужит реализации задачи обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения на территории регионов и государства в целом, а также интересам самих мигрантов.

Следующей проблемой на пути реализации положений миграционной политики приграничных регионов в части содействия адаптации и интеграции мигрантов, формированию конструктивного взаимодействия между мигрантами и принимающим сообществом является отсутствие знания

⁹ См.: *Карагодин А. В., Переверзев Е. А.* О некоторых аспектах деятельности милиции общественной безопасности по предупреждению незаконной миграции в приграничном регионе // Проблемы реализации административного законодательства в деятельности органов внутренних дел : сб. материалов региональной науч.-практ. конф. (г. Белгород, 30 июня 2006 г.). Белгород, 2006. С. 141.

¹⁰ См.: Аналитический обзор миграционной ситуации и деятельности УФМС России по Белгородской области по реализации государственной политики в сфере миграции в регионе за 2013 г.

русского языка у трудящихся мигрантов. Актуальность данной проблемы подчеркнута также в Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 г., в которой отмечено, что «мигранты новых поколений, прибывающие в Российскую Федерацию из государств – участников Содружества Независимых Государств, по сравнению с их предшественниками обладают более низким уровнем образования, знания русского языка и профессионально-квалификационной подготовки»¹¹.

Концепцией миграционной политики Белгородской области на период до 2025 г. предусмотрено создание условий для адаптации и интеграции мигрантов, включая их обучение русскому языку, правовое просвещение, информирование о культурных традициях и нормах поведения, путем формирования соответствующей инфраструктуры с привлечением средств массовой информации¹². В целях реализации данного направления миграционной политики предусмотрено создание центра изучения русского языка для иностранных граждан, прибывших в область, в рамках реализации Концепции на базе областного государственного автономного образовательного учреждения дополнительного образования «Институт развития образования Белгородской области»¹³. Как показывает практика, прибывающие в регион мигранты не проявляют заинтересованности к обучению ни на платной, ни даже на бесплатной основе, особенно это касается трудовых мигрантов, основной целью нахождения которых на территории Российской Федерации является заработок. Поэтому целесообразно организовать обучение мигрантов, необходимое для интеграции в принимающее сообщество, в странах их исхода, возложив на регионы задачу тестирования иностранных граждан в основном на знание русского языка.

Эффективность результатов проведения государственной миграционной политики в приграничном регионе требует тщательной и взвешенной разработки механизмов ее реализации. Основные механизмы реализации миграционной политики Белгородской области предполагают постоянное осуществление мониторинга и анализа происходящих на территории Белгородской области миграционных процессов и их влияния на социально-экономические, демографические и иные аспекты развития региона, с последующей корректировкой конкретных мер миграционной политики региона.

Таким образом, национальная безопасность государства во многом зависит от проведения единой государственной политики в сфере миграции с учетом региональных особенностей, а также выработки и реализации системы мер, адекватных угрозам жизненно важным интересам лично-

¹¹ Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года : утв. Президентом Российской Федерации.

¹² Об утверждении Концепции миграционной политики Белгородской области на период до 2025 года : распоряжение правительства Белгородской обл. от 2 декабря 2013 г. № 594-рп.

¹³ См.: Там же.

сти, общества и государства. «Сочетание действенного контроля за миграционными процессами и обеспечение прав и свобод как мигрантов, так и интересов коренного населения есть залог совершенной миграционной политики, которая, в свою очередь, приведет к снижению рисков и угроз национальной безопасности государства»¹⁴.

¹⁴ Краснова К. А., Сибагатуллина Э. Т. Роль миграционного законодательства в укреплении государственного суверенитета и обеспечении общественной безопасности Российской Федерации // Миграционное право. 2011. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Белгородский юридический институт МВД России

Амельчаков И. Ф., кандидат юридических наук, доцент, генерал-майор полиции

*E-mail: Belui@lenta.ru
Тел.: 8 (4722) 55-71-32*

Катаева О. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры административного права и административной деятельности органов внутренних дел, полковник полиции

*E-mail: Kataeva_70@mail.ru
Тел.: 8 (4722) 55-71-32*

Belgorod Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation

Amelchakov I. F., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Police Major-General

*E-mail: Belui@lenta.ru
Тел.: 8 (4722) 55-71-13*

Kataeva O. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Administrative Law and Administrative Procedure of Law Enforcement Agencies Department, Police-Colonel

*E-mail: Kataeva_70@mail.ru
Тел.: 8 (4722) 55-71-32*

УДК 343.98

СПЕЦИАЛЬНЫЕ ЗНАНИЯ В СУДЕБНОЙ ЭКОЛОГИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЕ

И. Г. Гришаева

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации (Воронежский филиал)*

Поступила в редакцию 4 февраля 2014 г.

Аннотация: *раскрываются содержание и объем фундаментальных специальных знаний в области экологии, которыми следует руководствоваться при производстве любого вида судебно-экологической экспертизы, а также возможность их применения при квалификации экологических правонарушений и преступлений. Показывается целесообразность использования комплексного подхода в анализе и оценке состояния исследуемых объектов с позиции закономерностей функционирования экосистемы. Подчеркивается актуальность системной подготовки специалистов судебно-экологической экспертизы при комплексировании знаний в области экологии и права.*

Ключевые слова: *судебно-экологическая экспертиза, специальные знания, биосфера, экосистема, экологические правонарушения.*

Abstract: *the contents and volume of fundamental special knowledge in the field of ecology by which it is necessary to be guided by production of any kind of judicial environmental assessment, and also possibility of their application at qualification of ecological offenses and crimes reveal. Expediency of use of an integrated approach in the analysis and an assessment of a condition of studied objects from a position of regularities of functioning of an ecosystem is shown. It is accented relevance of system training of specialists of judicial environmental assessment at association knowledge in the field of ecology and the right.*

Key words: *judicial environmental assessment, special knowledge, biosphere, ecosystem, ecological offenses.*

Судебно-экологическая экспертиза (СЭЭ) как самостоятельный род экспертных исследований возникла относительно недавно. Современный этап ее становления характеризуется формированием научно-методической базы, поиском оптимальных путей решения поставленных перед СЭЭ задач.

В связи с этим представляется целесообразным обратить внимание на содержание и объем необходимых специальных знаний в области экологии и возможности их использования для объективизации процесса доказывания по гражданским и уголовным делам, делам об административных правонарушениях.

Экспоненциальный рост численности человечества, развитие техники, все большее потребление природных ресурсов и другое воздействие на природную среду к концу XX в. создали предпосылки экологического кризиса, т.е. перехода биосферы к неустойчивому состоянию. Согласно принципу Ле Шаталье-Брауна, при внешнем воздействии, выводящем систему из состояния устойчивого равновесия, это равновесие смещается в том направлении, при котором эффект внешнего воздействия ослабляется. Поскольку

в биосфере механизм существования принципа Ле Шателье-Брауна основывается на функционировании систем живого, оно и служит регулятором общеземных процессов. В настоящее время действие данного принципа в рамках биосферы глубоко нарушено. Если ранее еще происходило увеличение биологической продуктивности и биомассы в ответ на возрастание концентрации углекислого газа в атмосфере, то теперь, наоборот, биота выбрасывает углекислый газ, а биомасса ее автоматически снижается. Так как биосфера имеет лишь одно устойчивое состояние, единственным способом восстановления действия принципа Ле Шателье-Брауна будет сокращение степени антропогенного воздействия. Биосфера (от греч. «биос» – жизнь, «сфера» – шар) как носитель жизни возникла с появлением живых существ. Под биосферой подразумевается часть оболочки Земли, населенная живыми организмами. Современная биосфера, среда всех живых организмов, представляет собой продукт их жизнедеятельности – постоянного воспроизведения, метаболизма и разложения. Водная, наземная, воздушная среды жизни, находясь в постоянном взаимодействии, и образуют среду обитания. Никакая система не может сформироваться из абсолютно идентичных элементов. Этот закон необходимого разнообразия действует и в экосистемах. Ни один вид живых организмов не способен существовать только лишь среди себе подобных. Жизнь возможна в сообществах (биоценозах) при строго определенном комплексе факторов, обуславливающих место их обитания (биотоп). Единство биотопа и биоценоза – основная концепция экологии, экосистемы. Экологическая система – функциональная система, включающая в себя сообщества живых существ и их среду обитания. Условия существования живого становятся все более жесткими. В то же время и живое, и человечество стремятся к достижению относительной независимости от условий среды обитания путем усложнения организации. Это усложнение за пределы разумной (системной) достаточности в конечном итоге ведет систему к гибели¹.

Знания о механизме и закономерностях функционирования экосистемы должны являться фундаментальными в экспертном исследовании ее компонентов.

Человек на всех стадиях своего развития оказывал влияние на среду своего обитания. Но поскольку оно было незначительным, носило локальный характер; биосфера и отдельные экосистемы были способны к саморегуляции, самоочищению и самовосстановлению. На данном же этапе последствия деятельности человека сопоставимы с природными явлениями чрезвычайного характера. Уже в конце XIX – начале XX в. В. И. Вернадский писал: «Человек настоящего времени представляет из себя геологическую силу, и сила эта сильна именно тем, что возрастает, и предела ее возрастания нам не видно...»².

Современный этап жизни общества характеризуется кризисной экологической ситуацией, связанной как с нерациональным, так и преступным поведением человека, обусловленным отсутствием эколого-правовой

¹ См.: *Бергаланфи Л. фон.* История и статус общей теории систем // Системные исследования. М., 1973. С. 26.

² *Вернадский В. И.* Живое вещество и биосфера. М., 1994.

культуры и сознания. Экологические правонарушения относятся в России к категории распространенных, однако латентность экологических преступлений продолжает оставаться высокой. В основном регистрируются преступления, предусмотренные ст. 256, 258 УК РФ. Трудности в установлении других фактов нарушений экологической безопасности обусловлены спецификой наступления негативных последствий, которые могут носить пролонгированный характер и проявиться в форме очевидных изменений в окружающей природной среде только спустя время.

В целях установления причинной связи между действиями (бездействием) конкретных лиц и наступившими экологически вредными последствиями необходимо производство судебной экологической экспертизы, которая, решая диагностические и идентификационные задачи, позволит оценить характер изменений окружающей среды, установить источник и фактические обстоятельства отрицательного антропогенного воздействия. В связи с тем что причинение вреда одному из компонентов биосферы, как правило, влечет и губительные последствия для других, необходима, на наш взгляд, реализация комплексного подхода в анализе и оценке состояния объектов живой и неживой природы. Спектр объектов судебно-экологической экспертизы широк – земельные участки с признаками антропогенного воздействия; пробы атмосферного воздуха, воды, почвы и грунта; образцы флоры, фауны, микроорганизмы; предметы производственной деятельности человека – механизмы, агрегаты, узлы, изъятые с места происшествия; акты проверок экологического состояния объектов; результаты обследования объектов окружающей среды санитарно-эпидемиологическими, природоохранными и иными специально уполномоченными органами. Техническая документация также содержит криминалистически значимую информацию – сведения о технологическом режиме работы предприятия, функциональных обязанностях и действиях администрации и исполнителей; об эффективности работы и состоянии очистных сооружений, их проектной и фактической мощности; о ремонтно-профилактических мероприятиях; о мерах, принятых для предотвращения последствий вредного воздействия, и др. К производству судебно-экологической экспертизы, при отсутствии специалистов в данной области, целесообразно привлекать специалистов смежных отраслей знаний, а также экспертов, специализирующихся на использовании методов, пригодных для исследования объектов судебно-экологической экспертизы.

Судебно-экологическая экспертиза имеет свои задачи, решение которых позволит дать обоснованные экспертные заключения о природе произошедшего события. К задачам судебно-экологической экспертизы относятся определение вида и местонахождения источника либо источников экологически вредного воздействия; характеристика данного воздействия; установление механизма, масштаба, продолжительности негативного антропогенного воздействия; определение периода проявления его последствий; установление обстоятельств, послуживших причиной нарушения природоохранного законодательства – условий эксплуатации объектов, ставших источниками негативного воздействия, деяний лиц, уполномоченных в области охраны окружающей среды и природопользования.

Правильная оценка степени опасности и характера причиненного экологического вреда (последствий) является важной как для квалификации деяний, особенно при разграничении экологических правонарушений и преступлений, так и для грамотной разработки мер по его ликвидации и предотвращению дальнейшего проявления.

Устранить последствия возможно, прежде всего, устранив причину экологически вредного антропогенного воздействия. Так как все компоненты в экосистеме неразрывно связаны, представляется, что объем знаний экспертов не должен быть ограничен тем или иным видом экологической экспертизы. Только комплексный подход и анализ с позиции закономерностей функционирования экосистемы в целом может дать объективную оценку изменениям ее компонентов.

Использование специальных знаний в области экологии, грамотное производство судебно-экологических экспертиз было бы эффективно в процессе раскрытия и расследования экологических правонарушений и преступлений, их профилактики и своевременного предупреждения, а также рациональной ликвидации негативных последствий. Однако на данном этапе развития судебно-экологической экспертизы отмечаются и ошибки при ее производстве³. Характер ошибок свидетельствует о недостаточности как специальных знаний, так и знаний в области криминалистики и процессуального законодательства лиц, производящих экспертное исследование. Только совокупность глубоких правовых и специальных знаний позволит сделать обоснованное заключение, имеющее доказательственное значение по делу. Таким образом, актуальной и своевременной представляется системная подготовка специалистов по экспертным специальностям и их сертификация РФЦСЭ при Минюсте РФ.

³ См.: Россинская Е. Р. Судебная экспертиза : типичные ошибки. М., 2012.

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Воронежский филиал)

142 Гришаева И. Г., доцент кафедры уголовного права и криминологии
E-mail: ngrishaev@mail.ru

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Voronezh Branch)

Grishaeva I. G., Associate Professor of the Criminal Law and Criminology Department
E-mail: ngrishaev@mail.ru

УДК 339.543.662

**ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ПЕРЕМЕЩЕНИЯ ЧЕРЕЗ ТАМОЖЕННУЮ ГРАНИЦУ
ТАМОЖЕННОГО СОЮЗА ТОВАРОВ ФИЗИЧЕСКИМИ ЛИЦАМИ**

Т. А. Матвеева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 25 февраля 2014 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы нормативного закрепления перемещения через таможенную границу Таможенного союза товаров физическими лицами, связанные с неточностью терминов и пробелами таможенного законодательства Таможенного союза.

Ключевые слова: перемещение через таможенную границу Таможенного союза, товары для личного пользования.

Abstract: in the article the problems of normative fixing moving through customs border of the customs Union goods by individuals associated with inaccurate terms and gaps in the customs legislation of the Customs Union.

Key words: moving through the customs border of the Customs Union, goods for personal use.

На IV Международной конференции «Таможня и бизнес: международные и региональные аспекты сотрудничества», приуроченной ко Дню таможенника, в выступлении Председателя Правительства РФ Д. Медведева были обозначены задачи развития российской таможенной службы, в том числе «облегчение таможенных процедур для обычных граждан»¹. Обращено внимание на то, что меняющееся таможенное законодательство «даже для нас стало весьма и весьма сложным, потому как все-таки одно дело – оперативно корректировать таможенные правила исходя из подходов одного государства, национальных приоритетов... А сейчас это уже приоритеты, которые должны формироваться в формате трех стран, и это, конечно, не добавляет простоты»².

На сложность и многоуровневость сложившейся системы таможенного законодательства, ее «запутанность», огромное количество отсылочных норм указывают практически все специалисты в области таможенного дела³.

Совершенствование таможенного законодательства предполагает, прежде всего, доработку Таможенного кодекса Таможенного союза. С этой целью еще в 2011 г. из представителей таможенных служб государств – членов Таможенного союза решением Комиссии Таможенного союза была создана рабочая группа по подготовке изменений и дополнений в Таможенный кодекс Таможенного союза (далее – ТК ТС), которую возглавил руководитель Федеральной таможенной службы России А. Ю. Бельянинов.

¹ Медведев Д. Задачи таможни // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2013. № 1. С. 6.

² Там же. С. 7.

³ См., например: Некрасов Д. Недостатки законодательства могут перекрыть эффект от реформ // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2013. № 6. С. 4.

С целью сокращения отсылочных норм было предложено, в частности, инкорпорировать в ТК ТС положения международных договоров, составляющих договорно-правовую базу Таможенного союза.

Так, В. Гошин, член Коллегии (министр) по таможенному сотрудничеству Евразийской экономической комиссии заявил: «Мы будем стремиться к максимальной централизации, то есть переводу таможенного законодательства с национального уровня на наднациональный»⁴. Существующие соглашения, одним из которых является ТК ТС, «...мы сейчас пытаемся свести в единый документ – Таможенный кодекс Таможенного союза»⁵. «В итоге будет не 25 соглашений по таможенной тематике, а одно соглашение в виде Таможенного кодекса Таможенного союза, постараемся включить туда все существующие нормы, насколько это будет возможно»⁶.

По мнению казахских ученых В. Жамулдинова и А. Мунтынова, для эффективного развития и функционирования Таможенного союза и Единого экономического пространства необходимы унификация налогового законодательства и совершенствование таможенного законодательства: в идеале должно существовать единое таможенное законодательство без ссылок на национальное законодательство⁷.

В октябре 2013 г. в Москве по итогам второго заседания Консультативного совета по взаимодействию Евразийской экономической комиссии (далее – ЕЭК) и белорусско-казахстанско-российского бизнес-сообщества во главе с председателем Коллегии ЕЭК В. Христенко было принято решение определить дальнейшие направления совершенствования таможенного законодательства с участием представителей заинтересованных органов государственного управления и бизнес-сообщества; предложить им рассмотреть проект модернизированного ТК ТС и представить в ЕЭК предложения по его доработке.

На восьмом заседании Совета Евразийской экономической комиссии, состоявшемся в октябре 2013 г. в Казани, была создана рабочая группа по совершенствованию таможенного законодательства в Таможенном союзе во главе с министром по таможенному сотрудничеству ЕЭК В. Гошиным, в которую вошли представители ЕЭК, государственных органов государств – членов Таможенного союза, а также бизнес-сообщества трех стран.

Предстоит провести анализ отсылочных норм ТК ТС «в целях расширения наднационального регулирования таможенных правоотношений и максимальной унификации в сфере таможенного регулирования»⁸.

Однако представляется проблематичным полностью перенести регулирование таможенных правоотношений на наднациональный уровень. Например, из-за существенных различий в экономике и социальной сфере государств – членов Таможенного союза правоотношения, возникающие в связи с перемещением физическими лицами товаров для личного пользования

⁴ Гошин В. Регулирование ВЭД : цели и задачи // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2013. № 8. С. 6–7.

⁵ Гошин В. Главная цель – внедрение механизма единого окна // Там же. № 11. С. 5.

⁶ Гошин В. Готовим новый кодекс // Там же. 2014. № 2. С. 5.

⁷ См.: Жамулдинов В., Мунтынов А. Таможенный союз : некоторые итоги и перспективы развития // Там же. 2013. № 12. С. 16.

⁸ Бизнес в ЕЭК // Там же. С. 20.

через таможенную границу, определяются не только таможенным законодательством Таможенного союза, но и законодательством государства – члена Таможенного союза.

В настоящее время порядок перемещения физическими лицами товаров для личного пользования через таможенную границу Таможенного союза закрепляется ТК ТС (глава 49, ст. 351–362), Договором о порядке перемещения физическими лицами наличных денежных средств и (или) денежных инструментов через таможенную границу Таможенного союза, принятым Решением Межгосударственного совета ЕврАзЭС от 5 июля 2010 г. № 51 (далее – Договор), Соглашением о порядке перемещения физическими лицами товаров для личного пользования через таможенную границу Таможенного союза и совершения таможенных операций, связанных с их выпуском от 18 июня 2010 г. (в ред. Протокола от 19 ноября 2011 г.) (далее – Соглашение), Решением Комиссии Таможенного союза от 18 июня 2010 г. № 287 «Об утверждении формы пассажирской таможенной декларации и порядка заполнения пассажирской таможенной декларации», Решением Комиссии Таможенного союза от 18 июня 2010 г. № 311 «Об Инструкции о порядке совершения таможенных операций в отношении товаров для личного пользования, перемещаемых физическими лицами через таможенную границу, и отражения факта признания таких товаров не находящимися под таможенным контролем». В Российской Федерации действует Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 311 «О таможенном регулировании в Российской Федерации» (глава 45, ст. 317, 318), соответствующие приказы и письма Федеральной таможенной службы России.

Вряд ли представляется возможным включить все эти правовые нормы в ТК ТС, даже если вести речь только о Договоре и Соглашении. В текст Договора входит 10 статей, непосредственной регламентации порядка перемещения наличных денежных средств посвящены ст. 3–6, и здесь проблем с инкорпорацией не возникнет. Но Соглашение от 18 июня 2010 г. – документ, который содержит 20 статей и 6 многостраничных объемных приложений, которые если и могут войти в текст ТК ТС, то тоже в качестве приложений.

В модернизированном таможенном законодательстве необходимо уточнить определение ряда терминов. В первую очередь это касается термина «выпуск товаров». В соответствии с подп. 5 п. 1 ст. 4 ТК ТС «выпуск товаров – действие таможенных органов, разрешающее заинтересованным лицам использовать товары в соответствии с условиями заявленной таможенной процедуры или в соответствии с условиями, установленными для отдельных категорий товаров, не подлежащих в соответствии с настоящим Кодексом помещению под таможенные процедуры». В Соглашении от 18 июня 2010 г. Приложение 6 «Порядок определения момента выпуска и объема двигателя авто-, мототранспортного средства» определяет момент выпуска как дату изготовления авто-, мототранспортного средства. Видимо, в данном тексте следует вообще убрать слово «выпуск», заменив на слово «изготовление». То же самое нужно сделать и в приказах ФТС России, устанавливающих компетенцию таможенных органов по совершению таможенных операций в отношении транспортных средств, перемещаемых физическими лицами.

Определение «товара», даваемое в ТК ТС, не согласуется с текстом Договора от 5 июля 2010 г.

В соответствии с подп. 35 п. 1 ст. 4 ТК ТС «товар – любое движимое имущество, перемещаемое через таможенную границу, в том числе носители информации, валюта государств – членов Таможенного союза, ценные бумаги и (или) валютные ценности, дорожные чеки, электрическая и иные виды энергии, а также иные перемещаемые вещи, приравненные к недвижимому имуществу».

Договор вообще не использует термина «валюта», а лишь разграничивает «наличные денежные средства» и «денежные инструменты».

«Наличные денежные средства» – денежные знаки в виде банкнот и казначейских билетов, монет, за исключением монет из драгоценных металлов, находящиеся в обращении и являющиеся законным платежным средством в государствах – членах Таможенного союза или иностранных государствах (группе иностранных государств), включая изъятые либо изымаемые из обращения, но подлежащие обмену на находящиеся в обращении денежные знаки.

«Денежные инструменты» – дорожные чеки, векселя, чеки (банковские чеки), а также ценные бумаги в документальной форме, удостоверяющие обязательство эмитента (должника) по выплате денежных средств, в которых не указано лицо, которому осуществляется такая выплата.

Следовательно, в текст подп. 35 п. 1 ст. 4 ТК ТС необходимо внести изменения: вместо слов «валюта государств – членов Таможенного союза, ценные бумаги и (или) валютные ценности, дорожные чеки» зафиксировать термины «наличные денежные средства», «денежные инструменты».

В таможенном законодательстве Таможенного союза физические лица подразделяются на физических лиц государства – члена Таможенного союза и иностранных физических лиц.

Из подп. 14 п. 1 ст. 4 ТК ТС следует, что физическое лицо, имеющее постоянное место жительства в государстве – члене Таможенного союза, является лицом государства – члена Таможенного союза; иностранное лицо – лицо, не являющееся лицом государства – члена Таможенного союза (подп. 9 п. 1 ст. 4 ТК ТС).

В связи с запросами таможенных органов относительно порядка признания граждан Российской Федерации иностранными физическими лицами для целей принятия решения об освобождении от предоставления обеспечения уплаты таможенных пошлин, налогов при временном ввозе транспортных средств для личного пользования, зарегистрированных в иностранном государстве, ФТС России предлагает руководствоваться положениями, изложенными в письме от 25 июля 2013 г. № 01-11/32101.

Пунктом 22 приложения 3 к Соглашению установлено, что от уплаты таможенных пошлин, налогов освобождаются транспортные средства для личного пользования, зарегистрированные на территории иностранного государства, временно ввозимые на таможенную территорию Таможенного союза иностранными физическими лицами на срок их временного пребывания на этой территории, но не более чем на один год.

В соответствии со ст. 16 Соглашения и п. 23 приложения 3 к Соглашению временный ввоз транспортных средств для личного пользования, зарегистрированных на территории иностранного государства, физическими лицами государств – членов Таможенного союза любым способом на срок, не превышающий шести месяцев, допускается при условии обеспечения уплаты тамо-

женных пошлин, налогов в соответствии с таможенным законодательством Таможенного союза.

Таким образом, таможенное законодательство Таможенного союза дифференцирует условия временного ввоза транспортных средств для личного пользования в зависимости от отнесения физического лица, его перемещающего, к конкретной категории субъектов таможенных правоотношений – иностранное физическое лицо либо физическое лицо государства – члена Таможенного союза.

Понятие «постоянное место жительства» таможенным законодательством Таможенного союза и законодательством Российской Федерации о таможенном деле не определено. В связи с этим в силу ч. 3 ст. 5 Федерального закона от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» применению подлежат соответствующие нормы иного законодательства Российской Федерации.

В соответствии с положениями Закона РФ от 1 апреля 1993 г. № 4730-1 «О государственной границе Российской Федерации» и Федерального закона от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию» пропуск через государственную границу Российской Федерации физических лиц заключается в признании законности пересечения ими государственной границы на основании действительных документов на право въезда лиц в Российскую Федерацию или выезда их из Российской Федерации.

ФТС России разъяснила, что если пересечение государственной границы Российской Федерации физическим лицом осуществляется на основании удостоверяющего личность документа иностранного государства, то он рассматривается таможенными органами в качестве иностранного лица. В случае если пересечение государственной границы Российской Федерации физическим лицом осуществляется на основании заграничного паспорта гражданина Российской Федерации или иных документов, то при отсутствии документа, подтверждающего факт его постоянного проживания в иностранном государстве (вид на жительство, разрешение на жительство и др.), выданного в соответствии с законодательством иностранного государства, он рассматривается таможенными органами в качестве лица государства – члена Таможенного союза.

Данная позиция ФТС России вызывает серьезные сомнения.

Во-первых, федеральные законы, на которые ссылается ФТС, тоже не дают прямого ответа на вопрос, что есть «постоянное место жительства».

Во-вторых, в ТК ТС определение физического лица как лица государства – члена Таможенного союза связывается только с постоянным проживанием на территории государства, но никак не с гражданством.

В-третьих, Закон РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации» разграничивает место пребывания и место жительства гражданина Российской Федерации.

Место пребывания – гостиница, санаторий, дом отдыха, пансионат, кемпинг, туристская база, медицинская организация или другое подобное учреждение, учреждение уголовно-исполнительной системы, исполняющее

наказания в виде лишения свободы или принудительных работ, жилое помещение, не являющееся местом жительства гражданина Российской Федерации, иными словами, помещения, в которых он проживает временно.

Место жительства – жилой дом, квартира, комната, жилое помещение специализированного жилищного фонда (служебное жилое помещение, жилое помещение в общежитии, жилое помещение маневренного фонда, жилое помещение в доме системы социального обслуживания населения и др.) либо иное жилое помещение, в которых гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), договору найма специализированного жилого помещения либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством РФ, и в которых он зарегистрирован по месту жительства.

Соответственно, постоянное место жительства гражданина Российской Федерации – это то, в котором он зарегистрирован постоянно, и если регистрация отсутствует или она временная, лицо не может считаться имеющим постоянное место жительства в Российской Федерации. А если следовать логике письма ФТС России, то лицо государства – члена Таможенного союза – это физическое лицо, у которого отсутствует документ, подтверждающий факт его постоянного проживания в иностранном государстве.

Как известно, письмо – не нормативный акт, поэтому необходимо в ТК ТС закрепить, что с точки зрения таможенного законодательства является постоянным местом жительства физического лица.

Таможенный кодекс Таможенного союза определяет, что товары для личного пользования – товары, предназначенные для личных, семейных, домашних и иных не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности нужд физических лиц, перемещаемые через таможенную границу в сопровождаемом или несопровождаемом багаже, международных почтовых отправлениях либо иным способом.

Предназначение товаров, перемещаемых через таможенную границу определяется таможенным органом исходя из: заявления физического лица о перемещаемых товарах (в устной или письменной форме с использованием пассажирской таможенной декларации) в случаях, установленных Соглашением от 18 июня 2010 г.; характера и количества товаров; частоты пересечения физического лица и (или) перемещения им товаров через таможенную границу (ст. 3 Соглашения).

Полагаем, что данные критерии являются нечеткими, размытыми, дают возможность принятия волюнтаристских решений и способствуют возникновению коррупционных проявлений.

Например, начальник таможенного поста «Аэропорт Шереметьево» (пассажирский) на вопрос корреспондента журнала: «А как вы определяете: для себя человек везет вещи или на рынок?», ответил: «Исходим мы исключительно из критериев, указанных в Соглашении Таможенного союза, логики и личного опыта. Если гражданин везет 200 однородных товаров и при этом летает достаточно часто одним маршрутом, а потом заявляет, что этот товар он ввозит исключительно для себя, то у любого здравомыслящего человека возникнут подозрения и вопрос»⁹.

⁹ Турист на таможне // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2011. № 8. С. 51–52.

Пресс-служба ФТС России: «Гражданам следует помнить, что товары в количестве, превышающем необходимое для личного пользования, даже если они по стоимости и весу укладываются в нормы беспошлинного ввоза, считаются коммерческой партией»¹⁰.

Но кто может точно определить, сколько необходимо товаров для семейных нужд? Тем более что члены семьи в соответствии с подп. 8 п. 1 ст. 2 Соглашения это – супруга и супруг, состоящие в зарегистрированном браке, родители, дети, усыновители, усыновленные, а также родные братья и сестры, дедушка (дед), бабушка (бабка), внуки и нетрудоспособные иждивенцы.

Думается, что надо либо точно определять количество товаров, перемещаемых беспошлинно, либо вообще убирать данный критерий из законодательства. В настоящее время также сложно отследить частоту пересечения физическим лицом таможенной границы, поскольку передвижение может осуществляться через разные таможенные посты. Необходимо наладить взаимодействие с пограничной службой ФСБ России, для того чтобы создать единую электронную базу данных. Однако не факт, что гражданин каждый раз перемещал товары и, тем более, заполнял пассажирскую таможенную декларацию.

Следует доработать и некоторые другие положения Соглашения от 18 июня 2010 г.

Первоначально в Соглашении было закреплено, что с освобождением от уплаты таможенных платежей ввозятся товары для личного пользования, таможенная стоимость которых не превышает сумму, эквивалентную 1500 евро, и общий вес которых не превышает 50 кг.

В дальнейшем Протоколом от 19 октября 2011 г. в Приложение 3 Соглашения были внесены изменения: для товаров, перемещаемых воздушным транспортом, норма беспошлинного ввоза существенно увеличена и составляет теперь сумму, эквивалентную 10 000 евро. Для товаров, перемещаемых иными видами транспорта, нормы остались прежними.

Однако Приложение 5 «Товары для личного пользования, перемещаемые через таможенную границу, с уплатой таможенных пошлин, налогов» закрепляет, что товары для личного пользования, таможенная стоимость которых превышает сумму, эквивалентную 1500 евро, и (или) общий вес которых свыше 50 кг, оплачиваются по единой ставке – 30 процентов от их таможенной стоимости, но не менее 4 евро за 1 кг веса в части превышения весовой нормы 50 кг и (или) стоимостной нормы 1500 евро в эквиваленте. Никаких изменений, связанных с новой нормой беспошлинного ввоза на воздушном транспорте, внесено не было. Это привело к ряду конфликтов на таможенной границе, поскольку осведомленные граждане, перемещающие товары воздушным транспортом, в ответ на требование должностного лица таможенного органа уплатить таможенные пошлины, налоги ссылались на Приложение 3 Соглашения, тогда как должностные лица руководствовались Приложением 5. Для того чтобы разъяснить ситуацию, потребовалось вмешательство ФТС России.

В Письме ФТС России от 12 декабря 2011 г. № 04-30/60671 «О направлении памятки» (для пассажиров международных рейсов, следующих через таможенную границу Таможенного союза) сказано: при ввозе товаров для

¹⁰ Туристы, будьте осторожны! // Там же. 2013. № 6. С. 54.

личного пользования физическими лицами на таможенную территорию Таможенного союза применяется единая ставка 30 процентов от таможенной стоимости товаров, но не менее 4 евро за 1 кг веса, в части превышения стоимостной нормы 10 000 евро в эквиваленте и (или) весовой нормы 50 кг – в случае ввоза товаров для личного пользования, таможенная стоимость которых превышает сумму, эквивалентную 10 000 евро, и (или) вес которых превышает 50 кг.

Фактически Федеральная таможенная служба сформулировала новую норму права, место которой в Приложении 5 Соглашения.

Проблемы, связанные с применением и введением в действие Соглашения от 18 июня 2010 г., некомпетентным разъяснением его положений в средствах массовой информации освещались ранее¹¹.

Однако до сих пор появляются публикации, содержащие устаревшие нормы либо искажающие действующие положения. Например, разъясняется, что «по действующим на сегодняшний день правилам в международных почтовых отправлениях можно беспрошленно переслать в Россию антиквариат на сумму в 10 тыс. руб., все ценности, стоящие дороже этой суммы, облагаются налогом в 30 процентов»¹²; «в настоящее время при заявлении физического лица о ввозе культурных ценностей стоимостью более 65 тыс. руб. предоставляется полное освобождение от уплаты таможенных платежей при условии письменного декларирования и специальной регистрации»¹³. В данном случае были использованы нормы таможенного законодательства РФ, причем в искаженном виде, не действующие на момент выхода журнала уже более двух лет.

При обсуждении введения новых правил беспрошльного ввоза зарубежных интернет-посылок (в соответствии с Приложением 3 к Соглашению с освобождением от уплаты таможенных платежей пересылаются в международных почтовых отправлениях товары для личного пользования, таможенная стоимость которых не превышает сумму, эквивалентную 1000 евро, и общий вес которых не превышает 31 кг), давались разъяснения, что при превышении этих норм «взимается 30-процентная пошлина»¹⁴; «в случае превышения лимита пошлина составляет 30 процентов, но не менее 4 евро за 1 кг»¹⁵, тогда как на самом деле эти суммы взимаются не со всей стоимости, а только в части превышения норм беспрошльного ввоза (Приложение 5 к Соглашению). «Российская газета» публикует вопрос читателя: «Хочу поехать к друзьям в Беларусь. Все вместе мы собираемся потом отправиться в Польшу. Подскажите, есть ли ограничения на ввоз и вывоз наличных денег в Беларуси, и сколько я могу взять с собой?» и дает следующую консультацию: «Беларусь, Россия и Казахстан являются странами – участницами Таможенного союза.

¹¹ См.: *Матвеева Т. А.* Система источников таможенного права в условиях функционирования Таможенного союза // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2011. № 1(10). С. 214–215.

¹² Культурные ценности – под особым контролем // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2012. № 8. С. 60.

¹³ Там же. С. 62.

¹⁴ *Сюльжина А.* Как изменились в России правила интернет-посылок? // Рос. газета. 2014. 13 февр.

¹⁵ *Новый В.* Таможня проверит покупателей // Коммерсантъ. 2014. 15 янв.

В соответствии с Договором о порядке перемещения физическими лицами наличных денежных средств или денежных инструментов через таможенную границу ТС от 5 июля 2010 г. ввоз и вывоз физическими лицами наличных денежных средств на таможенную территорию Таможенного союза осуществляется без ограничений. Так что можете брать с собой столько денег, сколько захотите. Одно «но»... Если вы повезете наличные или денежные чеки на общую сумму, превышающую в эквиваленте 10 000 долларов США, то они подлежат таможенному декларированию в письменной форме путем подачи пассажирской таможенной декларации на всю сумму ввозимых наличных денежных средств»¹⁶.

Эти разъяснения верны, если речь идет о выезде из государств – членов Таможенного союза в другое государство, в данном случае в Польшу, но заголовок публикации: «Сколько денег россиянин может провести с собой в Беларусь?» вносит путаницу, поскольку на перемещение денежных средств физическими лицами из России в Беларусь положения Договора от 5 июля 2010 г. не распространяются. Между Российской Федерацией и Республикой Беларусь, равно как и между Российской Федерацией и Республикой Казахстан, нет таможенных границ, таможенный контроль отсутствует, и товары перемещаются свободно.

Ежегодно миллионы граждан перемещаются через таможенную границу Таможенного союза. Только в регионе деятельности Воронежской таможни количество физических лиц, пересекших таможенную границу в 2012 г., составило 454,7 тыс. человек, а в 2013 г. – 492,4 тыс. человек, что на 8,3 % выше¹⁷. Их взаимоотношения с должностными лицами таможенных органов во многом зависят от ясности и точности формулировок нормативных актов.

Думается, что разрабатываемые изменения и дополнения таможенного законодательства Таможенного союза устранят существующие неточности и пробелы.

¹⁶ Васильева Ю. Сколько денег россиянин может провести с собой в Беларусь? // Рос. газета. 2014. 20 февр.

¹⁷ Использованы основные показатели, характеризующие результаты деятельности Воронежской таможни в 2012 и 2013 гг.

Воронежский государственный университет

*Матвеева Т. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры административного и муниципального права
E-mail: ser35031333@yandex.ru
Тел.: 8-915-548-58-69*

Voronezh State University

*Matveeva T. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Administrative and Municipal Law Department
E-mail: ser35031333@yandex.ru
Tel.: 8-915-548-58-69*

УДК 342.97

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО
ОБ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ И ИНДИВИДУАЛЬНЫХ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЕЙ ТРЕБУЕТ РЕФОРМИРОВАНИЯ

М. В. Глухова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 10 февраля 2014 г.

Аннотация: статья посвящена проблемам административной ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Анализируются проблемные вопросы установления вины юридического лица и индивидуального предпринимателя при совершении административного правонарушения их работниками. Обосновывается необходимость реформирования действующего законодательства в данной области.

Ключевые слова: юридическое лицо, индивидуальный предприниматель, вина, административная ответственность.

Abstract: this article is devoted to the issues of administrative responsibility of legal entities and individual entrepreneurs. The article analyzes the problem questions of establishing the guilt of the legal entity and individual entrepreneur in committing an administrative violation of their employees. The author substantiates the necessity of reforming the existing legislation in this area.

Key words: juridical person, individual entrepreneur, guilty, administrative responsibility.

Проблема административной ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей по-прежнему остается одной из самых трудных и до конца не получила разрешения ни в теории, ни на практике. До настоящего времени в юридической науке находятся как сторонники, так и противники административной ответственности юридических лиц.

Ранее действовавший Кодекс РСФСР об административных правонарушениях, вступивший в действие 20 июня 1984 г. и фактически применявшийся до 1 июля 2002 г., не предусматривал ответственности индивидуальных предпринимателей, хозяйствующих субъектов – юридических лиц. Их административная ответственность стала устанавливаться различными федеральными законами, а также законами субъектов РФ.

Переход к рыночным отношениям, появление хозяйствующих субъектов различных организационно-правовых форм закономерно возродили административную ответственность юридических лиц в виде штрафа. Отчасти это объясняется тем, что новые условия позволили усилить значение административного штрафа на укрепление законности в деятельности юридических лиц, поскольку его крупные размеры призваны значительно отразиться на их имущественном положении.

© Глухова М. В., 2014

Кроме того, наиболее серьезные общественно вредные последствия как от административных правонарушений, так и от уголовных преступлений связываются, прежде всего, с деятельностью юридических лиц¹.

Вместе с тем вопрос об определении вины юридического лица как искусственного образования, которая, разумеется, не тождественна вине физических лиц, до сих пор остается открытым.

К сожалению, действующее законодательство не дает четкого ответа на следующие вопросы: как разграничить действия самого юридического лица и его субстрата – физических лиц? Где та грань, которая позволит говорить о вине организации в целом и возложить ответственность именно на нее, а не на должностное лицо, конкретного работника?

Данные вопросы требуют своего разрешения и при привлечении к ответственности индивидуальных предпринимателей, использующих труд наемных работников.

В соответствии с нормой, предусмотренной ч. 2 ст. 2.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ), организация привлекается к административной ответственности в случае, если установлено, что у нее имелась возможность для соблюдения правил и норм, за нарушение которых КоАП РФ или законами субъекта Российской Федерации предусмотрена административная ответственность, но ею не были приняты все зависящие от нее меры по их соблюдению.

Анализ судебной арбитражной практики применения данной нормы показывает, что суды часто не указывают в принимаемых по делу актах – в чем же конкретно заключается вина юридического лица в совершении административного правонарушения, поскольку его объективная сторона всегда совершается конкретным физическим лицом – работником, должностным лицом. В чем же состоит вина юридического лица?

Очевидно, что привлечение к административной ответственности без вины, т.е. объективное вменение, не согласуется с основополагающим принципом административного права – принципом наступления ответственности за вину.

На это неоднократно обращал внимание Конституционный Суд Российской Федерации.

В п. 3 мотивировочной части определения Конституционного Суда Российской Федерации от 6 июля 2010 г. № 934-О-О² указано, что наличие вины как элемента субъективной стороны состава правонарушения является одним из принципов юридической ответственности, а конституционные положения о презумпции невиновности и бремени доказывания, которое возлагается на органы государства и их должностных лиц, выражают общие принципы права при применении государственного принуждения карательного (штрафного) характера в сфере публичной ответственности в уголовном и административном праве.

По сути, аналогичная правовая позиция выражена также и в других решениях Конституционного Суда Российской Федерации (например, поста-

¹ См. подробнее: Уголовно-правовое воздействие : монография / под ред. А. И. Рарога. М., 2012.

² Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

новления от 7 июня 2000 г. № 10-П, от 27 апреля 2001 г. № 7-П, от 17 июля 2002 г. № 13-П, определение от 9 апреля 2003 г. № 172-О)³.

В соответствии с правовыми позициями, выраженными в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 15 июля 1999 г. № 11-П, от 27 апреля 2001 г. № 7-П, от 30 июля 2001 г. № 13-П и от 24 июня 2009 г. № 11-П⁴, в качестве необходимого элемента общего понятия состава правонарушения выступает вина, наличие которой является во всех отраслях права предпосылкой возложения юридической ответственности, если иное прямо и недвусмысленно не установлено непосредственно самим законодателем; федеральный законодатель, устанавливая меры взыскания штрафного характера, может предусматривать (с учетом особенностей предмета регулирования) различные формы вины и распределение бремени ее доказывания.

В последние годы все чаще стали звучать аргументы в поддержку введения в отношении юридических лиц уголовной ответственности.

Дискуссии о возможности введения в России института уголовной ответственности юридических лиц, которые раньше велись на уровне монографических работ⁵, продолжились с новой силой после опубликования на сайте Следственного комитета Российской Федерации для обсуждения проекта федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с введением института уголовно-правового воздействия в отношении юридических лиц»⁶.

Таким образом, проблема ответственности юридических лиц в настоящее время затронула не только административное, но и уголовное право.

Законодательство многих иностранных государств содержит нормы, позволяющие привлекать юридическое лицо не только к административной, но и к уголовной ответственности. Зарубежный опыт определения вины организаций представляет огромный познавательный интерес и может быть заимствован российским законодательством.

Рассмотрим некоторые из зарубежных концепций.

По законодательству Венгрии уголовная ответственность юридического лица вытекает из действий, совершенных:

1) одним или несколькими участниками, или менеджерами, или представителями, наделенными правом управлять этим юридическим лицом или представлять его интересы, или контролирующим членом правления, и/или их представителями;

³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Там же.

⁵ См., например: Антонова Е. Ю. Юридическое лицо как субъект преступления : опыт зарубежных стран и перспективы применения в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владивосток, 1998 ; *Ее же*. Уголовная ответственность юридических лиц : монография / под ред. А. И. Коробеева. Владивосток, 2005 ; *Карибов С. И.* Уголовная ответственность легальных организаций : понятие и содержание : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2006.

⁶ См., например: *Богданов Е. В.* Проблема уголовной ответственности юридических лиц // Рос. юстиция. 2011. № 8. С. 33–35 ; Теория и практика Александра Бастрыкина. URL: http://www.ng.ru/politics/2011-02-18/3_bastrykin.html

2) одним из его участников или сотрудников, когда со стороны руководителя, наделенного соответствующими полномочиями, наблюдается недостаток контроля;

3) третьим лицом при условии, что представители компании, наделившие его правами по управлению юридическим лицом, знали об этих фактах⁷.

Интересен подход к определению вины юридического лица в совершении правонарушения по законодательству Италии.

Юридическое лицо может быть освобождено от ответственности в случае удачного использования так называемой «защиты посредством организационной структуры». Компания не несет ответственности за действия ее служащих, занимающих руководящие должности, если докажет, что:

а) до совершения преступления руководящий орган этой компании утвердил и эффективно использовал соответствующую организационно-управленческую модель с целью предотвращения преступлений, аналогичных по своей природе тому, которое было совершено;

б) юридическое лицо организовало независимый от руководства надзорный орган с целью надзора, контроля, укрепления и совершенствования модели;

в) указанный независимый от руководства надзорный орган до совершения преступления осуществлял эффективный надзор и контроль за использованием модели;

г) лицо, виновное в совершении преступления, совершило его путем злого намеренного уклонения от выполнения правил, установленных моделью.

Кроме того, законодательно установлены общие для всех критерии, которые должны обязательно входить в «приемлемую» модель. В их числе: определение вида деятельности, создающего потенциальную опасность совершения преступления; процедура принятия и утверждения решений, чреватых правонарушениями; перечень обязательных для исполнения и исполняемых процедур и мер, направленных на предотвращение совершения преступлений; мероприятия по управлению финансовыми ресурсами, предназначенные для недопущения совершения определенных преступлений; система дисциплинарных мер и взысканий за неисполнение правил и требований модели или за несоответствие ей и др.

Юридические лица (компании и ассоциации) могут быть привлечены к ответственности за преступления, совершенные от их имени или в их интересах физическим лицом (лицами), занимавшим руководящую должность в соответствующей компании, зарегистрированной в качестве юридического лица, и имевшим право действовать от имени этого юридического лица либо издавать обязательные для исполнения приказы и распоряжения, либо осуществлять контроль за деятельностью этого юридического лица. Корпоративная ответственность также может быть возложена на компанию в том случае, когда преступление было совершено в

⁷ См.: *Бирюков П. Н. Уголовная ответственность юридических лиц в иностранных государствах. 2-е изд., перераб. и доп. Saarbrücken, 2011. С. 69.*

результате отсутствия у юридического лица органов и средств внутреннего контроля и надзора⁸.

Аналогично рассматривает эти вопросы и законодательство Литвы. Так, ответственность юридического лица обуславливается совершением уголовного деяния физическим лицом, действующим для пользы юридического лица при выполнении полномочий по его представительству, принятия решений в его пользу или управления им. Кроме того, юридическое лицо может нести ответственность, когда отсутствие надзора или контроля сделало возможным совершение уголовного деяния в пользу юридического лица его служащим или уполномоченным представителем⁹.

Законодательство Нидерландов связывает также возможность наступления ответственности с неосуществлением надлежащего контроля. Так, Уголовный кодекс Голландии называет в качестве основания уголовной ответственности организации недостаток контроля за физическим лицом, занимающим «ведущие позиции в организации».

Верховный суд Голландии также отметил, что для установления умысла юридическое лицо должно дать ясно выраженное согласие на действия его сотрудника, т.е. знать о его действиях и одобрять их. В этом случае действия сотрудника могут рассматриваться как действия самого юридического лица. Таким образом, в Голландии принято считать, что юридическое лицо совершает деликт, если речь идет о действии, которое в общественном обиходе считается действием юридического лица. При этом должно быть установлено, что речь идет о сделке, предпринятой данным юридическим лицом и находящейся в сфере его влияния. Именно поэтому, если деяние может быть вменено юридическому лицу, то за него может быть наказано как юридическое лицо, так и физические лица, совершившие запрещенный поступок, а также те, кто дал задание на его выполнение или осуществлял фактическое руководство при его совершении¹⁰.

Закон Республики Словения «Об ответственности юридических лиц за преступные деяния» 1999 г. установил, что юридические лица привлекаются к ответственности, если поступок был совершен физическим лицом от их имени или для их выгоды. В числе наказуемых действий являются следующие: вынесение руководящими органами незаконного решения, приказа или его поддержка; побуждение или содействие преступнику со стороны органов управления; недостаток контроля менеджмента за законностью действий служащих компании¹¹.

В законодательстве Федеративной Республики Германия также прослеживается поведенческий подход к определению вины организаций: «противоправное действие представителей или руководителей корпорации

⁸ См.: Бирюков П. Н. Указ. соч. С.105–106.

⁹ См.: Там же. С. 133–134.

¹⁰ См.: Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. К вопросу о понятии субъекта преступления в уголовном праве Голландии и России // Правовая реформа в России и зарубежный опыт. Красноярск, 1997. С. 28, 88 (цит. по: Антонова Е. Ю. Современные концепции корпоративной (коллективной) уголовной ответственности // Современное право. 2011. № 6).

¹¹ См.: Бирюков П. Н. Указ. соч. С. 177.

нарушает определенные законные обязанности корпорации или приносит финансовую выгоду компании (или преследовало цель принести финансовую выгоду компании), а также при противоправных действиях сотрудников компании, которые могли быть предотвращены ее руководителем, т.е. при отсутствии должного контроля, применяется система наложения штрафов не только на физических лиц, но и на корпорации (Ordnungswidrigkeiten)¹².

Иной доктрины придерживается законодательство Англии, рассматривающее корпорации как субъекты правоотношений через доктрины опосредованной ответственности и идентификации, или теории отождествления¹³.

Под опосредованной ответственностью понимается ответственность одного лица за действия другого (liabilityfortheactofanother). В соответствии с данной доктриной компания несет всю ответственность за действия работника, которые тот совершает в рамках своих обязанностей. По отношению к корпоративной уголовной ответственности доктрина имеет несколько усеченный характер. Компания признается ответственной за действия своих сотрудников только в случаях, если они действуют как служащие, представители или агенты компании, причем уголовная ответственность компании при этом не зависит от того, каковы были действия высшего менеджмента и управляющих юридического лица. Наиболее часто доктрина опосредованной ответственности применяется по отношению к преступлениям «строгой ответственности», когда для привлечения лица к уголовной ответственности не требуется доказывания наличия в его действиях вины¹⁴.

Доктрина идентификации (теория отождествления), впервые изложенная в одном из решений Палаты лордов в 1915 г., исходит из того, что действие (бездействие) и психическое состояние высших должностных лиц корпорации определяется как деяние и психическое состояние корпорации. Обычные служащие и агенты являются не более чем руками, выполняющими работу и не отвечающими за разум и волю корпорации. Дирекция и управляющие компании – это ее мозг, контролирующий ее деятельность, в силу чего они могут быть идентифицированы с компанией. Следовательно, в случае, когда преступление совершено должностным лицом, корпорация отвечает как исполнитель, если же служащий был соучастником – корпорация подлежит ответственности как соучастник¹⁵.

¹² Панов А. Б. Административная ответственность юридических лиц : дис. ...канд. юрид. наук. Челябинск, 2012.

¹³ См.: Антонова Е. Ю. Современные концепции корпоративной (коллективной) уголовной ответственности.

¹⁴ См.: Чупрова Е. В. Ответственность за преступное поведение юридических лиц в современной Европе // Системность в уголовном праве : материалы II Российского конгресса уголовного права (31 мая – 1 июня 2007 г.). М., 2007. С. 493.

¹⁵ См.: Уголовное право зарубежных государств / под ред. и с предисл. И. Д. Козочкина. М., 2001. С. 46 ; Есаков Г. А., Крылова Н. Е., Серебренникова А. В. Уголовное право зарубежных стран. М., 2008. С. 137 ; Ситковский И. В. Уголовная ответственность юридических лиц : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 58.

Уголовная ответственность юридического лица за виновные действия физических лиц наступает лишь в том случае, если указанные действия были совершены в пользу или во исполнение функций данного юридического лица.

Таким образом, ответственность юридических лиц обусловлена наличием двух обстоятельств: 1) преступное деяние должно быть совершено в пользу юридического лица; 2) его руководителем или иным представителем.

В настоящее время именно такая модель взята за основу разработчиком законопроекта по вопросу введения уголовной ответственности юридических лиц в Республике Казахстан¹⁶.

Согласно канадской правоприменительной практике категория управляющего разума расширена путем включения в число тех, кто может представлять административное управление корпорации: совет директоров, управляющего, директора, менеджера или любое другое лицо, делегированное советом директоров. В Англии эта группа включает в себя совет директоров, управляющего директора и высокопоставленного (главного) менеджера. Более того, судам Канады предписано устанавливать не только главного менеджера, контролирующего корпоративную политику, но и того, кто непосредственно совершил преступление. При этом уголовная ответственность корпорации в Канаде наступает независимо от количества физических лиц, допустивших нарушение закона, и независимо от их служебного положения, а также от того, будет ли установлен индивид, на которого может быть возложена персональная ответственность¹⁷.

В соответствии с доктриной, существующей в американском праве и именуемой «пусть ответит старший», для возложения уголовной ответственности на корпорацию необходимо: во-первых, чтобы агент корпорации совершил незаконное действие (*actus reus*) в здравом состоянии рассудка (виновная воля, *mens rea*); во-вторых, чтобы он действовал, не выходя за рамки своих полномочий; в-третьих, чтобы у него были намерения принести выгоду корпорации¹⁸.

Представляется, что положительный опыт зарубежных государств в этом вопросе может быть использован российским правом.

В частности, в отечественном законодательстве можно было бы предусмотреть, что при привлечении организаций к административной ответственности имеющими определяющее значение и подлежащими выяснению по делу должны стать следующие обстоятельства:

1. Кем было принято решение о совершении административного правонарушения – органами управления юридическим лицом либо непосредственно его работником?

2. Повлекли ли соответствующие действия выгоду для организации?

3. Какие меры предпринимались юридическим лицом для недопущения совершения правонарушения (т.е. создавалась ли в данной организа-

¹⁶ См.: Алимбеков М. Основным побудительным мотивом для признания уголовной ответственности юридических лиц стала необходимость борьбы с экологическими и хозяйственными преступлениями // Юрид. газета. 2011. 8 апр.

¹⁷ См.: Антонова Е. Ю. Современные концепции корпоративной (коллективной) уголовной ответственности.

¹⁸ См.: Никифоров Б. С., Решетников Ф. М. Современное американское право / отв. ред. В. А. Власихин. М., 1990. С. 56.

ции система контроля за соблюдением сотрудниками норм действующего законодательства)?

В тех случаях, когда административное правонарушение совершено работником либо должностным лицом не во исполнение решения руководящих органов, а по собственной инициативе, эти действия не повлекли для организации каких-либо выгод или преимуществ и правонарушение совершено, несмотря на созданную и реально работающую в организации систему контроля, юридическое лицо не должно привлекаться к административной ответственности, поскольку иное означало бы наступление ответственности без вины, т.е. объективное вменение. Административной ответственности в этом случае должны подлежать лишь виновные физические лица.

Интересную формулировку по вопросу административной ответственности юридического лица предлагает Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях, п. 2 ст. 36 которого гласит, что юридическое лицо подлежит административной ответственности за административное правонарушение, если деяние было совершено, санкционировано, одобрено органом или лицом, осуществляющим функции управления юридическим лицом¹⁹.

Данная формулировка представляется нам более удачной, чем та, которая использована в действующем КоАП РФ, и может быть принята за основу с некоторыми оговорками.

Во-первых, решение о совершении противоправных действий может быть принято учредителем (учредителями) юридического лица либо его единоличным исполнительным органом – директором.

От совершения административного правонарушения сама организация и ее коллектив (если он имеется, и юридическое лицо не состоит исключительно из учредителей) может не получить имущественных выгод. Однако административный штраф вполне может затронуть интересы каждого из членов (работников, должностных лиц) этой организации.

В этом случае, по нашему мнению, административная ответственность должна быть распределена среди истинно виновных лиц, принявших противоправное решение, т.е. учредителей.

В этом вопросе правильной и обоснованной представляется позиция, высказанная О. Н. Шестобоевым²⁰.

Однако в том случае, если административное правонарушение повлекло какие-либо имущественные выгоды для юридического лица и его коллектива в целом, привлечение к ответственности организации, по нашему мнению, оправдано.

Во-вторых, правонарушение может быть совершено ввиду неосуществления надлежащего контроля за деятельностью должностных лиц и работни-

¹⁹ См.: Трубин Е. М. Вина юридического лица. Заметки об административной ответственности. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Евстратова Ю. А. Сравнительный анализ нормативно-правовых актов об административной ответственности России, Республики Беларусь и Казахстана. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: Шестобоев О. Н. Может ли юридическое лицо быть виновным в совершении административного правонарушения? // Административное право и процесс. 2012. № 3. С. 15.

ков юридического лица. Например, юридическое лицо может не предусматривать в своей структуре контролирующих органов или должностных лиц, вследствие чего его работниками совершаются административные правонарушения. То есть имеет место порок самой структуры юридического лица.

В том случае, если система такого контроля не создана либо не исполняет свои функции, юридическое лицо также должно привлекаться к административной ответственности.

Необходимость реформирования действующего законодательства об административной ответственности назрела не только в отношении юридических лиц, но и индивидуальных предпринимателей.

Анализ судебной практики доказывает отсутствие единства подходов к определению вины предпринимателя в совершении административного правонарушения.

Отношения индивидуальных предпринимателей, привлекающих наемных работников, во многом схожи с конструкцией юридического лица. В связи с этим изложенные выводы о наступлении ответственности вследствие неисполнения обязанности по контролю за работниками относятся и к индивидуальным предпринимателям, использующим наемный труд.

По действующему КоАП РФ административная ответственность индивидуальных предпринимателей приравнена к ответственности должностных лиц, что не единожды подвергалось обоснованной критике в научной литературе.

Действительно, как можно говорить, например, о служебных обязанностях предпринимателя, работающего самостоятельно, без привлечения наемного труда? Ведь в этом случае административное правонарушение совершается им умышленно либо по неосторожности, его вина определяется как у физического лица.

Индивидуальный предприниматель может проявить должную предусмотрительность и обеспечить своим работникам все необходимые условия для нормального осуществления ими своей деятельности. В случае если работник все же совершает правонарушение, то именно он должен нести за него всю ответственность.

В иных случаях административное правонарушение может совершаться работниками индивидуального предпринимателя по его непосредственному указанию либо при намеренном попустительстве с его стороны (в том числе и выражающемся в отсутствии должного контроля).

Например, в магазине, принадлежащем предпринимателю, неисправен контрольно-кассовый аппарат, о чем он поставлен в известность своими работниками, однако намеренно не предпринимает действий по его ремонту либо замене, и продажа товаров в торговой точке продолжает осуществляться без выдачи кассовых чеков.

В данном случае административную ответственность несет индивидуальный предприниматель, поскольку им не осуществлялись должным образом административно-хозяйственные и организационно-распорядительные функции.

Однако сложности в определении надлежащего субъекта ответственности возникают в тех случаях, когда административное правонарушение

совершено работниками предпринимателя без его ведома, одобрения либо согласия.

В силу ст. 26.1 КоАП РФ по делу об административном правонарушении выяснению подлежит в том числе виновность лица в его совершении.

С одной стороны, индивидуальный предприниматель должен отвечать при наличии его вины в совершении правонарушения в форме умысла либо неосторожности. Объективную сторону правонарушения выполняет иное лицо (работник), поэтому привлечение предпринимателя к ответственности за другое лицо, по сути, означает объективное вменение.

С другой стороны, предпринимательская деятельность всегда основана на риске. Индивидуальный предприниматель, организуя свое дело, самостоятельно определяет тех лиц, с которыми он заключает трудовые договоры и которые впоследствии выступают от его имени. От тщательности данного выбора зависит в последующем то, как будет осуществляться вся его деятельность – с соблюдением норм закона либо с его нарушениями.

Вместе с тем при всей тщательности отбора персонала работодатель никогда не может быть застрахован от того, что его работник под влиянием различных обстоятельств может совершить правонарушение.

Согласно примечанию к ст. 2.4 КоАП РФ лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, совершившие административные правонарушения, несут административную ответственность как должностные лица, если Кодексом не установлено иное (исключение из этого правила установлено, в частности, примечаниями к ст. 15.27, 15.33 КоАП РФ).

Частью 3 ст. 9.1, примечаниями к ст. 6.16, 12.31, 14.1, 16.1, 18.1, 19.5 КоАП РФ установлено, что за правонарушения, предусмотренные данными составами, лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, в связи с осуществлением ими указанной деятельности несут административную ответственность как юридические лица, за исключением случаев, если в соответствующих статьях глав КоАП РФ предусмотрены специальные правила об административной ответственности лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, отличающиеся от правил об административной ответственности юридических лиц.

Размытость формулировок КоАП РФ относительно административной ответственности индивидуальных предпринимателей на практике вызывает неоднозначное толкование, в связи с этим вина предпринимателей определяется некоторыми судьями как у юридических лиц – по ч. 2 ст. 2.1 КоАП РФ.

Очевидна необходимость внесения большей ясности в вопрос привлечения к ответственности индивидуальных предпринимателей, что исключило бы возможность двоякого толкования.

В связи с этим в КоАП РФ можно было бы закрепить следующие принципиальные положения:

1) вина индивидуального предпринимателя, не использующего наемный труд, при совершении административного правонарушения определяется так же, как у физического лица, – в форме умысла или неосторожности;

2) индивидуальный предприниматель, использующий наемный труд, при совершении административного правонарушения его работником, привлекается к административной ответственности, если правонарушение было им санкционировано, одобрено либо стало возможным ввиду неосуществления им должного контроля за деятельностью работников.

Таким образом, при решении вопроса о привлечении к административной ответственности индивидуального предпринимателя, использующего наемный труд, подлежат выяснению следующие обстоятельства:

а) давались ли предпринимателем прямые указания работнику на совершение правонарушения либо предприниматель знал о совершении правонарушения, однако намеренно не предпринимал действий по его недопущению в дальнейшем;

б) насколько четко и конкретно до работника были доведены его обязанности: разработана ли должностная инструкция, заключен ли договор о полной материальной ответственности, проведен ли необходимый инструктаж;

в) каким образом индивидуальным предпринимателем контролировалась деятельность своих работников: проводились ли им периодические проверки, затребовались ли отчеты, изучались ли документы и др.

Предложенные новации послужат достижению единства в вопросе определения вины субъектов предпринимательской деятельности, позволят привлекать к административной ответственности действительно виновных лиц, что в свою очередь послужит цели достижения законности и справедливости наказания.

Воронежский государственный университет

Глухова М. В., соискатель кафедры административного и муниципального права

E-mail: margarita1981@bk.ru

Тел.: 8-980-345-40-50

Voronezh State University

Glukhova M. V., Post-graduate Student of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: margarita1981@bk.ru

Tel.: 8-980-345-40-50

УДК 336.22

МЕТОДОЛОГИЯ РАЗРЕШЕНИЯ ПРОБЛЕМ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫХ ИНСТИТУТОВ,
ПОНЯТИЙ И ТЕРМИНОВ В НАЛОГОВОМ ПРАВЕ

Е. Е. Смолицкая

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 5 февраля 2014 г.

Аннотация: использование гражданско-правовых институтов, понятий и терминов в налоговом праве порождает множество проблем в теории и на практике. Данная статья посвящена выработке методологии решения этих проблем. Предлагается также новая редакция статьи 11 НК РФ.

Ключевые слова: налоговое право, гражданское право, правовые институты, правовые понятия, правовые термины.

Abstract: the application of civil institutions, terms and concepts in the Tax Law generates a lot of problems in theory and practice. The article is devoted to elaborating the methodology to solve these problems. Also the author proposes a new statutory wording of section 11 of Tax Code.

Key words: Tax Law, Civil Law, legal institutions, legal concepts, legal terms.

Процесс налогового правотворчества облегчается и обогащается благодаря использованию гражданско-правовых институтов, понятий и соответствующих терминов.

Тем не менее использование гражданско-правовых конструкций в налоговом законодательстве порождает проблемы его толкования, коллизии правовых норм и как следствие – судебные споры и научные дискуссии.

Комплексных исследований, которые заложили бы методологию решения проблем в данной сфере, мало. Среди них можно выделить диссертацию М. Ю. Чельшева (2009) «Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование», а также группу работ М. В. Карасёвой¹.

Основы использования гражданско-правовых институтов, понятий и терминов в налоговом праве законодатель попытался заложить в ст. 11 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ), п. 1 которой гласит: «Институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом».

¹ См.: Карасёва М. В. Налоговое правоотношение : имущественная идентичность и проблема адаптации частноправовых конструкций // Закон. 2010. № 11. С. 57–67 ; *Ее же*. Термины гражданского права в налоговом законодательстве и правоприменении // Там же. 2013. № 6. С. 123–130 ; *Ее же*. Гражданско-правовая детерминация налогового права : понятие и сущностная обусловленность // Государство и право. 2013. № 7. С. 36–45 ; и др.

В ст. 11 НК РФ предпринята попытка «объять необъятное». Использование понятий и терминов, с одной стороны, и использование правовых институтов, с другой стороны, – это два разных проявления связи налогового и гражданского права и различные сопутствующие им правовые проблемы.

Разграничение правовых институтов, понятий и терминов

Правовой институт – это совокупность правовых норм, регулирующих определенную разновидность общественных отношений², структурный элемент системы права³. Следовательно, использование одной отраслью института другой отрасли – это использование соответствующей группы правовых норм.

Термин – языковое выражение, называющее конкретный или абстрактный объект какой-либо специальной отрасли знания⁴.

Понятие – форма мысли, обобщенно отражающая предметы и явления посредством фиксации их существенных свойств⁵.

Статья 11 НК РФ регулирует вопрос о том, в каком *значении* применяются институты, понятия и термины из других отраслей законодательства. *Значение может быть атрибутом только слова, термина* как языкового знака, что явствует как из анализа специальной литературы⁶, так и из соображений здравого смысла. Поэтому, говоря о значении, в ст. 11 НК РФ некорректно упоминать наряду с понятиями и терминами институты, которые являются группами правовых норм.

С учетом принципиального различия терминов как категорий языка и институтов как правовых образований следует различать соответствующие проблемы:

1) применительно к терминам – понимание их значения, что важно для правильного толкования налоговых норм, содержащих в своем тексте гражданско-правовые термины. Особенно острой является проблема многозначности терминов;

2) применительно к институтам – определение правового режима их функционирования, а также ответы на возникшие вопросы: какова отраслевая принадлежность вновь образованного института, как разрешать коллизии гражданско-правовых и налоговых норм и др.

² См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2009. С. 305; Морозова Л. А. Теория государства и права. М., 2005. С. 230; Теория государства и права / отв. ред. В. Д. Перевалов. М., 2005. С. 176; Теория государства и права / под ред. В. В. Лазарева. М., 2001. С. 200; Теория государства и права / под общ. ред. О. В. Мартышина. М., 2007. С. 298.

³ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 240.

⁴ См.: Новая философская энциклопедия : в 4 т. / под ред. В. С. Стёпина. М., 2001. Т. 4. С. 55–56.

⁵ См.: Новейший философский словарь / сост. А. А. Грицанов. Минск, 1998. С. 533; Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М., 2001. С. 437.

⁶ См.: Коллеж Н. Г. Компоненты содержательной структуры слова. М., 1969. С. 75; Место терминологии в системе современных наук / под ред. А. Г. Волкова. М., 1970. С. 85–99; Мигирин В. Н. Ограничения в применении метода дифференциальных признаков при определении семантических оборотов // Вопросы филологии. М., 1969. С. 249–254.

Статья 11 НК РФ, применимая в первом случае, не решает проблем во втором. Расширительное ее толкование стало бы грубым упрощением.

Методология разрешения проблем использования понятий и терминов в налоговом праве

Основное положение, от которого мы будем отталкиваться: понятия и термины неразрывно связаны. *Понятие – это мыслимая модель какого-либо объекта (явления), а термин – его языковой знак, имя.*

Такое понимание сформировано на основе общенаучной методологии, логики, языкознания и семиотики (науки о знаках)⁷, где термин рассматривается в качестве языкового знака (символа, имени), обозначающего какой-либо объект и выражающего понятие о нем, а понятие – как смысл термина⁸.

Ряд правоведов учитывают эти важнейшие положения и указывают, что юридический термин – это слово или словосочетание, «выражающее правовое понятие»⁹, являющееся «наименованием юридического понятия»¹⁰, «носителем понятия»¹¹. К сожалению, далеко не всегда такое понимание присутствует в отраслевых науках и законодательстве.

Пункт 1 ст. 11 НК РФ должен правильно отражать соотношение терминов и понятий и содержать оборот «термины, обозначающие понятия...».

В процессе налогового правотворчества используются и понятия, и термины: понятиями законодатель оперирует при мысленном конструировании правовых норм, а термины включаются в правовой текст.

Понятия и термины из гражданского права по-разному используются в налоговом законодательстве.

1. Цивилистический термин, для которого НК РФ не закрепляет специального значения, является однозначным в гражданском и налоговом праве.

Гражданское законодательство выступает *инструментом толкования налоговых норм*, в тексте которых упоминается однозначный цивилистический термин.

Анализ понятий нормы права является одной из процедур толкования-уяснения¹². Чтобы уяснить смысл налоговой нормы, содержащей цивилистический термин, нужно сначала мысленно сконструировать обозначае-

Е. Е. Смолицкая. Методология разрешения проблем использования...

⁷ См.: Лотман Ю. М. Люди и знаки // Семиосфера. СПб., 2010. С. 6–10.

⁸ См., например: Войшвилло Е. К., Дегтярев М. Г. Логика как часть теории познания и научной методологии. М., 1994. Кн. 1. С. 45; Губаева Т. В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. М., 2004. С. 52; Мельников Г. П. Языковой знак, значение и термин // Место терминологии в системе современных наук. М., 1970. С. 89–92; Лейчик В. М. Люди и слова. М., 1982. С. 113; Рикёр П. Термин // Новая философская энциклопедия: в 4 т. / под ред. В. С. Стёпина. М., 2001. Т. 4. С. 55–56; и др.

⁹ Ивакина Н. Н. Профессиональная речь юриста. М., 2008. С. 186–189.

¹⁰ Савицкий В. М. Язык процессуального закона. Вопросы терминологии. М., 1987. С. 24; Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1990. С. 65.

¹¹ Дёмин А. В. Общая теория налогово-правовых норм. М., 2013. С. 174.

¹² См.: Кашанина Т. В. Юридическая техника: учебник. М., 2011. С. 372.

мое этим термином понятие. Существенные признаки цивилистического понятия, естественно, вычлениаются из положений гражданского права. Последнее в данной ситуации выступает как источник информации об интересующем нас гражданско-правовом явлении, но не как нормативный регулятор.

Однако следует помнить, что п. 3 ст. 2 ГК РФ запретил применять гражданское законодательство к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым отношениям, если иное не предусмотрено законодательством. Вряд ли использование термина можно рассматривать как выражение воли законодателя на применение норм иной отраслевой принадлежности: для этого существует легальный юридико-технический способ прямой отсылки. Впрочем, из указанного правила бывают и исключения. О них речь пойдет в следующем пункте.

2. Цивилистический термин может служить скрытой отсылкой к гражданскому законодательству.

Например, в п. 7 и 8 ст. 50 НК РФ приводятся случаи, когда лица должны *солидарно* исполнять налоговую обязанность, но налоговое законодательство не содержит правил солидарного исполнения обязательств, хотя очевидно, что гражданско-правовые нормы в данном случае необходимо применять. Другой пример: согласно п. 4 ст. 67 и п. 2 ст. 73 НК РФ соответственно инвестиционный налоговый кредит и залог как способ обеспечения исполнения налоговой обязанности устанавливаются *договором*. Налоговое законодательство не содержит положений о порядке заключения договоров, но по каким-то правилам эти договоры надо заключать, поэтому здесь также необходимо применять гражданское законодательство.

Заемствованный термин является скрытой отсылкой к гражданскому законодательству, если полноценная реализация налоговой нормы невозможна без применения механизмов, правил поведения, выработанных гражданским правом.

Использование *терминов как таковых* имеет место тогда, когда для целей налогово-правового регулирования *достаточно лишь понятия* о гражданско-правовом явлении, даже если в «родном» гражданском праве это явление представляет собой правовой институт. Как показывает исследование налогового законодательства, таких случаев большинство.

Ярким примером служит употребление в налоговом законодательстве терминов «право собственности», «юридическое лицо». При этом налоговым законодательством используются *лишь понятия* о гражданско-правовых явлениях, которые имеют правовое значение для налоговой сферы¹³. При этом «внутренние вопросы» (что представляет собой та или иная организационно-правовая форма юридического лица, по каким основаниям возни-

¹³ Понятие *юридическое лицо* важно для налогового права, потому что это один из видов организаций как субъектов налогового права. Понятие *право собственности* важно для налогового права, так как нахождение имущества *на праве собственности* у лица является условием признания его плательщиком налога на имущество физических лиц (см.: О налогах на имущество физических лиц : закон Российской Федерации от 9 декабря 1991 г. № 2003-1 // Рос. газета. 1992. 14 февр.).

кает право собственности, каковы правомочия собственника и др.) остаются на откуп гражданского права. Налоговому праву важно лишь то, что мы получаем «на выходе»: есть ли у российской фирмы статус юридического лица, принадлежит ли вещь налогоплательщику на праве собственности. Очевидно, что в подобных ситуациях не требуется заимствование целого правового института, а термин не является отсылкой к гражданско-правовым нормам.

3. В налоговом праве легально допускается многозначность терминов.

Оговорка п. 1 ст. 11 НК РФ допускает использование терминов из других отраслей в ином значении, если это предусмотрено НК РФ. В системе «налоговое право – гражданское право» эти термины уже обозначают два понятия или более.

Обращает на себя внимание наличие в налоговом законодательстве специальных налогово-правовых определений таких понятий, как имущество, обособленное подразделение организации и др. (п. 2 ст. 11, ст. 38 НК РФ). Некоторым гражданско-правовым понятиям новый смысл придается в контексте. Например, значение термина «аренда» видоизменяется в составе фразы «услуги по аренде» (ст. 148 НК РФ).

Разграничение однозначных и многозначных терминов имеет огромное практическое значение, так как от этого зависит ход толкования налогово-правовых норм: с обращением к гражданскому законодательству либо без такового.

Конституционный Суд РФ в Определении от 18 января 2005 г. № 24-О¹⁴ сформулировал правовую позицию о том, что при уяснении значения налогового института, понятия или термина приоритет отдается налоговому законодательству. Суд требует не только поиска определения понятия в налоговом законодательстве, но и системного толкования этого законодательства, и лишь при невозможности таким образом определить содержание налогового института, понятия или термина допускается использование норм иных отраслей законодательства.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ № 41 и Пленума ВАС РФ № 9 от 11 июня 1999 г. «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации»¹⁵ говорится о необходимости обращения к специальному определению института, понятия или термина для целей налогообложения, а при его от-

¹⁴ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы закрытого акционерного общества «Печоранефтегаз» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 11 Налогового кодекса Российской Федерации и частью второй статьи 32.1 Федерального закона «О введении в действие части второй Налогового кодекса Российской Федерации и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации о налогах»: определение Конституционного Суда РФ от 18 января 2005 г. № 24-О // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. 2005. № 3.

¹⁵ О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда РФ № 41, Пленума ВАС РФ № 9 от 11 июля 1999 г. // Вестник ВАС РФ. 1999. № 8.

сутствии могут применяться положения другой отрасли законодательства при уяснении значения института, понятия или термина этой отрасли.

Таким образом, два обстоятельства порождают *многозначность терминов*:

– закрепление в налоговом праве специального определения понятия, обозначаемого гражданско-правовым термином;

– существование отличительных признаков понятия, «растворенных» в налоговом законодательстве, которые выявляются путем его системного толкования.

Если первый случай бросается в глаза, то второй еще надо выявить и правильно истолковать, с чем нередко возникают проблемы. Не зря многие налоговые споры сегодня – это споры о понятиях, их смысловом значении¹⁶.

Необходимость преодоления многозначности юридических терминов

Конституционный Суд России указывает, что неточность, неясность и неопределенность закона порождают возможность неоднозначного толкования и, следовательно, произвольного его применения, что противоречит конституционным принципам равенства и справедливости¹⁷. Вспоминаются слова Конфуция: «Когда слова утрачивают свое значение, народ утрачивает свою свободу»¹⁸.

Требование однозначности терминов является общенаучным¹⁹, предъявляется оно и к теории права²⁰. Юридическая терминология должна служить задаче обеспечения четкого нормативного регулирования, что возможно только при однозначности терминов.

Возникает вопрос: почему ранее звучавшие предложения ученых по унификации терминов²¹ до сих пор не реализованы законодателем? Пер-

¹⁶ См.: Дёмин А. В. Общая теория налогово-правовых норм. С. 178.

¹⁷ См., например: По запросу Новороссийского гарнизонного военного суда о проверке конституционности положений части первой статьи 331 и статьи 337 Уголовного кодекса Российской Федерации во взаимосвязи с положениями статьи 28 Федерального закона «О статусе военнослужащих», пункта 4 статьи 32, пункта 11 статьи 38 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» и подпункта «а» пункта 9 статьи 4 Положения о порядке прохождения военной службы : определение Конституционного Суда РФ от 7 декабря 2010 г. № 1622-О-О // Вестник Конституционного Суда Рос. Федерации. 2011. № 3.

¹⁸ Новейший философский словарь / сост. А. А. Грицанов. Минск, 1998. С. 1.

¹⁹ См.: Войцилло Е. К., Дегтярев М. Г. Логика как часть теории познания и научной методологии. М., 1994. Кн. 1. С. 65 ; Натансон Э. Требования, предъявляемые к научным и техническим терминам // Научно-техническая информация. 1966. № 1. С. 4 ; Новейший философский словарь / сост. А. А. Грицанов. Минск, 1998. С. 709–710 ; Философский словарь / под ред. И. Т. Фролова. М., 2001. С. 565 ; Реформатский А. А. Что такое термин и терминология? // Вопросы терминологии. М., 1961. С. 49–51.

²⁰ См.: Кашанина Т. В. Юридическая техника. М., 2011. С. 259 ; Общая теория права / под общ. ред. А. С. Пиголкина. М., 1996. С. 217 ; Чухвичев Д. В. Законодательная техника. М., 2008. С. 180.

²¹ См.: Волкова Н. Н. Рецепция гражданско-правовых норм в налоговом законодательстве. М., 2010. С. 131–135 ; Карabanов И. И. Отдельные институты

вая причина кроется в проблемах российской правовой политики, вторая – в недостаточной разработанности методологии. Предлагаемый учеными путь унификации подходит не для всех ситуаций ввиду особенностей налоговых отношений, которые иногда требуют изменения смысла заимствованных понятий.

Разработка методов преодоления многозначности юридических терминов

При решении этой задачи мы будем отталкиваться от простого правила: *если гражданско-правовое понятие используется в НК РФ в исходном смысле, то только тогда должен заимствоваться соответствующий термин.*

В случае изменения смысла понятия возможны два варианта преодоления многозначности:

– если изменение смысла понятия неоправданно (противоречит логике взаимосвязи гражданского и налогового права), то смысл этого понятия должен быть скорректирован до исходного гражданско-правового;

– если же изменение смысла понятия в налоговом праве оправданно, то для его обозначения должен использоваться новый термин. Образование нового термина возможно путем введения нового слова в законодательство либо путем дополнения языковой формулировки старого термина. «Зачет» и «зачет налогов» – разные термины, для них даже существуют отдельные словарные статьи в Юридической энциклопедии²².

Ответ на вопрос, когда изменение смысла понятия оправданно, кроется в познании логики внутренней связи гражданского и налогового права, которая существует объективно и порождает определенные закономерности развития понятий и терминов в гражданском и налоговом праве.

Внутренняя (сущностная) связь гражданского и налогового права имеет динамический и статический аспекты.

Динамическая связь гражданского и налогового права, заключающаяся в последовательной смене и преемственности регулируемых ими экономических отношений, предполагает, что некоторые правовые явления «переходят» из сферы действия гражданского в сферу действия налогового права и приобретают правовое значение для налогового права (например, статус юридического лица или вид договора). Правовые понятия, опосредующие такой вид связи, должны заимствоваться в исходном смысле, чтобы они могли служить идентификаторами соответствующих гражданско-правовых явлений. Таким образом, соответствующие юридические термины должны сохранять исходное значение.

По этому критерию должны быть однозначны, прежде всего, термины, обозначающие объекты гражданских прав, их правовые характеристики, действия с объектами гражданских прав, имеющие юридическое значение, а также термины, именующие субъектов гражданского права.

гражданского права и законодательство о налогах и сборах / под ред. А. Я. Рыженкова. Элиста, 2007. С. 39; Чуркин А. В. Понятие «имущество» в гражданском и налоговом праве // Налоговед. 2004. № 1. С. 10–12; и др.

²² См.: Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М., 2001. С. 336.

В связи с этим заслуживают критики случаи, когда изменяется смысл понятий «имущество», «работа», «услуги», «индивидуальный предприниматель». Смысл данных понятий должен быть приведен в соответствие с тем, который придается им в гражданском праве.

Статическая связь налогового и гражданского права, подразумевающая единую имущественную сущность регулируемых ими отношений (а сущность может являть себя в разных формах) допускает параллельное существование сходных правовых механизмов в гражданском и в налоговом законодательстве.

Наличие публичного интереса в налоговых отношениях побуждает налогового законодателя устанавливать особенности правового регулирования, направленные на его защиту, вследствие чего происходит трансформация правовых норм и, как следствие, заимствуемых институтов в целом. Сходные правовые механизмы в различных правовых режимах «обрастают» специфическими признаками, и соответствующие понятия приобретают различный смысл (например, поручительство, банковская гарантия, пеня и др.).

Возникающая в результате многозначность терминов порождает проблемы разграничения правовых конструкций в гражданском и налоговом праве, затрудняет понимание их правовой природы. Это приводит к попыткам отождествить их в теории²³ и применить гражданско-правовые нормы к отношениям в налоговой сфере на практике (например, ст. 333 ГК РФ, позволяющая снижать размер пени)²⁴.

Несмотря на то что изменение смысла понятий здесь оправданно, многозначность терминов требует устранения.

К гражданско-правовым терминам «залог», «поручительство», «банковская гарантия», «пеня» нужно добавить указание на сферу их применения с помощью определения «налоговый» или дополнения «в налоговом праве».

Подобный юридико-технический прием используется в конструкции терминов «зачет налогов», «возврат налогов», «представительство в отношениях, регулируемых законодательством о налогах и сборах», а практикующие юристы неофициально употребляют термин «налоговая пеня».

Когда значение термина меняется в зависимости от контекста, указание на сферу применения при употреблении термина автоматически исключает возможность толковать его двояко.

Кроме внесения отдельных изменений по доработке терминологического аппарата налогового законодательства, необходимо переработать ст. 11 НК РФ.

Пункт 1 ст. 11 НК РФ предлагаем изложить в следующей редакции: *«Термины, обозначающие специально-юридические понятия гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства».*

²³ См.: Богдановская Г. Н. Межотраслевая адаптация частноправовых конструкций // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. С. 48–56.

²⁴ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 1999 г. (по гражданским делам) : утв. постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 5 апреля 2000 г. // Бюллетень ВС РФ. 2000. № 7. С. 16.

Преамбулу п. 2 следует изложить так: «*Понятия, используемые в настоящей Кодексе...*», чтобы не было намека на возможность применения заимствованных понятий в ином значении.

Методология разрешения проблем использования правовых институтов в налоговом праве

Как уже указывалось, ст. 11 НК РФ не может разрешить проблем, связанных с использованием налоговым правом гражданско-правовых институтов (проблем неопределенности правового режима, конкуренции норм и т.д.).

Вряд ли на данном этапе такие проблемы можно решить путем закрепления в законодательстве формализованного правила. Решение указанных проблем должно даваться в доктрине и оттачиваться на практике.

Основой для этого должны стать достижения теории права: правила по разграничению частных и публичных отношений (применение критериев публичного интереса, юридической централизации и др.), правила применения так называемых «коллизийных норм», к которым относится ст. 2 ГК РФ и др.

Часть 3 ст. 2 ГК РФ запрещает применять гражданское законодательство к налоговым отношениям без специального указания закона. Поэтому применение гражданско-правовых норм по аналогии невозможно. Это очень важное положение, причем не только для правоприменения, но и для правотворчества, ибо только правотворческим путем могут быть устранены некоторые проблемы, вызванные дефектами законодательства.

Примером служит невозможность ни при каких обстоятельствах уменьшить размер налоговой пени. Эта ситуация должна быть исправлена путем заимствования правила ст. 333 ГК РФ, позволяющего уменьшить неустойку, или путем разработки собственного налогово-правового правила с аналогичным содержанием.

При анализе конкретных способов использования гражданско-правовых институтов в налоговом праве выявляются более детальные положения, которые также имеют методологическое значение.

1. Гражданско-правовые институты, будучи совокупностью правовых норм, используются в налоговом праве как готовые механизмы для регулирования имущественных отношений (в любой сфере имущественные отношения развиваются по единым алгоритмам)²⁵. Это использование носит «технический» характер. Факт заимствования гражданско-правового материала еще не гарантирует того, что соответствующие отношения являются частноправовыми.

2. При определении применимых правовых норм и правового режима правоотношений следует исходить из буквы налогового закона.

3. Если в отношениях присутствует публичный интерес, то государство стремится его защищать императивными методами, в связи с чем заимст-

²⁵ См.: Карасёва М. В. Налоговое правоотношение : имущественная идентичность и проблема адаптации частноправовых конструкций // Закон. 2010. № 11. С. 60 ; Костюков А. Н. Частноправовые конструкции в регулировании имущественных отношений // Налоговое и бюджетное право : современные проблемы имущественных отношений. Воронеж, 2012. С. 208.

вованные частноправовые нормы часто преобразуются в публично-правовые.

Яркий пример тому – трансформация правовых норм о банковской гарантии. При неисполнении гарантом требования об уплате денежной суммы налоговый орган может взыскать с него эту сумму в порядке, установленном для взыскания налога (подп. 5 п. 5 ст. 74.1 НК РФ).

4. Заимствование гражданско-правового института не означает, что все его нормы подлежат применению. Одни нормы неприменимы в силу прямого установления особенностей в НК РФ, другие – в силу противоречия характеру налоговых отношений.

Например, п. 7 ст. 73 НК РФ отсылает к гражданско-правовому субинституту залога. При этом применение нормы п. 2 ст. 342 ГК РФ усечено: п. 4 ст. 73 НК РФ прямо запрещает последующий залог, разрешенный в этой норме. А норма ст. 350 ГК РФ, позволяющая залогодержателю оставить предмет залога себе при объявлении повторных торгов несостоявшимися, не применяется, потому что противоречит характеру налоговых отношений (залогодержателем выступает налоговый орган, чья задача – обеспечивать уплату налогов в бюджет, и предмет залога ему ни к чему, ибо налоги могут уплачиваться только деньгами).

Итак, для разрешения проблем использования гражданско-правовых *понятий и терминов* нужна одна методология, а для разрешения проблем использования гражданско-правовых *институтов* – другая, что объясняется их различной природой. Однако в обоих случаях необходимо отталкиваться от положений общенаучной методологии и теории права.

Воронежский государственный университет

*Смолицкая Е. Е., аспирант кафедры
финансового права
E-mail: amylena@yandex.ru
Тел.: 8-950-76-38-214*

Voronezh State University

*Smolitskaya E. E., Post-graduate Student of the Financial Law Department
E-mail: amylena@yandex.ru
Tel.: 8-950-76-38-214*

УДК 349.41

**ЗЕМЕЛЬНЫЕ ПРАВООТНОШЕНИЯ
И ИХ ПРАВОВАЯ ОХРАНА:
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ
И ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

Е. С. Карпова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 3 марта 2014 г.

Аннотация: *исследуются вопросы современного понимания земельных правоотношений и их правовой охраны, а также выявляются актуальные проблемы и тенденции развития земельного законодательства в указанной сфере.*

Ключевые слова: *земельное правоотношение, структура земельного правоотношения, субъект земельного правоотношения, объект земельного правоотношения, правовая охрана земельных правоотношений.*

Abstract: *this article explores the current conception of land law's relationships and its legal protection, and identifies relevant problems and development trends of land legislation.*

Key words: *land law's relationship, structure of land law's relationship, subject of land law's relationship, object of land law's relationship, legal protection of land law's relationship.*

Понятие земельных правоотношений и их правовая охрана является одним из фундаментальных и наиболее актуальных вопросов в теории земельного права.

Понятие земельных правоотношений изменялось в различные исторические периоды развития нашей страны. В советской научной литературе земельные правоотношения признавались особой категорией общественных отношений, поскольку в их основе лежали отношения исключительной государственной собственности на землю¹. Так, Г. А. Аксененок отмечал, что к земельным правоотношениям в СССР относились все правовые отношения по поводу использования земли, в которых объектом являлась земля как исключительная собственность Советского государства². Одной из главных особенностей земельных отношений, отмеченных им, было участие государства во всех земельных отношениях.

В советском земельном законодательстве особое значение придавалось целям и задачам правового регулирования земельных отношений, в качестве которых называлось, прежде всего, обеспечение рационального использования и охраны земель. Так, в ст. 1 Земельного кодекса РСФСР

¹ См.: Харьков В. Н. Цели и задачи земельного законодательства как основа содержания земельных правоотношений // Экологическое право. 2013. № 2. С. 8.

² См.: Аксененок Г. А. Земельные правоотношения в СССР. М., 1958. С. 23.

© Карпова Е. С., 2014

1970 г.³ было закреплено, что задачами земельного законодательства являются регулирование земельных отношений в целях обеспечения в интересах настоящего и будущих поколений научно обоснованного, рационального использования и охраны земель, создания условий повышения их эффективности, охрана прав предприятий, организаций, учреждений и граждан, укрепление законности в области земельных отношений.

В научной литературе настоящего времени существуют разные подходы к определению земельных правоотношений.

О. И. Крассов рассматривает земельные правоотношения как урегулированные нормами земельного права общественные отношения, которые возникают, существуют и прекращаются в соответствии с требованиями и по основаниям, предусмотренным земельным законодательством⁴.

А. П. Анисимов в самом общем виде под земельными правоотношениями понимает общественные отношения, урегулированные нормами земельного права, участники которых имеют соответствующие субъективные права и юридические обязанности в сфере использования и охраны земель⁵.

С. А. Чаркин под земельным правоотношением подразумевает урегулированную правом внешнюю (юридическую) сторону общественных отношений в области использования, управления и охраны земель, субъекты которых обладают соответствующими субъективными правами и юридическими обязанностями, а их реализация гарантирована возможностью применения мер государственного принуждения⁶.

В. Н. Харьков подчеркивает, что в настоящее время в связи с ухудшением экологического состояния земельных ресурсов, сокращением площади сельскохозяйственных угодий особую значимость приобрели проблемы обеспечения рационального использования и охраны земель; автор также указывает, что подобные обстоятельства требуют формирования такого механизма правового регулирования земельных отношений, который в полной мере соответствовал бы реализации задач обеспечения устойчивого развития Российской Федерации, обеспечения экологической и продовольственной безопасности страны⁷.

Исходя из вышеизложенного, В. Н. Харьков предлагает следующее определение земельных правоотношений: «Земельные правоотношения следует рассматривать как урегулированные нормами земельного права в целях обеспечения рационального и эффективного использования и охраны земель общественные отношения, участники которых являются носителями соответствующих субъективных прав и юридических обязанностей, гарантированных участием органов государственной власти

³ ВВС РСФСР. 1970. № 28. Ст. 581.

⁴ См.: Крассов О. И. Земельное право. М., 2000. С. 100.

⁵ См.: Земельное право России : учеб. для бакалавров / под ред. А. П. Анисимова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С. 36.

⁶ См.: Чаркин С. А. Понятие земельных правоотношений и тенденции их доктринального исследования в отечественной юридической науке // Аграрное и земельное право. 2011. № 10. С. 48.

⁷ См.: Харьков В. Н. Цели и задачи земельного законодательства как основа содержания земельных правоотношений. С. 11.

Российской Федерации и субъектов Российской Федерации в этих отношениях»⁸.

Поскольку такой подход позволяет рассматривать рациональное использование и охрану важнейшего природного объекта и природного ресурса – земли как способ достижения более широкой цели – обеспечение рационального природопользования, а также как конечную цель реализации земельно-правовых норм, считаем предложенное В. Н. Харьковым определение земельных правоотношений наиболее обоснованным и полностью раскрывающим сущность рассматриваемого понятия.

В составе земельного правоотношения традиционно выделяют три элемента: субъект, объект, содержание.

Субъектам земельных правоотношений ст. 5 Земельного кодекса Российской Федерации (далее – ЗК РФ)⁹ присваивает специальные наименования в зависимости от вида права на землю: субъектами права собственности выступают собственники земельных участков, пожизненного наследуемого владения – землевладельцы; постоянного (бессрочного) пользования – землепользователи; аренды – арендаторы; ограниченного пользования – обладатели сервитутов.

Субъекты земельных правоотношений делятся на две группы: физические и юридические лица. По отношению к физическим лицам в законодательстве используются понятия *гражданин, иностранный гражданин, лицо без гражданства*. При этом статус иностранных граждан и лиц без гражданства как участников земельных правоотношений имеет некоторые ограничения по сравнению с российскими гражданами. Так, согласно ч. 3 ст. 15 ЗК РФ иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях, перечень которых устанавливается Президентом Российской Федерации в соответствии с федеральным законодательством о государственной границе Российской Федерации, и на иных особо установленных территориях Российской Федерации в соответствии с федеральными законами. Кроме того, ст. 3 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»¹⁰ предусматривает, что иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50 процентов, могут обладать земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения только на праве аренды.

Особым участником земельных правоотношений являются Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования. Их особый статус связан с тем, что они могут принимать участие в земельных правоотношениях в двух качествах: как властный орган, издающий обязательные к исполнению предписания, и как собственник соответствующих земельных

⁸ Там же. С. 12.

⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147.

¹⁰ Там же. 2002. № 30. Ст. 3018.

участков, осуществляющий владение, пользование и распоряжение ими¹¹. В земельно-правовых отношениях данные участники представлены различными органами государственной власти и местного самоуправления, которые уполномочены выражать интересы соответственно Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований¹².

Многие авторы в своих работах неоднократно поднимали вопрос о возможности отнесения иностранных государств к субъектам земельных правоотношений на территории Российской Федерации. В ст. 5 ЗК РФ иностранные государства не упоминаются в качестве участников земельных отношений на территории Российской Федерации, а в соответствии с п. 2 ст. 212 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)¹³ имущество может находиться в собственности граждан и юридических лиц, а также Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований. На первый взгляд, это свидетельствует о том, что иностранные государства не являются субъектами земельных правоотношений на территории Российской Федерации, т.е. они не могут быть собственниками земельных участков. Однако правоприменительная практика в данной сфере складывается иным образом, поэтому рассматриваемый вопрос требует более детального изучения.

А. П. Анисимов и Р. Г. Мельниченко говорят о возможности отнесения права собственности иностранных государств к иным формам собственности¹⁴, предусмотренным ч. 2 ст. 9 Конституции РФ¹⁵. Они отмечают, что на территории Российской Федерации располагаются десятки посольств и консульств иностранных государств, причем не только в Москве, но и по всей стране, а значит, иностранные государства могут рассматриваться в качестве субъектов земельных правоотношений на территории Российской Федерации¹⁶.

Согласно ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Статья 4 ЗК РФ предусматривает, что если международным договором Российской Федерации, ратифицированным в установленном порядке, установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены ЗК РФ, то применяются правила международного договора.

¹¹ См.: Земельное право России : учеб. для бакалавров / под ред. А. П. Анисимова. С. 38.

¹² См.: Земельное право : учеб. для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, О. А. Романова. М., 2013. С. 22.

¹³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

¹⁴ См.: Анисимов А. П., Мельниченко Р. Г. К вопросу о правах на земельные участки иностранных государств на территории Российской Федерации // Бюллетень нотариальной практики. 2007. № 5. С. 10.

¹⁵ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

¹⁶ См.: Анисимов А. П., Мельниченко Р. Г. Указ. соч. С. 11–12.

Из изложенного выше Ю. А. Умеренко делает вывод, что «в случае если международным договором РФ, ратифицированным в установленном порядке, будет предусмотрено предоставление земельных участков, находящихся в собственности Российской Федерации в собственность, аренду, безвозмездное срочное пользование иным государствам, то соответствующие государства будут являться правообладателями земельных участков согласно условиям договора, однако в таких случаях объективно появляется необходимость рассмотрения иностранного государства в сфере земельных правоотношений в двух качествах: как публично-правового и как частноправового субъекта»¹⁷.

При исследовании вопроса о возможности отнесения иностранных государств к субъектам земельных правоотношений Ю. А. Умеренко обращается к практике предоставления иностранным государствам земельных участков в собственность на территории Российской Федерации. Так, автором рассматривается Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь от 28 мая 2009 г. о взаимной передаче в собственность земельных участков и об аренде земельных участков, которое было ратифицировано Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 231-ФЗ¹⁸. Ю. А. Умеренко отмечает, что единственным доводом о невозможности иностранных государств иметь в собственности земельные участки на территории Российской Федерации, т.е. выступать в качестве участников земельных отношений на территории Российской Федерации, является отсутствие прямого указания закона на данную возможность¹⁹.

Полностью поддерживаем вывод автора о том, что иностранные государства все же являются субъектами (участниками) земельных правоотношений на территории России, выступая как частноправовые субъекты со всеми вытекающими правовыми последствиями, и на них, как и на других участников земельных отношений, в равной степени распространяются права и обязанности, предусмотренные законодательством РФ. В связи с этим представляется необходимым внести соответствующие изменения в гражданское и земельное законодательство РФ в части возможности отнесения иностранных государств к субъектам земельных правоотношений на территории Российской Федерации. Однако подобные коррективы должны быть всесторонне проработаны в целях недопущения подрыва суверенитета Российской Федерации, а также необходимо учитывать зарубежный опыт регулирования данных правоотношений²⁰.

В научной литературе поднимается также вопрос о «нелегальном» участнике земельных отношений – фактическом землепользователе²¹.

¹⁷ Умеренко Ю. А. Иностранные государства как субъекты земельных правоотношений на территории России // Журнал рос. права. 2013. № 4. С. 16.

¹⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 31. Ст. 4200.

¹⁹ См.: Умеренко Ю. А. Иностранные государства как субъекты земельных правоотношений на территории России. С. 20.

²⁰ См.: Там же. С. 20.

²¹ См.: Умеренко Ю. А. Фактический землепользователь как нелегальный участник земельных отношений // Современное право. 2013. № 4. С. 72–78.

В настоящее время на территории Российской Федерации существует множество земельных участков, права на которые не оформлены в соответствии с требованиями законодательства. Как правило, это обусловлено экономическими факторами: нежеланием уплачивать арендную плату, земельный налог и т.д. В связи с этим многие фактические участники земельных отношений остаются вне рамок правового поля, и это не должно оставаться без должного внимания²².

Фактических землепользователей можно условно разделить на три категории²³:

– лица, являющиеся собственниками объектов недвижимого имущества (согласно п. 14 постановления Пленума ВАС РФ от 24 марта 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства»²⁴ покупатель здания, строения, сооружения, находящихся на земельном участке, принадлежащем продавцу на праве аренды, с момента регистрации перехода права собственности на такую недвижимость приобретает право пользования земельным участком, занятым зданием, строением, сооружением и необходимым для их использования на праве аренды, независимо от того, оформлен ли в установленном порядке договор аренды между покупателем недвижимости и собственником земельного участка. Указанная норма свидетельствует о юридической возможности использования собственниками объектов недвижимого имущества земельных участков без оформления прав на них в соответствии с требованиями законодательства РФ, в силу прямого указания закона);

– лица, самовольно занявшие земельные участки без оформления каких-либо правоустанавливающих документов (о существовании подобных «нелегальных» участников земельных отношений говорит ст. 7.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях²⁵, которая предусматривает административную ответственность за самовольное занятие земельного участка или использование земельного участка без оформленных в установленном порядке правоустанавливающих документов на землю, а в случае необходимости – без документов, разрешающих осуществление хозяйственной деятельности);

– лица, использующие земельные участки по истечении срока конкретных обязательственных правоотношений (аренда, безвозмездное срочное пользование) либо не оформившие права, возникающие в силу правопреемства (например, наследники).

Т. Г. Иванова считает, что было бы логичным признавать фактическим землепользователем лицо, имеющее решение уполномоченного органа о предоставлении земельного участка или документ о приобретении здания или сооружения, расположенного на таком участке, т.е. использующее земельный участок на законных основаниях (имеется документ – основание возникновения права), но без надлежащим образом оформленных доку-

²² См.: Умеренко Ю. А. Фактический землепользователь как нелегальный участник земельных отношений. С. 72.

²³ См.: Там же. С. 75.

²⁴ Вестник ВАС Рос. Федерации. 2005. № 5.

²⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч.1). Ст. 1.

ментов о таких правах по причинам, не зависящим от правообладателя земельного участка²⁶.

Данный вывод представляется достаточно спорным, поскольку наличие решения о предоставлении земельного участка фактически ведет к возникновению легальных земельных правоотношений, в связи с чем соответствующие лица не подпадают под понятие «фактический землепользователь» в силу наличия титула на земельный участок, а являются вполне легальными участниками земельных отношений²⁷.

Необходимость введения понятий «фактический землепользователь» и «фактическое землепользование» в законодательство Российской Федерации обуславливается двумя основными обстоятельствами²⁸:

1) необходимость повышения степени ответственности фактических землепользователей. Для этого следует закрепить в ЗК РФ, что фактические землепользователи несут обязанности собственников земельных участков (осуществлять мероприятия по охране земель; не допускать загрязнение, захламление, деградацию и ухудшение плодородия почв на землях соответствующих категорий и др.);

2) необходимость введения понятия «фактический землепользователь» в законодательство Российской Федерации обуславливается также экономической составляющей. Согласно п. 1 ст. 65 ЗК РФ использование земли в Российской Федерации является платным. Применительно к фактическим землепользователям плата должна определяться из ее максимально возможного размера, с учетом повышающих коэффициентов, что будет стимулировать процесс оформления прав на земельные участки в соответствии с требованиями земельного законодательства Российской Федерации.

В современных условиях фактические землепользователи являются объективно существующими участниками земельных отношений, в связи с этим их статус нуждается в отдельной правовой регламентации²⁹.

Согласно ст. 6 ЗК РФ объектами земельных отношений являются земля как природный объект и природный ресурс, земельные участки и части земельных участков. При этом ЗК РФ из указанных трех понятий дает определение только понятия земельного участка. Статья 11.1 ЗК РФ предусматривает, что земельным участком является часть земной поверхности, границы которой определены в соответствии с федеральными законами.

Если исходить из указанного выше определения, то можно сделать вывод о том, что часть поверхности земли становится земельным участком с момента определения его границ³⁰. Границы земельного участка будут юридически определены с момента его постановки на кадастровый учет и последующей выдачи правоудостоверяющих документов.

²⁶ См.: *Иванова Т. Г.* Особенности правоотношений по установлению границ в современных условиях // *Экологическое право.* 2011. № 1. С. 29.

²⁷ См.: *Умеренко Ю. А.* Фактический землепользователь как нелегальный участник земельных отношений. С. 76.

²⁸ См.: Там же. С. 76–78.

²⁹ См.: Там же. С. 78.

³⁰ См.: *Земельное право : учеб. для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, О. А. Романова.* С. 26–27.

В отличие от понятия земельного участка юридические определения понятий «земля» и «часть земельного участка» в законодательстве отсутствуют.

При попытке проанализировать понятие «земля» у Н. Г. Жаворонковой возникает вопрос о том, является ли юридически земля только земной поверхностью либо включает также почвенный слой и тем самым становится относительно самостоятельным объектом земельных отношений, наполняя их новым содержанием³¹. Согласно ст. 1 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»³² земля является одним из компонентов окружающей среды и подлежит охране предусмотренными указанным законом мерами. Соответственно землю нельзя считать только земной поверхностью, так как поверхность не нуждается в охране. Статья 12 ЗК РФ также указывает, что земля является объектом охраны. Поэтому вполне обоснованным нам представляется вывод, что земля – это земная поверхность в границах Российской Федерации, включая почвенный слой (так как экологически охранять можно только почвенный слой)³³.

Некоторые авторы, в частности А. П. Анисимов, полагают, что закрепление земли (как природного объекта и природного ресурса) в качестве объекта земельных правоотношений не совсем корректно, поскольку такая законодательная формулировка ст. 6 ЗК РФ является данью исторической традиции, когда земельные отношения еще не были так сложны, как сейчас, а вопросы охраны земли как природного объекта и вовсе не стояли столь остро³⁴. По мнению А. П. Анисимова, правильнее говорить о том, что объектом земельных правоотношений является не земля в целом (как совокупность всех земельных ресурсов в границах России), а земли различных категорий; такое уточнение необходимо потому, что универсальных требований по охране и использованию земли не существует, однако требования в области использования и охраны земель сельскохозяйственного назначения отличаются, например, от использования и охраны земель водного или лесного фонда и др.

А. П. Анисимов также считает ошибочным то, что ЗК РФ в качестве отдельного объекта земельных отношений выделяет часть земельного участка³⁵. По убеждению автора, часть земельного участка не может выступать в качестве объекта правоотношения, поскольку в случае разделения земельного участка на две части каждой из них в установленном порядке присваивается индивидуальный кадастровый номер, а собственник каждой вновь образованной части земельного участка получает правоустанавливающий документ на земельный участок, а не на его часть. Это мнение

³¹ См.: Земельное право : учеб. для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, О. А. Романова. С. 28.

³² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 2. Ст. 133.

³³ См.: Земельное право : учеб. для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, О. А. Романова. С. 29.

³⁴ См.: Анисимов А. П., Чаркин С. А. Объекты земельных правоотношений // Рос. юстиция. 2012. № 2. С. 4.

³⁵ См.: Земельное право России : учеб. для бакалавров / под ред. А. П. Анисимова. С. 42–43.

вполне обоснованно, однако ЗК РФ прямо предусматривает случаи, когда именно часть земельного участка выступает в качестве объекта земельных правоотношений. Во-первых, согласно ч.1 ст. 35 ЗК РФ часть земельного участка становится объектом земельных отношений при переходе права собственности на здание, строение, сооружение, находящееся на чужом земельном участке. Собственник такого здания, строения, сооружения приобретает право на использование соответствующей части земельного участка, занятой зданием, строением, сооружением и необходимой для их использования, на тех же условиях и в том же объеме, что и прежний их собственник. При этом право на использование земельного участка не требует его оформления в виде юридического титула. Во-вторых, практически часть земельного участка становится объектом земельных отношений в случаях установления сервитута, когда в порядке установления обременения земельного участка в правоустанавливающих документах определяются точные пространственные параметры (границы) пользования правом ограниченного пользования частью чужого земельного участка³⁶.

Некоторые специалисты полагают, что часть земельного участка может быть объектом только обязательственных, но не вещных прав. Формирование части земельного участка в кадастре должно быть обусловлено желанием собственника участка обременить означенную часть правом аренды, сервитутом или залогом³⁷.

Полагаем правильным согласиться с выводом А. П. Анисимова о том, что в ст. 6, а также в ряде других статей ЗК РФ, федеральных законов и подзаконных актов следует внести изменения, исключив все упоминания о части земельного участка³⁸. Более того, следует отметить, что развитие законодательства уже идет по пути исключения из нормативно-правовых актов понятия «часть земельного участка». Так, Федеральный закон от 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в части приведения их в соответствие с Земельным кодексом Российской Федерации»³⁹ внес ряд изменений в ГК РФ, заменив часто упоминавшийся в нем термин «часть земельного участка» на «земельный участок».

Важным является замечание А. П. Анисимова, что «де-факто объектом земельных отношений выступают не упомянутые в ст. 6 ЗК РФ земельные доли, т.е. доли в праве общей собственности на земельный участок»⁴⁰. Земельные доли возникли в начале 90-х гг. прошлого века вследствие процесса разгосударствления колхозов и совхозов и наделения отдельных категорий сельских жителей правами на часть земельного массива реорганизуемого колхоза (совхоза). Согласно ч. 5 ст. 79 ЗК РФ порядок исполь-

³⁶ См.: Земельное право : учеб. для бакалавров / отв. ред. Н. Г. Жаворонкова, О. А. Романова. С. 29.

³⁷ См.: Колесникова И. А. Часть земельного участка как объект правоотношений // Право и экономика. 2013. № 5. С. 63.

³⁸ См.: Анисимов А. П., Чаркин С. А. Указ. соч. С. 6.

³⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 27. Ст. 3213.

⁴⁰ Земельное право России : учеб. для бакалавров / под ред. А. П. Анисимова. С. 42.

зования земельных долей, возникших в результате приватизации сельскохозяйственных угодий, регулируется Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения». Согласно п. 1 ст. 15 указанного Закона земельная доля, права на которую возникли при приватизации сельскохозяйственных угодий до вступления в силу данного Федерального закона, является долей в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения. В данном законе земельные доли фактически рассматриваются как самостоятельный объект земельных отношений. В связи с этим представляется обоснованным включить земельные доли в перечень объектов земельных правоотношений, предусмотренный ст. 6 ЗК РФ.

Содержание земельных правоотношений составляют субъективные права и юридические обязанности их участников. Выделяют общие и специальные права и обязанности субъектов земельных правоотношений⁴¹. К общим правам и обязанностям всех собственников, землепользователей, землевладельцев, арендаторов можно отнести право использовать в установленном порядке для собственных нужд имеющиеся на земельном участке общераспространенные полезные ископаемые, право на проведение оросительных, осушительных и иных мелиоративных работ, обязанность использовать земельные участки в соответствии с их целевым назначением, а также осуществлять мероприятия по охране земель и др. Специальные же права и обязанности определяются на основании индивидуального административного акта о предоставлении земельного участка или договора, особенностей земельного участка.

Указанные компоненты (субъекты, объекты, содержание) составляют земельное правоотношение, и только при наличии всех трех элементов правоотношение может реально существовать.

Понятие «правовая охрана земельных правоотношений» включает в себя, во-первых, нормы, устанавливающие правила рационального и эффективного использования земель, во-вторых, нормы, закрепляющие права и обязанности по отношению к земле государственных и муниципальных органов, юридических и физических лиц; в-третьих, нормы, предусматривающие наступление юридической ответственности в случае совершения земельных правонарушений.

Что касается правил рационального использования земель, необходимо отметить, что установленный в земельном законодательстве порядок использования земель предполагает их сохранение, восстановление и улучшение. В содержание правовой охраны земель включаются правовые нормы, регулирующие вопросы обеспечения сохранения и повышения плодородия почв, предотвращения их истощения, загрязнения и разрушения и т.д., т.е. охраны земель как средства производства, основы осуществления хозяйственной и иных видов деятельности (ст. 12 ЗК РФ).

Обеспечение сохранения, рационального и эффективного использования земельных ресурсов – главного богатства и достоинства народов Россий-

⁴¹ См.: Болтанова Е. С. Земельное право : учебник. М., 2009. С. 58.

ской Федерации – является одним из важнейших направлений развития законодательства Российской Федерации.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы»⁴² указал, что конституционная характеристика земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, т.е. всего многонационального народа Российской Федерации, предопределяет конституционное требование рационального и эффективного использования, а также охраны земли как важнейшей части природы, естественной среды обитания человека, природного ресурса, используемого в качестве средства производства в сельском и лесном хозяйстве, основы осуществления хозяйственной и иной деятельности (п. 2). Конституционный Суд РФ также указал, что законодатель должен обеспечить рациональное и эффективное использование земли и ее охрану (п. 2.3).

Учитывая изложенное, закономерным является вывод В. Н. Харькова о необходимости дополнения перечня основных принципов земельного законодательства, закрепленных в ст. 1 ЗК РФ, такими принципами, как: обеспечение рационального и эффективного использования и охраны земель всеми участниками земельных отношений; обеспечение эффективного управления земельными ресурсами в интересах настоящего и будущих поколений граждан Российской Федерации; обеспечение добросовестного пользования землей как важнейшим природным ресурсом и общенародным достоянием⁴³.

Законодательное закрепление и воплощение в жизнь данных принципов, по нашему мнению, можно рассматривать как совершенствование мер правовой охраны земельных правоотношений.

Глава 6 ЗК РФ закрепляет права и обязанности субъектов земельных правоотношений при использовании земельных участков. Однако на практике участники земельных правоотношений не всегда добросовестно осуществляют свои права и выполняют обязанности. Применительно к таким ситуациям считаем необходимым разграничить понятия «земельное правонарушение» и «злоупотребление правом участниками земельных правоотношений».

Спорное понятие «злоупотребление правом» неоднократно исследовалось многими авторами научных работ.

Так, Е. А. Суханов определяет злоупотребление правом как правонарушение «даже при отсутствии нормы, указывающей на неправомерность конкретного действия, имевшего место при осуществлении субъективного права»⁴⁴. Аналогичное видение проблемы содержится в трудах В. П. Грибанова⁴⁵.

⁴² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 18. Ст. 1833.

⁴³ См.: *Харьков В. Н.* Актуальные вопросы конституционно-правового регулирования земельных отношений // *Известия ТулГУ. Экономические и юридические науки* : науч. изд. Тула, 2012. Ч. 2, вып. 3. С. 152.

⁴⁴ *Гражданское право* : учебник : в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 2004. Т. 1. С. 212.

⁴⁵ См.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 63.

Э. Р. Вагизова рассматривает злоупотребление правом как самостоятельное правовое явление, обуславливая это тем, что злоупотребление правом не образует состава правонарушения, так как не нарушаются конкретные правовые запреты⁴⁶. Следует согласиться с мнением указанного автора, поскольку основанием для привлечения лица к ответственности за земельное правонарушение является наличие в законе прямого запрета и указания о применении соответствующих мер ответственности за противоправное поведение.

В связи с изложенным представляется целесообразным закрепить в земельном законодательстве понятие «злоупотребление правом участниками земельных правоотношений», а также предусмотреть, помимо общего порядка гражданско-правового воздействия вследствие подобных злоупотреблений, специальные средства защиты, зависящие от характера правоотношений.

Термин «земельное правонарушение», хотя в земельном законодательстве и не раскрывается, спорным не является и в работах разных авторов понимается идентично. Так, земельное правонарушение можно определить как виновное противоправное деяние, нарушающее права, законные интересы и правовые нормы, регулирующие отношения в области использования, управления и охраны земель⁴⁷. Лица, виновные в совершении земельных правонарушений, несут юридическую ответственность в порядке, установленном законодательством.

Итак, в настоящее время существует множество пробелов в правовом регулировании земельных правоотношений. Учитывая существенное ухудшение экологического состояния земельных ресурсов, а также необходимость реализации конституционного требования рационального использования и охраны земли как основы жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, устранение этих пробелов должно стать приоритетным направлением развития современного земельного законодательства.

⁴⁶ См.: Вагизова Э. Р. Злоупотребление правом участниками земельных правоотношений // Экологическое право. 2013. № 2. С. 4.

⁴⁷ См.: Болтанова Е. С. Указ. соч. С. 272–273.

УДК 343.132

**ПРЕДУПРЕЖДЕНИЕ ЗЛУОПОТРЕБЛЕНИЙ СЛЕДОВАТЕЛЯ
В ПРАВЕ НА ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ
(НА ПРИМЕРЕ ДОПРОСА И ОЧНОЙ СТАВКИ)**

О. Я. Баев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 20 февраля 2014 г.

Аннотация: большинство следственных действий следователь производит по своему усмотрению о необходимости осуществления таковых по конкретному уголовному делу; кроме того, в рамках соблюдения процессуальных требований к проведению отдельных из них в ряде случаев нарушается баланс между общественными и личными интересами в уголовном процессе при их производстве. Все это нельзя расценивать иначе, как злоупотребление следователем правом на производство следственных действий. В статье данные проблемы рассматриваются на примерах допросов и очных ставок, обосновывается необходимость изменения ряда уголовно-процессуальных норм, направленных на предупреждение злоупотребления правом следователя при их производстве.

Ключевые слова: злоупотребление правом, следственное усмотрение, допрос и очная ставка.

Abstract: the majority of the investigative action, the investigator produces at his own discretion; in addition, their sometimes upset the balance between public and private interests in criminal proceedings. All this is an abuse of the investigator the right to investigative activities. In the article the data of the problem are considered on the examples of interrogations and confrontations. Necessity of amendments to the relevant rules of criminal procedure.

Key words: abuse of the right, the investigation discretion, interrogation and confrontation.

Возможность производства большинства следственных действий находится в полной служебной компетентности следователя, что опосредовано в уголовно-процессуальном законе словосочетаниями «следователь вправе», «следователь имеет право» и др.

Иными словами, многие следственные действия следователь осуществляет не только при наличии на то оснований/достаточных оснований, но и по своему усмотрению о необходимости производства отдельных из них по конкретному уголовному делу. Очевидно, что эти решения следователя обуславливаются как видом и сложностью преступления, так и избранной им тактикой и методикой расследования, а во многом и его направленностью на объективность производства расследования данного преступ-

ления. Вот здесь и таится возможность злоупотреблений следователя его правами¹.

В первую очередь, имеется в виду усмотрение следователя на производство следственных действий, о проведении которых ходатайствует сторона защиты. Чаще всего такие ходатайства касаются: а) допросов в качестве свидетелей тех или иных лиц, которые могут дать свидетельские показания, исключаящие или смягчающие ответственность лица, в отношении которых осуществляется уголовное преследование; б) производства очных ставок между ним и изобличающими его в совершении преступления лицами.

В отношении проблемы рассмотрения следователем ходатайств стороны защиты о допросе называемых ею свидетелей, то вкратце скажем: она активно обсуждается в процессуальной и криминалистической литературе, и мы всецело согласны с позицией большинства высказывающихся по ней авторов: следователь не только вправе, но и обязан допросить свидетелей в рамках осуществляемого им досудебного производства по уголовному делу.

Более того, полагаем, что это рационально для самого следователя из прагматических и тактических соображений: если следователь откажет в таком ходатайстве стороны защиты (в настоящее время это часто бывает на практике), то данные свидетели могут быть приглашены обвиняемым, защитником для допроса в суд; в этих случаях их показания (а в условиях судебного разбирательства проверка их достоверности крайне затруднена) могут поставить под обоснованное сомнение объективность предварительного расследования, серьезно поколебать доказанность обвинения подсудимого.

В то же время ЕСПЧ, комментируя указанную ситуацию, обратил внимание на то, что «эта гарантия не предоставляет неограниченного права на привлечение к участию в процессе любого свидетеля по требованию обвиняемых или их защитников, но только лишь право на допуск свидетелей, имеющих значение для защиты»².

По нашему убеждению, лучше, если следователь по ходатайству стороны защиты допросит «лишнего» свидетеля, не обладающего сколь-либо значимой для дела информацией, чем отклонит ходатайство о допросе свидетеля, обладающего таковой в пользу защиты; это будет убедительно свидетельствовать об объективности осуществляемого им расследования.

Что касается права следователя на производство очных ставок между подозреваемым/обвиняемым и изобличающими его потерпевшими и свидетелями в случаях наличия в их предыдущих показаниях существенных

¹ О злоупотреблении правом в уголовном судопроизводстве см. подробнее: *Баев О. Я.* «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2013. № 2(15) ; *Его же.* Категория «злоупотребление правом» применительно к уголовному судопроизводству // Криминалист первопечатный. Харьков, 2013. Вып. 7.

² Цит. по: *Волеводз А. Г.* Обеспечение права подсудимого на вызов и допрос свидетеля как гарантия права на справедливое судебное разбирательство : междунар.-правовое регулирование и практика Европейского суда по правам человека // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2013. № 3 (8). С. 347.

противоречий (в том числе и при ходатайстве стороны защиты об их проведении), то эта проблема представляется нам значительно более сложной.

В п. «д» ст. 6 Конвенции о защите прав и основных свобод человека императивно закреплено право обвиняемого «допрашивать показывающих против него свидетелей или иметь право на то, чтобы эти свидетели были допрошены, и иметь право на вызов и допрос свидетелей в его пользу на тех же условиях, что и для свидетелей, показывающих против него»³.

Безусловно, совершенно прав С. А. Шейфер, когда, рассматривая данное положение, пишет: «Подобное право по логике вещей должно принадлежать обвиняемому и защитнику не только в судебном разбирательстве, но и на предварительном расследовании, где закладывается «фундамент обвинения»⁴.

Мы всецело согласны с Ю. П. Боруленковым в том, что проведение очных ставок – действия во многих случаях тактически «рискованные», нередко чреваты нежелательным или непредсказуемым для следователя результатом. Однако это отнюдь не означает, что при таком вероятном исходе для следователя «отказ от проведения очной ставки абсолютно оправдан»⁵.

Полагаем, что проведение очных ставок, позволяющих подозреваемому или обвиняемому задавать вопросы другому допрашиваемому на ней фигуранту по делу, должно быть не правом следователя, как это предусмотрено действующим УПК РФ, а его обязанностью (за исключением ситуации, о которой скажем ниже).

Проведение очных ставок в досудебном производстве по уголовному делу для обеспечения возможности перекрестного допроса участвующих в них лиц, по нашему убеждению, есть правовая необходимость, противное – злоупотребление следователем правом.

Иное дело, что следователь не должен (и на это Ю. П. Боруленков верно обращает внимание) допускать просчетов в подготовке и организации проведения этого действия, в определении момента его производства, и, наконец, в самом тактическом рисунке производства очной ставки.

Проблема права следователя на производство очных ставок по своему тактическому усмотрению представляется особо значимой при решении следователем вопроса о необходимости их проведения с участием малолетних потерпевших или свидетелей (проведение их в настоящее время, напомним, – право, а не обязанность следователя, т.е. «чистая» его тактика). И хотя практика показывает, что такие следственные действия с участием малолетних лиц проводятся не так уж редко, считаем, что это противоречит критерию этичности используемых следователем тактических приемов в целом.

По очевидным психологическим и этическим причинам проведение очных ставок с участием малолетних в принципе следует признать недо-

³ Там же.

⁴ Шейфер С. А. Досудебное производство в России : этапы развития следственной, судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 140.

⁵ Боруленков Ю. П. К вопросу об установлении истины в уголовном процессе // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2013. № 3 (8). С. 135.

пустимым даже для ситуаций, когда это представляется для доказывания насущно необходимым и/или целесообразным для изобличения подозреваемого/обвиняемого.

Скажем более категорично: их проведение следователем должно рассматриваться как злоупотребление им правом на свою тактическую деятельность, в данном случае – на производство очных ставок.

В связи с этим вспомним историю уголовного судопроизводства: *«К числу свидетелей принадлежат и малолетние; им, в случае разноречий, очных ставок ни с кем давать не надо»* – говорилось еще в российском уголовно-процессуальном законодательстве первой половины XIX в.⁶

Это обстоятельство учли украинские законодатели, однозначно закрепив в ч. 9 ст. 224 УПК 2012 г. следующее положение:

«В уголовных производствах по преступлениям против половой свободы и половой неприкосновенности лица, а также относительно преступлений, совершенных с применением насилия или угрозой его применения, одновременный допрос двух или более уже допрошенных лиц (очная ставка. – О. Б.) для выяснения причин расхождений в их показаниях не может быть проведен при участии малолетнего или несовершеннолетнего свидетеля или потерпевшего вместе с подозреваемым».

Думаем, что и современное отечественное уголовно-процессуальное законодательство должно быть не менее цивилизованным, чем то, которое в этом отношении было у наших предков.

Однако в настоящее время законодатель принял несколько иное, паллиативное, решение, сформулировав его в Федеральном законе от 28 декабря 2013 г. следующим образом:

«При проведении допроса, очной ставки, опознания и проверки показаний с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, не достигшего возраста шестнадцати лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим расстройством или отстающего в психическом развитии, участие педагога или психолога обязательно. При производстве указанных следственных действий с участием несовершеннолетнего, достигшего возраста шестнадцати лет, педагог или психолог приглашается по усмотрению следователя. Указанные следственные действия с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля в возрасте до семи лет не могут продолжаться без перерыва более 30 минут, а в общей сложности – более одного часа, в возрасте от семи до четырнадцати лет – более одного часа, а в общей сложности – более двух часов, в возрасте старше четырнадцати лет – более двух часов, а в общей сложности – более четырех часов в день. При производстве указанных следственных действий вправе присутствовать законный представитель несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля.

При проведении допроса, очной ставки, опознания и проверки показаний с участием несовершеннолетнего потерпевшего или свидетеля, не

⁶ Цит. по: Основные формы уголовных следствий, вообще принятых при их производстве. Собраны Д. Долговым. Санкт-Петербург. В типографии военно-учебных заведений, 1846 // Вестник криминалистики. 2009. Вып. 1(29). С. 109.

достигшего возраста шестнадцати лет либо достигшего этого возраста, но страдающего психическим расстройством или отстающего в психическом развитии, по уголовным делам о преступлениях против половой неприкосновенности несовершеннолетнего участие психолога обязательно»⁷.

Вряд ли такое решение оптимально для обеспечения психологической безопасности малолетнего лица при производстве следственных действий с его участием. Полагаем, что участие педагога или психолога в проведении очной ставки с малолетним лицом не станет панацеей для реализации задачи «максимальной защиты прав и интересов несовершеннолетних потерпевших от дополнительных психологических страданий»⁸.

По нашему мнению, данное законодательное решение малоэффективно как для обеспечения безопасности малолетнего, так и мало выполнимо на практике для сотрудников правоохранительных органов многих территорий нашей страны, поскольку не во всех случаях следователь будет иметь возможность привлечь специалиста-психолога (за его отсутствием) к производству необходимого следственного действия с участием малолетнего.

Мы уже не говорим о том, что в нем содержится крайне противоречивое указание на привлечение к допросу малолетних лиц, других указанных в законе следственных действий с участием педагога или психолога; так кого же из этих специалистов и из какой области педагогики или психологии следует привлекать (не считая, разумеется, однозначного указания о привлечении именно психолога к следственным действиям, производимым с участием малолетнего потерпевшего или свидетеля по делам о сексуальных посягательствах в отношении несовершеннолетнего)⁹?

Даже если соглашаться с предложенным законодателем вариантом решения проблемы производства очной ставки/других следственных действий с участием малолетнего потерпевшего или свидетеля, то очевидно, что условия их производства должны быть распространены и на подозреваемых и обвиняемых в возрасте от четырнадцати до шестнадцати лет¹⁰.

Для предупреждения возможности злоупотребления следователя своим правом на производство/непроизводство очной ставки исключительно по своему тактическому усмотрению в УПК РФ должна быть закреплена обязанность следователя удовлетворять ходатайства стороны защиты о проведении очных ставок (с указанной выше оговоркой, касающейся про-

⁷ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования прав потерпевших в уголовном судопроизводстве : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 432 // Рос. газета. 2013. 30 дек.

⁸ Там же.

⁹ Содержавшееся в Пояснительной записке к данному законопроекту, безусловно, необходимое уточнение, что таким специалистом является «специалист в области возрастной или педагогической психологии», в текст окончательной редакции указанного федерального закона (по неизвестным нам причинам) не вошло. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=100252;fld=134;dst=4294967295;rnd=0.23652341961860657>

¹⁰ А при наличии обстоятельств, также указанных в приведенной норме, – по усмотрению следователя и на других несовершеннолетних подозреваемых/обвиняемых.

ведения очных ставок с участием малолетних лиц). Опосредовать это положение можно в ст. 192 УПК РФ примерно в следующей редакции:

Ходатайство подозреваемого, обвиняемого о производстве очной ставки между ним и показывающим против него лицом, подлежит удовлетворению за исключением случаев, когда производство данного следственного действия может угрожать безопасности последнего или близких к нему лиц.

Производство очной ставки с участием малолетнего лица не допускается.

В связи этим для создания правового механизма обеспечения психологической безопасности малолетних (исключение возможности усмотрения следователя в этом отношении) также предлагаем в императивной форме закрепить в УПК РФ положение о привлечении таких лиц к опознанию лишь в условиях, исключающих визуальный контакт между опознающим и опознаваемым. Этим положением, на наш взгляд, дополнить ч. 8 ст. 193 УПК, изложив его примерно в следующей редакции.

Когда опознающим является малолетнее лицо, предъявление лица для опознания осуществляется в условиях, исключающих визуальное наблюдение опознающего опознаваемым.

Для «введения» в исследование еще одной разновидности возможного злоупотребления правом со стороны следователя, преимущественно касающейся производства им допросов и очных ставок, следует напомнить, что российское уголовно-процессуальное законодательство всегда повышенное внимание уделяло языку составляемых протоколов следственных действий, в первую очередь протоколов допросов. Это вполне объяснимо, ибо адекватность воспроизведения в них показаний допрашиваемых лиц во многом позволяет судить об объективности последних.

В протоколе допроса показания свидетелей излагаются тем же порядком что и показания обвиняемых. Не случайно еще Устав уголовного судопроизводства 1984 г. указывал: «Показания обвиняемого записываются в первом лице собственными его словами без всяких изменений, пропусков и прибавлений. Слова и выражения простонародные, местные или не совсем понятые объясняются в скобках» (ст. 409).

«Показания обвиняемых (и других допрашиваемых лиц. – О. Б.) заносятся в протокол в первом лице и, по возможности, дословно» – указывалось в ст. 138 УПК РСФСР 1923 г., в ст. 151, 160 УПК РСФСР 1960 г. Это же требование содержит и ст. 190 действующего УПК РФ.

Особо значимо выполнение этих предписаний для оценки достоверности тех показаний, от которых допрашиваемые по тем или иным причинам впоследствии отказались (либо в существенной части их изменили). Данный вывод обусловлен тем, что следственная и судебная практика убедительно показывает, что наиболее распространенным объяснением данные лица называют то, что следователь «не так записал» их первоначальные показания.

Действительно, как отмечает Н. И. Порубов, «протокол допроса, составленный следователем, представляет не стенограмму допроса, а его

конспект, при котором словесная информация не теряется, а лишь уплотняется»¹¹; протокол допроса есть результат «коллективного творчества» следователя и допрашиваемого. Излагая в протоколе показания допрашиваемого, следователь практически всегда их редактирует с учетом своего жизненного опыта, образования, интеллектуального развития, привычных для себя словесных штампов и др. Во многом это и гносеологически, и филологически, и психологически объяснимо.

Главное же при этом то, чтобы показания были записаны «во-первых, так, чтобы допрашиваемый, прочитав их, убедился, что записаны действительно его слова; во-вторых, чтобы показания отражали индивидуальность личности допрашиваемого» и, в-третьих, могли быть поняты и правильно истолкованы всеми, кто с ними знакомится»¹².

Если показания изложены в протоколе языком, не свойственным допрашиваемому, тем более с использованием неизвестных ему юридических выражений и штампов, то объяснения допрашиваемого о причинах их изменения приобретают определенную убедительность.

В протоколе допроса подозреваемого, имеющего 7-классное образование, его показания были зафиксированы в такой редакции: «Я признаю себя виновным в том, что, действуя из хулиганских побуждений и проявляя явное неуважение к обществу, имея умысел на совершение убийства с особой жестокостью и особым цинизмом, совершил ...».

После того как подсудимый отказался от своих «признательных» показаний, суд, проанализировав данный протокол допроса, исключил его из числа доказательств обвинения, указав в приговоре, что в нем показания допрашиваемого изложены, очевидно, несвойственным подсудимому языком, а потому вызывают обоснованные сомнения в своей достоверности.

Но это – не есть злоупотребление правом, это есть тактическая ошибка следователя, предопределенная недооценкой им рассматриваемого процессуального предписания и ведущая, как в приведенном примере, в ряде случаев к негативным доказательственным последствиям, ставящим под обоснованные сомнения значимость сформированного в результате допроса доказательства.

«Указание о дословной записи не является категорическим, – совершенно верно пишет С. А. Шейфер. – ...Требование дословной фиксации, в первую очередь, имеет в виду слова и выражения, несущие особую смысловую нагрузку и характеризующие особенности восприятия и уровень развития допрашиваемого»¹³.

Однако есть и другие аспекты лингвистической проблемы, средства разрешения которой нельзя не расценить иначе, как злоупотребление

¹¹ Порубов Н. И. Допрос в советском уголовном судопроизводстве. Минск, 1973. С. 249.

¹² Там же. С. 247. Об этом также см.: Белоусов А. В. Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М., 2001; Михайлов А. И., Подголин Е. Е. Письменная речь при производстве следственных действий. М., 1980.

¹³ Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 191.

следователем правом при выполнении законодательного предписания о необходимости отражения показаний допрашиваемого в протоколе «по возможности дословно».

Первый из них следующий.

В следственной/судебной практике встречаются дела, по которым допрашиваемые лица в своих показаниях пользуются ненормативной лексикой¹⁴. В этих случаях они либо дословно воспроизводят нецензурные выражения, звучавшие при событии, об обстоятельствах которого они дают показания, либо в силу своих личностных особенностей просто не умеют иными словами выразить свои мысли.

Давая «признательные» показания о совершении ряда убийств пожилых женщин, сопряженных с изнасилованиями, умственно отсталый Сопов эти показания излагал примитивным языком: потерпевших называл «бабушками», привычными для него словами он называл половой акт, семяизвержение, половые органы.

«Все это, – пишет следователь, расследовавший данное уголовное дело, – нашло отражение в протоколе. Было ясно, что он говорит не по подсказке»¹⁵.

Практика сталкивается и с ситуациями, в которых необходимость использования в протоколе допроса ненормативной лексики как бы обуславливается задачей объективизации показаний допрашиваемого, связанных с обстоятельствами совершения им преступления. А это, в свою очередь, предопределяет необходимость отражения этих обстоятельств в других процессуальных документах (в протоколах осмотров, заключениях экспертиз и др.).

Так, при осмотре кассового помещения по делу о краже был обнаружен закрепленный в пишущей машинке лист бумаги, на котором преступник напечатал различные непристойные выражения. В протоколе допроса признавшегося в совершении кражи подозреваемого следователь записал: «Я напечатал на стоявшей в кассе машинке нецензурную брань».

«В данном случае, – пишут И. И. Михайлов и Е. Е. Подголин, проанализировавшие данный пример, – существенное значение имела бы дословная передача в протоколе непристойных выражений»¹⁶.

Полагаем, что во всех приведенных и аналогичных им случаях в протоколе допроса, очной ставки ненормативные, тем более, нецензурные выражения допрашиваемого следует «перевести» на нормативный русский язык, особо оговорив это обстоятельство в протоколе.

Однако если сообщаемые таким языком сведения имеют повышенную значимость для расследования и, возможно, будут значимы для последу-

¹⁴ «К нецензурной лексике в современном русском языке относятся четыре слова – нецензурные обозначения мужского и женского половых органов, нецензурное обозначение процесса совокупления и нецензурное обозначение женщины распутного поведения, а также все образованные от этих слов языковые единицы, т.е. содержащие в своем составе данные корни» (Стернин И. А. Теоретические и прикладные проблемы языкознания : избр. работы. Воронеж, 2008. С. 236).

¹⁵ Следственная практика. М., 2003. Вып. 3 (160). С. 28–29.

¹⁶ Михайлов А. И., Подголин Е. Е. Указ. соч. С. 51.

ющего судебного рассмотрения уголовного дела (в частности, для оценки показаний допрашиваемого при их изменении на этой стадии судопроизводства), то тактически целесообразно, чтобы допрос этого лица сопровождался аудиовидеозаписью, воспроизводящей «оригинал» осуществленного в протоколе «перевода». Она в случаях крайней необходимости может быть прослушана/просмотрена в судебном заседании; при этом данная часть судебного заседания должна быть проведена в закрытом режиме.

Но тексты протоколов допросов (других следственных действий) не должны содержать ненормативную лексику.

Противное следует расценивать как злоупотребление следователем правом, «посягающее» на нравственно-этические основы уголовного судопроизводства в целом.

В связи с этим С. Довлатов писал, что «язык – это только зеркало. То зеркало, на которое глупо пенять». С этим мы согласны. Однако связанное с данным положением его утверждение, что «язык не может быть плохим или хорошим. Качественные и тем более моральные оценки здесь неприемимы»¹⁷, вызывает у нас резкое неприятие.

Если не предъявлять к языку качественные и моральные оценки (как это сделано в приведенном судебном решении Верховного Суда РФ), то зеркало уголовного судопроизводства долгие годы так и будет вынужденно отражать опухшую (либо истощенную), сильно пьющую, не всегда адекватную к реальности, физиономию нашего соотечественника.

Но современная практика выявила еще один, очевидно, негативный, аспект проблемы составления протоколов допросов в досудебном производстве по уголовному делу. По нашему убеждению, его также следует расценивать как злоупотребление следователем своими правами.

Имеется в виду следующее. Как известно, ранее, к сожалению, отдельные протоколы допросов по уголовному делу содержательно дублировали друг друга. В настоящее время предоставляемая персональными компьютерами (а ими располагают практически все следователи) возможность копировать текстовые файлы и полностью переносить их содержание во вновь открываемый файл эту проблему существенно усугубила.

Освоив данную нехитрую премудрость, следователи для облегчения своей работы нередко просто «перекидывают» текст первоначального протокола допроса в содержание повторного допроса этого же лица, необходимость производства которого обычно обуславливается либо изменением его процессуального положения (сначала допрашивался в качестве свидетеля, затем подозреваемого, затем обвиняемого), либо уточнением редакции ранее предъявленного этому лицу обвинения.

К примеру, по одному уголовному делу из 132 строк протокола допроса обвиняемого 119 текстуально воспроизводили текст протокола допроса этого лица, несколько дней до того допрошенного в качестве подозреваемого (с тем же топографическим расположением текста и теми же орфографическими и синтаксическими ошибками).

¹⁷ Довлатов С. Собр. соч. : в 4 т. СПб., 2006. Т. 4. С. 416.

В таких случаях лицо, в сущности, повторно не допрашивается (хотя оно и подписывает соответствующий протокол). Это, что очевидно в ряде следственных и судебных ситуаций (в первую очередь, когда данное лицо отказывается от своих предыдущих показаний), ставит под обоснованное сомнение доказательственную значимость подобных «клонированных» протоколов.

В приведенном выше случае допрошенный по данному обстоятельству в суде следователь «признался» в «скачивании» текста допроса обвиняемого с файла протокола его допроса в качестве подозреваемого, пояснив, что он сделал это для облегчения своей работы, но по согласию на то допрашиваемого (последний в суде дачу своего согласия категорически отрицал).

Расценить такое «тактическое» поведение следователя иначе, как злоупотребление правом, нельзя; составленный таким образом протокол «допроса» следует признавать недопустимым доказательством.

Ради объективности скажем, что по приведенному выше делу суд ходатайство защиты о признании протокола допроса обвиняемого недопустимым доказательством отклонил, положив в основу принятого решения то, что «УПК не содержит запрещений на подобные действия» и что «составленный протокол допроса подписан обвиняемым и его защитником без каких-либо замечаний».

Думается, что это обоснование судом своего решения наглядно подчеркивает актуальность рассматриваемой нами проблемы злоупотребления правом: формально правильно (действительно, закон подобных запрещений не содержит), а по существу...

Крайней степенью злоупотребления следователем своим правом в рассматриваемых аспектах этого феномена является, когда текст допроса одного лица практически без изменений с помощью компьютера воспроизводится в протоколе другого допрашиваемого. При этом лишь соответствующим образом изменяются фамилии «действующих» лиц; фамилией якобы допрашиваемого сменяется фамилия и другие установочные данные лица, с показаний которого этот протокол «скачен».

Особыми негативными последствиями такая технология «допроса» чревата в ситуациях, которые предполагают выявление противоречий в показаниях лиц по одним и тем же обстоятельствам.

Проиллюстрируем также данное положение примером из следственной практики.

Спустя несколько часов после задержания за нецензурную брань в общественном месте, Л. из камеры для задержанных РОВД был доставлен в кабинет ОУР, расположенный на четвертом этаже этого же здания. Через некоторое время в присутствии производивших с ним беседу троих оперативных сотрудников УР (согласно протоколам допросов этих лиц) Л. внезапно вскочил на стол и, крикнув, что ему все надоело, неожиданно для них выбросился из окна этого кабинета; в тот же день от полученных телесных повреждений он скончался.

Изучение уголовного дела, возбужденного по данному факту по признакам доведения до самоубийства, показало, что следователь допросил в качестве свидетеля одного из этих сотрудников, а затем ... полностью, дословно перенес его показания в протоколы «допросов» других оператив-

ных сотрудников, лишь изменив фамилии лиц, участвовавших в проводимой с Л. беседе, повлекшей указанные выше последствия. Иными словами, если в показаниях Иванова указывалось: «Я, Петров, Сидоров...», то в показаниях Петрова – «Я, Иванов, Сидоров...»...

В результате такого «расследования» данное уголовное дело было приостановлено в связи с тем, что установить лиц «в результате чьих умышленных действий Л. покончил жизнь самоубийством не представилось возможным».

У нас нет ни малейших сомнений в том, что не только протоколы допросов таким образом «допрошенных» лиц – доказательства а priori недопустимые. Как минимум их наличие свидетельствует о том, что следователь, осуществляя подобным образом данные следственные действия, злоупотребил своим правом.

Не может один и тот же человек дважды теми же словами воспроизвести событие, участником или свидетелем которого он был; не могут два различных человека одними и теми же словами излагать обстоятельства события, о которых они дают показания. В силу этого следственного «ноухау» для обеспечения баланса общественных и личных интересов в досудебном производстве по уголовному делу, видимо, следует согласиться с А. В. Белоусовым, что в подобных случаях «имеет место не что иное, как фальсификация доказательств: составляется протокол допроса, хотя допроса как такового не было»¹⁸.

Для исключения подобного отношения следователей к производству данных – наиболее распространенных – следственных действий, учитывая реалии следственной практики, для предупреждения злоупотребления предоставленными им правами предлагаем целесообразным дополнить ст. 190 УПК РФ частью 2.1. примерно следующего содержания:

Использование в протоколе допроса ненормативной лексики не допускается. Если таковая содержалась в показаниях допрашиваемого, к протоколу прилагается аудио- или видеозапись показаний, которая при необходимости в исключительных случаях может быть воспроизведена в закрытом судебном заседании.

Протокол допроса, текстуально воспроизводящий содержание ранее данных допрашиваемым лицом показаний, а также показаний других ранее допрошенных лиц, признается недопустимым доказательством.

¹⁸ Белоусов А. В. Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М., 2001. С. 94.

Воронежский государственный университет

Баев О. Я., доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, академик РАЕН, заведующий кафедрой криминалистики

E-mail: baev@law.vsu.ru

Тел.: 8 (473) 220-85-14

Voronezh State University

Baev O. Ya., Doctor of Legal Sciences, Professor, Honoured Scientist of Russian Federation, Academician of the Russian Academy of Natural Sciences, Head of the Criminology Department

E-mail: baev@law.vsu.ru

Тел.: 8 (473) 220-85-14

СОБИРАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ
В СТАДИИ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

А. Н. Кузнецов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 13 января 2014 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию категории собирания доказательств в уголовном процессе. Анализируются способы получения доказательств в стадии возбуждения уголовного дела, в том числе при производстве дознания в сокращенной форме в контексте последних изменений, внесенных в статьи Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Российской Федерации.

Ключевые слова: доказательства, доказывание, собирание доказательств, досудебное производство, стадия возбуждения уголовного дела, дознание, законность, правомерность.

Abstract: the article is devoted to the research categories of evidence in criminal proceedings. The author analyzes the methods of obtaining the evidence in a stage of excitation of criminal case the inquiry in a condensed form in the context of recent changes made to the articles of the Criminal and Criminal-procedural codes of the Russian Federation.

Key words: evidence, proving, collecting evidence, pre-trial proceedings, stage of criminal investigation, inquiry, legality, validity.

Актуальность темы исследования связана с необходимостью теоретического и практического осмысления особенностей получения доказательств в уголовном процессе, а именно на отдельных его стадиях. Кроме того, последняя редакция Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов Российской Федерации¹, отчасти касающаяся данной тематики, требует также особого комментария.

Концентрируясь на определении сущности собирания доказательств, необходимо отметить следующее.

Закон в ряде случаев говорит о существенных для дела обстоятельствах или обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела. От своевременного, полного и объективного установления всех обстоятельств совершенного преступления зависят не только законность вынесения итоговых процессуальных решений, но и гарантия прав и законных интересов лиц, вовлеченных в сферу уголовного процесса.

В уголовном процессе истина устанавливается посредством доказывания – ядра уголовно-процессуальной деятельности, включающего важнейший элемент – собирание доказательств.

¹ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : федер. закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 9. Ст. 875.

Уже на первой стадии уголовного процесса – возбуждения уголовного дела – могут быть сформированы доказательства, предопределяющие перспективу дальнейшего производства по делу. В специфике доказывания на данном этапе прежде всего следует выделить законность проводимых следственных и иных процессуальных действий, которая обуславливает возможность использования полученных доказательств, нередко составляющих основу обвинения.

Доказывание осуществляется на каждой стадии досудебного производства (ч. 2 УПК РФ): возбуждения уголовного дела (раздел VII УПК РФ) и предварительного расследования (раздел VIII УПК РФ). Однако его осуществление на стадии возбуждения уголовного дела долгое время вызывало споры. К тому же в юридической литературе дискуссионным был вопрос о том, является ли вообще возбуждение уголовного дела самостоятельной стадией уголовного процесса. Например, еще М. С. Строгович полагал, что возбуждение уголовного дела на практике часто сливается с начальным моментом предварительного расследования, особенно если и возбуждает дело, и ведет по нему расследование один и тот же орган².

Отдельные авторы отрицали самостоятельность стадии возбуждения уголовного дела на том основании, что проверка, предшествующая возбуждению уголовного дела, не является процессуальной деятельностью, а осуществляется прокурором в порядке общего надзора³. Из этого утверждения следовало, что возбуждение дела вообще лежит за рамками уголовного процесса.

Высказывалось мнение и о том, что сущность возбуждения дела сводится лишь к составлению единственного процессуального документа – постановления о его возбуждении. Так, М. А. Чельцов писал: «Возбуждение уголовного дела – это процессуальный акт государственного органа, в котором последний устанавливает наличие в определенном событии признаков преступления и поэтому решает возбудить уголовное дело»⁴.

Не вдаваясь в глубокую оценку тех или иных позиций, отметим, что в настоящее время подавляющее большинство российских ученых считают возбуждение дела первой самостоятельной стадией уголовного процесса⁵.

² См.: *Строгович М. С.* Учебник уголовного процесса. М., 1938. С. 105. См. также об этом: *Дорохов В. Я.* Возбуждение уголовного дела как первоначальная часть стадии предварительного расследования // *Ученые записки Пермского ун-та.* 1955. Т. 10, вып. 4. С. 108–121 ; *Шифман М.* Дискуссионные вопросы уголовного судопроизводства // *Соц. законность.* 1957. № 7. С. 18.

³ См. об этом: *Тадевосян В. С.* Прокурорский надзор в СССР. М., 1956. С. 116–117.

⁴ *Чельцов М. А.* Советский уголовный процесс. 4-е изд., испр. и перераб. М., 1962. С. 231.

⁵ См., например: *Гельдибаев М. Х., Вандышев В. В.* Уголовный процесс. М., 2009 ; *Граев А. В.* Возбуждение уголовного дела как начальная стадия уголовного процесса // *Право и политика.* 2009. № 5. С. 1096–1104 ; *Давлетов А. А., Кравчук Л. А.* Стадия возбуждения уголовного дела – обязательный этап современного отечественного уголовного процесса // *Рос. юрид. журнал.* 2010. № 6. С. 114–120 ; Сущность и актуальные проблемы стадии возбуждения уголовного дела : монография / отв. ред. И. С. Дикарев. 2-е изд., испр. и доп. М., 2012 ; *Андреева О. И.* О необходимости стадии возбуждения уголовного дела в современном уголовном процессе России // *Вестник Том. гос. ун-та.* 2012. № 356. С. 109–112 ; и др.

Однако на вопрос, является ли познавательная деятельность по проверке сведений о преступлениях, осуществляемая на этой стадии, уголовно-процессуальным доказыванием, однозначного ответа в литературе нет. До начала 70-х гг. прошлого века превалировала точка зрения, отрицающая доказательственную сущность данной деятельности. Согласно этой позиции, проверка первичных материалов может осуществляться без проведения следственных действий, а фактические данные, обосновывающие решение о возбуждении дела, носят характер «зачатков» судебных доказательств⁶. Тем не менее сложилось и оправдало себя в ряде случаев научное мнение о том, что в стадии возбуждения дела осуществляется уголовно-процессуальное доказывание, не отличающееся от доказывания в других стадиях судопроизводства⁷.

В Концепции судебной реформы в Российской Федерации, принятой 24 октября 1991 г. постановлением Верховного Совета РСФСР и одобренной Президентом Российской Федерации, один из разделов был специально посвящен возбуждению уголовного дела. В нем отмечалось: «Демократической направленности предлагаемых преобразований не соответствует сохранение административной по своей природе доследственной проверки заявлений и сообщений о совершении преступления до возбуждения уголовного дела. Собственно, в виде такой “проверки” мы имеем суррогат расследования, причем ее результаты могут предрешить исход дела, а собранные материалы под названием “иные документы” – использоваться как доказательства. При этом информация добывается не процессуальными, то есть наименее надежными в контексте уголовного судопроизводства, средствами». Поскольку цели предварительного расследования заключаются не только в установлении обстоятельств совершенного преступления, но и определении некриминального характера события или отсутствия последнего, будет обоснованным рассматривать всякое сообщение о преступлении, если на момент рассмотрения не очевидна его ложность как бесспорный повод к возбуждению уголовного дела. Единый процессуальный порядок предварительного расследования, подкрепленный упраздне-

⁶ См.: Яшин В. Н., Победкин А. В. Возбуждение уголовного дела : теория, практика, перспективы : учеб. пособие для вузов. М., 2002. С. 22. См. также: Жогин Н. В., Фаткуллин Ф. Н. Возбуждение уголовного дела. М., 1961 ; *Их же*. Предварительное следствие в советском уголовном процессе. М., 1965 ; Арсеньев В. Д. Доказывание фактических обстоятельств дела в советском уголовном процессе : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1967 ; Жогин Н. В. Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел. М., 1968.

⁷ См. об этом: Сердюков П. П. К вопросу о доказывании в стадии возбуждения уголовного дела // Проблемы сов. государства и права. Иркутск, 1970. Вып. 1. С. 142–152 ; Ульянова Л. Т. О доказывании в стадии возбуждения уголовного дела // Вестник Моск. гос. ун-та. Сер. 11, Право. 1970. № 3. С. 22–29 ; Карнеева Л. М. Доказывание при отказе в возбуждении уголовного дела // Сов. государство и право. 1975. № 2. С. 94–96 ; *Ее же*. Основания отказа в возбуждении уголовного дела // Соц. законность. 1977. № 3. С. 56–57 ; Кузнецов Н. П. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела. 1983 ; Сердюков П. П. Доказательства в стадии возбуждения уголовного дела : учеб. пособие. Иркутск, 1981.

нием доследственной проверки, не увеличит, а, наоборот, сократит срок фактического расследования, поскольку граждане не будут вызываться несколько раз: сначала для дачи объяснений, а затем – для дачи показаний дознавателю, следователю или суду. Если возбуждение уголовного дела заведомо не означает обязательного обнаружения преступника, а, напротив, предполагает, что в ходе расследования выяснится отсутствие преступления, то «напрасное» возбуждение дела не выступает показателем некачественной работы уголовной юстиции. Прекращение органами расследования уголовного дела должно рассматриваться как нормальный (один из возможных) результат, соответствующий задачам установления истины по делу. Особо в Концепции отмечалось: «В любом случае, когда хотя бы в минимальной степени существует вероятность того, что преступление было совершено, необходимо возбуждать уголовное дело и устанавливать истину наиболее надежными средствами, то есть действиями, облеченными в процессуальную форму»⁸.

Изложенные положения были подвергнуты критике, в силу того что истребование предметов и документов, как и получение объяснений, в ходе проверки заявления о преступлении, если они предусмотрены в УПК, являются уголовно-процессуальными, а не административно-правовыми действиями⁹. Причем все признаки деятельности, осуществляемой при рассмотрении заявлений, сообщений и иных сведений о преступлениях, характеризуют ее как уголовно-процессуальное доказывание. Познание, осуществляемое в уголовном судопроизводстве (уголовно-процессуальное доказывание), регламентируется правовыми нормами, осуществляется в рамках строго установленной законом процессуальной формы, определяющей цель, предмет, источники, способы и порядок осуществления этой деятельности. Если действия компетентных органов на данном этапе предусмотрены уголовно-процессуальным законом, они не могут носить административный характер, а являются уголовно-процессуальными.

Таким образом, уголовно-процессуальное доказывание осуществляется уже на первой стадии уголовного судопроизводства¹⁰. В связи с этим представляется необходимым устранение соответствующих пробелов в законе. В частности, поскольку доказывание в стадии возбуждения дела обладает определенной спецификой относительно способов собирания доказательств, отдельно следует остановиться на законодательных изменениях порядка рассмотрения сообщения о преступлении.

⁸ Концепция судебной реформы в Российской Федерации / сост. С. А. Пашин. М., 1992. С. 88–90.

⁹ См.: Кузнецов Н. П. Концепция судебной реформы и некоторые проблемы доказывания в уголовном процессе // Юрид. записки. Воронеж, 1994. Вып. 1 : Проблемы судебной реформы. С. 50–52.

¹⁰ См. об этом: Яшин В. Н. Возбуждение уголовного дела : теория, практика, перспективы : учеб. пособие для вузов. М., 2002 ; Березина Л. В. Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003.

Федеральный закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ¹¹ существенно расширил права должностных лиц, ведущих уголовный процесс, перечнем проверочных действий, проводимых в стадии возбуждения уголовного дела. Причем результатам проверочных действий при сокращенной форме дознания придается особое доказательственное значение.

Новая редакция ст. 144 УПК РФ, регламентирующая порядок рассмотрения сообщения о преступлении, предусматривает следующие виды проверочных действий:

- получение объяснений;
- получение образцов для сравнительного исследования;
- истребование предметов и документов, а также их изъятие;
- назначение и производство экспертизы;
- осмотр места происшествия, предметов, документов и трупов;
- освидетельствование;
- требование производства документальных проверок, ревизий, исследования документов, предметов, трупов с привлечением специалистов к такому исследованию;
- обязательное для исполнения органом дознания письменное поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий.

В рамках данного исследования представляется целесообразным конкретизировать каждый из видов проверочных действий в стадии возбуждения уголовного дела.

Получение объяснений от лиц с их согласия. Указанный способ получения доказательств в стадии возбуждения уголовного дела не является новым. Еще УПК РСФСР 1960 г.¹² (ч. 2 ст. 109) предусматривал получение объяснений в качестве одного из процессуальных средств предварительной проверки информации о преступлении. Доказательственная ценность и практическая необходимость получения объяснений как первичной информации о преступлениях давно очевидна. Поэтому в настоящее время вопрос о возможности истребования объяснений в стадии возбуждения уголовного дела решен положительно. А при производстве дознания в сокращенной форме полученные объяснения, в случае если их полнота и достоверность не оспариваются сторонами, подлежат использованию в доказывании как допустимые доказательства, которые могут быть положены в основу приговора.

Таким образом, если объяснения не вызывают сомнений у сторон, то они используются как полноценные доказательства наравне с другими.

На практике лица, давшие объяснения до возбуждения уголовного дела, при наличии процессуальной необходимости могут быть допрошены в стадии предварительного расследования, так как объяснение не может подменять допрос лица в соответствующем статусе. Данным допросом не

¹¹ О внесении изменений в статьи 62 и 303 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : федер. закон от 4 марта 2013 г. № 23-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 9. Ст. 875.

¹² Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР : утв. Верховным Советом РСФСР 27 октября 1960 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

только формируются доказательства, но и проверяются сведения, изложенные в объяснении. Поскольку такая проверка не носит векторного характера, полагаем, что и объяснения служат средством проверки получаемых в дальнейшем показаний на предмет последовательности изложенных в них сведений и непротиворечивости их содержания.

В случае если фактическое содержание объяснений одного и того же лица совпадает с его показаниями, проблем, как правило, не возникает. Такие объяснения, безусловно, сохраняются в материалах дела, хотя часто не включаются в обвинительное заключение (обвинительный акт, обвинительное постановление) и не исследуются в суде. Если же объяснения и показания существенно разнятся, необходимо выяснение причин такого несовпадения, а значит, вполне логично говорить о сопоставлении одного доказательства с другим. В связи с этим доказательственная ценность объяснений сохраняется и после возбуждения уголовного дела.

Представляется необходимым закрепление в законе положения, согласно которому объяснения подлежат оглашению в суде. В пользу данного утверждения свидетельствует и практика. Так, некоторые суды исследуют объяснения в судебном следствии и используют их для обоснования приговора¹³.

Заслуживают внимания высказанные учеными предложения по изменению формы закрепления полученных сведений¹⁴. Объяснения могут содержаться и в установленных законом процессуальных документах стадии предварительного расследования, а могут быть зафиксированы в протоколе задержания подозреваемого. Доказательственную силу имеют также и объяснения лица, отказавшегося подписать протокол следственного действия, в котором излагаются эти объяснения (ч. 2 ст. 167 УПК РФ).

С принятием Федерального закона № 23-ФЗ объяснения не приобрели отдельной процессуальной формы, хотя увеличилось число процессуальных оснований относить их к иным документам. Следовательно, доказательственная ценность объяснений не должна вызывать сомнений.

Термин «объяснение» в УПК РФ фигурирует и применяется наряду с понятием «показание», т.е. в одной статье или одной части статьи. В ч. 2 ст. 74 УПК РФ в качестве видов доказательства объяснения не указаны, речь идет лишь о показаниях соответствующих лиц. В связи с этим возникает вопрос: если объяснения, полученные в уголовном процессе, являются доказательствами, то в каких процессуальных документах они могут быть зафиксированы?

Показания подозреваемого определяются законом как «сведения, сообщенные им на допросе, проведенном в ходе досудебного производства в соответствии с требованиями ст. 187–190 настоящего Кодекса» (ст. 76 УПК РФ). Сведения, сообщенные им не в ходе допроса, именуется объ-

¹³ Архив Суджанского районного суда Курской области (2009 г.) : дело № 1-27-09. В данном уголовном деле необходимость оглашения объяснений возникла именно потому, что их содержание существенно отличалось от показаний тех же лиц, а иногда и прямо противоречило им.

¹⁴ См.: Будников В. Л. Показания в уголовном процессе. М., 2009. С. 32.

яснениями. В протоколе задержания подозреваемого предусмотрена соответствующая графа, в которой излагается заявление лица по поводу его задержания. По нашему мнению, такие заявления следует относить к объяснениям, которые могут фиксироваться в отдельном документе.

В ходе дачи объяснений подозреваемый может сообщать не только сведения, послужившие, например, основанием к его задержанию, но и другие сведения, имеющие значение для дела. В частности, может быть указано на неправомерность действий сотрудников полиции, производивших задержание, и иные нарушения прав и свобод лица, а также заявлено алиби и др. Право подозреваемого давать объяснения и показания законом не ограничено, поэтому в своих объяснениях данный участник уголовного процесса вправе выходить за рамки обстоятельств, послуживших основанием для его задержания. В дальнейшем в ходе допроса эти сведения могут быть полностью подтверждены лицом, что позволит усмотреть последовательность и непротиворечивость его показаний.

Объяснения задержанного, как представляется, должны быть проверены наравне с другими доказательствами. Однако при производстве дознания в сокращенной форме такая проверка сводится лишь к тому, чтобы те же самые объяснения были закреплены содержательно в протоколе допроса. По сути, в данном случае речь может идти об отказе от защиты. Механизм защиты может быть реализован в ходе производства сокращенного дознания и даже после составления обвинительного акта, но в имеющихся процессуальных условиях его реализации он является весьма условным.

В настоящее время доказательственное значение объяснений существенно возросло еще и потому, что впервые законодатель распространил на данный способ получения доказательственной информации некоторые элементы процессуального режима предварительного расследования. Так, новая редакция ст. 144 УПК РФ обязывает разъяснять лицам право не свидетельствовать против себя, своего супруга и других близких родственников, пользоваться услугами адвоката, а также обжаловать проверочные действия должностных лиц в порядке главы 16 УПК РФ. Кроме того, участники проверки сообщения о преступлении могут быть предупреждены об уголовной ответственности за неразглашение данных досудебного производства.

Таким образом, на современном этапе развития законодательства выявляются новые субъекты уголовного процесса и уголовно-правовой ответственности – лица, участвующие в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении (ч. 1¹ ст. 144). К этим лицам, помимо «традиционных» участников, судебная практика относит и лиц, осужденных за преступления¹⁵.

В число лиц, вовлеченных в производство процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, могут входить не только очевидцы и пострадавшие, но и лицо (предположительно), причастное к совер-

¹⁵ Согласно Определению Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 г. № 576-О-П, осужденный, отбывающий наказание в виде лишения свободы, упомянут как осужденный, претендующий на роль потерпевшего в будущем уголовном деле в случае обжалования им действий (бездействия) или решений органов предварительного расследования, затрудняющих доступ осужденных к правосудию.

шению преступления. Поэтому разновидностью такой проверки является проверка, осуществляемая в отношении конкретного лица¹⁶. От этого лица также могут быть получены объяснения, в которых лицо может полностью признавать себя виновным и не оспаривать, а, наоборот, оказывать содействие в установлении фактической стороны события преступления. В связи с этим имеются различия в характере задаваемых вопросов и общей направленности «беседы», в процессе которой формируются такие объяснения. Поскольку данный вид проверки, по сути, является уголовным преследованием лица, то последнее имеет право на получение квалифицированной юридической помощи, например пользоваться услугами адвоката при даче объяснений.

Согласно нормам Федерального закона № 23-ФЗ лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, среди прочих разъясняется не только ст. 51 Конституции РФ, но и право пользоваться услугами адвоката. Однако поскольку речь в рассматриваемом случае идет об уголовном преследовании конкретного лица, то квалифицированная юридическая помощь должна быть обеспечена участием защитника. Факт уголовного преследования может подтверждаться проведением в отношении лица следственных действий (обыска, опознания, допроса и др.) и иных мер, предпринимаемых в целях его изобличения или свидетельствующих о наличии подозрений против него. Поэтому представляется правильным указание Верховного Суда РФ в постановлении от 16 апреля 2013 г. № 9 о том, что каждое лицо, в отношении которого проводится проверка сообщения о преступлении, в порядке, предусмотренном ст. 144 УПК РФ, имеет право пользоваться помощью адвоката (*защитника*) с момента начала осуществления процессуальных действий. При нарушении этого конституционного права все объяснения лица, в отношении которого проводилась проверка сообщения о преступлении, должны рассматриваться судами как доказательства, полученные с нарушением закона¹⁷.

Получение объяснений – важное средство, позволяющее принять законное и обоснованное решение на стадии возбуждения уголовного дела, используемое почти по каждому уголовному делу. Вместе с тем «в стадии возбуждения уголовного дела получение объяснений соответствующей системы мер правообеспечения не имеет»¹⁸.

В связи с этим отметим следующее.

Во-первых, дача объяснений не является обязанностью. Следует учитывать разницу между показаниями свидетеля, который обязан их давать, и очевидцем, у которого такая обязанность отсутствует. Это влечет за собой необоснованное применение мер процессуального принуждения к неопре-

¹⁶ Можно выделить и других новых субъектов – лиц, в отношении которых проводится предварительная проверка сообщения о преступлении.

¹⁷ О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 апреля 2013 г. № 9 о внесении изменений в постановление Пленума Верховного Суда РФ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁸ Шилицина В. В. О проблеме обеспечения прав участников стадии возбуждения уголовного дела // Общество и право. 2009. № 5. С. 252–255.

деленному кругу лиц. При нежелании давать объяснения уголовная ответственность за такой отказ наступать не может.

Во-вторых, даже после дачи объяснений и предупреждения об уголовной ответственности по ст. 310 УК РФ ее реализация не станет бесспорной.

Момент начала досудебного производства и момент начала предварительного расследования определены в законе. Это разные моменты, они могут существовать друг без друга. В связи с этим возникает вопрос: станет ли возможной реализация уголовной ответственности лиц за разглашение данных досудебного производства (начало которого в соответствии с п. 9 ст. 5 УПК РФ определено моментом получения сообщения о преступлении), если эти лица предупреждаются о такой ответственности согласно ст. 161 УПК РФ, ст. 310 УК РФ, речь в которой идет о разглашении данных предварительного расследования? В силу ч. 1 ст. 156 УПК РФ предварительное расследование начинается с момента возбуждения уголовного дела. Поскольку *ст. 310 УК РФ не предусматривает ответственности за разглашение данных, полученных в стадии возбуждения уголовного дела*, то и *непосредственный объект преступления также отсутствует*. Как известно, применение уголовного закона по аналогии не допускается. Поэтому для реализации этой ответственности необходимо охватить понятием «предварительное расследование» стадию возбуждения уголовного дела. Безусловно, это не приемлемо, поскольку при таком подходе границы между двумя стадиями уголовного процесса будут размыты. Однако очевидно, что стадия возбуждения уголовного дела уже приобрела значительную наполняемость элементами предварительного расследования.

Возникает еще один вопрос: может ли быть реализована такая ответственность в принципе, если в ходе досудебного производства принято решение, например об отказе в возбуждении уголовного дела? Ответ будет таким же. Поскольку стадия предварительного расследования не начиналась, а досудебное производство, согласно п. 9 ст. 5 УПК РФ, содержательно отхватывает ее только в случае возбуждения уголовного дела, то и *ответственность за разглашение данных предварительного расследования также наступать не может*.

Таким образом, для надлежащей правовой и процессуальной реализации уголовной ответственности за разглашение данных досудебного производства необходимо внести изменения в ст. 310 УК РФ и ст. 161 УПК РФ, заменив слова «предварительное расследование» на «досудебное производство».

Получение образцов для сравнительного исследования. Данное процессуальное действие, позволяющее сформировать необходимый материал для специальных исследований, имеет большое значение прежде всего для решения вопроса о возбуждении или отказе в возбуждении уголовного дела, так как позволяет получить результаты специальных познаний сведущих лиц в кратчайшие сроки.

Однако получение образцов для сравнительного исследования не является самостоятельным следственным действием, поскольку не направлено на собирание доказательств. Федеральный закон от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федера-

ции»¹⁹ под образцами для сравнительного исследования понимает объекты, отражающие свойства или особенности человека, а также другие образцы, необходимые эксперту для проведения исследований и дачи заключения (ст. 9). Объекты, полученные в ходе такого действия, доказательствами по уголовному делу не являются и доказательственного значения не имеют. Они являются лишь необходимым материалом для проведения сравнительного экспертного исследования. Кроме того, ч. 4 ст. 202 УПК РФ (УПК РСФСР 1960 г. такой нормы не содержал) предусматривает право эксперта, который не выступает субъектом собирания доказательств, самостоятельно получить такие образцы, если это является частью судебной экспертизы.

Иными словами, законодатель подчеркнул, что получение образцов – не способ собирания доказательств, а необходимое условие их формирования. Одновременно получение образцов для сравнительного исследования – необходимое условие назначения и проведения экспертизы, а также исследований специалиста. Например, важность использования в доказывании биологических образцов для сравнительного исследования привела некоторых авторов к выводу о необходимости закрепления в законе возможности их принудительного получения от подозреваемого или обвиняемого на основании судебного решения при отказе предоставить их добровольно²⁰.

В настоящее время одни и те же образцы для сравнительного исследования могут быть получены двумя способами: дознавателем, следователем (в силу положений ч. 3 ст. 151 УПК РФ и истинности положений уголовно-процессуального закона дознание, в том числе в сокращенной форме, может производиться наряду с дознавателем и следователем) – путем вынесения о том постановления (ч. 1 и 3 ст. 202 УПК РФ) и экспертом (ч. 4 ст. 202 УПК РФ) в ходе экспертной деятельности. Поскольку эксперт не вправе собирать доказательства, объекты, полученные в результате его действий, доказательствами не будут. Те же самые объекты, но полученные следователем, дознавателем в порядке, предусмотренном ст. 202 УПК РФ, также не будут доказательствами по уголовному делу, поскольку сами по себе, без их экспертного (специального) исследования они не могут способствовать установлению истины по делу. Отсюда вытекает, что такое действие нельзя назвать следственным. Как справедливо заметил О. Я. Баев, «получение образцов для сравнительного исследования – лишь предследственное, вспомогательное действие, обеспечивающее возможность проведения такого действительно уже следственного действия, как назначение экспертизы»²¹.

При проверке сообщения о преступлении полученные образцы могут быть направлены не на экспертизу, а для их исследования специалистом. При этом заключение специалиста, полученное до возбуждения уголовного дела, если оно не оспаривается сторонами, по процессуальной значимо-

¹⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 23. Ст. 2291.

²⁰ См.: *Садовский К. И.* Проблемы формирования доказательств следователем с использованием специальных и технических познаний : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 14.

²¹ *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : науч.-практ. пособие. М., 2003. С. 349.

сти в силу ч. 2 ст. 74 УПК РФ приравнивается как доказательство к экспертному заключению, кроме случаев обязательного назначения экспертизы.

Истребование предметов и документов. В соответствии с ч. 4 ст. 21 УПК РФ требования, поручения и запросы прокурора, руководителя следственного органа, следователя, органа дознания и дознавателя, предъявленные в пределах их полномочий, установленных законом, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами. Таковыми, в частности, являются случаи истребования указанными лицами предметов или документов. Однако возможности применения мер уголовно-процессуального принуждения в случае невыполнения этих требований закон не предусмотрел.

Истребование предметов или документов должно применяться тогда, когда у дознавателя, следователя и других лиц, осуществляющих проверочную деятельность по сообщению о преступлении, сложится твердая уверенность в том, что их требование будет выполнено. Если же по этому поводу возникают сомнения, следует провести выемку предметов или документов.

Истребуемое может являться предметом (вещи, оставленные лицом, совершившим преступление на месте происшествия и не обнаруженные в ходе его осмотра; фотографии, устанавливающие факт знакомства определенных лиц, и др.) или документом (справка о судимости, копия приговора, акт исследования какого-либо вещества, справка о состоянии здоровья и др.). К тому же документ со следами подчистки является не документом как таковым, а предметом, который впоследствии может и должен стать вещественным доказательством.

Присутствие незаинтересованных граждан, которые играли бы роль понятых, по справедливому мнению В. Т. Томина, не может сыграть желаемую роль в силу очевидности самого факта передачи. «Если доставивший фальсифицировал доказательство, то сделал это до того, как принес. Лицо, представившее доказательство, своей подписью удостоверяет действие с не меньшим успехом»²².

Истребование предметов и документов как способ собирания доказательств может иметь место во всех стадиях уголовного процесса. Практикой укоренилась и воспринята возможность **представления предметов и документов** участниками досудебного производства. Однако процессуальный механизм представления предметов и документов законом не установлен.

Порядок представления предметов или документов, на наш взгляд, должен осуществляться следующим образом.

Во-первых, необходимо зафиксировать просьбу лица, представившего предмет или документ, о принятии и приобщении их к материалам уголовного дела. У граждан следует получать письменное заявление об этом, либо их просьба должна быть закреплена в протоколе представления предмета или документа, а органы государственной власти, органы местного самоуправления, общественные организации или их объединения должны закреплять соответствующую просьбу в сопроводительном письме.

²² *Томин В. Т.* Взаимодействие органов внутренних дел с населением в борьбе с преступностью. Омск, 1975. С. 55.

Во-вторых, следует допросить лицо об обстоятельствах, при которых данный предмет или документ был им обнаружен.

В-третьих, необходимо составить протокол принятия представленных предметов или документов. Если же дознаватель, следователь придут к выводу о том, что эти объекты не имеют отношения к рассматриваемому делу, они должны составить протокол об отказе в их принятии, в котором обосновать причины отказа. При рассмотрении дела в суде об этом делается отметка в протоколе судебного заседания. Однако вынесение решения об отказе в принятии предметов и документов не означает лишения соответствующего лица права возобновить свое ходатайство в последующих стадиях процесса.

Наконец, право представить имеющиеся предметы или документы дознавателю, следователю или в суд для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств следует предоставить и гражданам, а также органам государственной власти, органам местного самоуправления, общественным организациям и объединениям. В отличие от истребования представление предметов или документов этими участниками процесса происходит не по инициативе государственных органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс, а по инициативе лица, располагающего соответствующим предметом или документом. Порядок представления ими предметов или документов в принципе такой же, как и лицами, имеющими в уголовном процессе собственный интерес либо представляющими интересы других лиц. Но есть и отличия: во-первых, гражданин или представитель органа государственной власти, органа местного самоуправления, общественной организации или объединения может представить их по почте, лично, с нарочным и т.д.; во-вторых, если указанные объекты были переданы еще до возбуждения уголовного дела, когда произвести допрос невозможно, необходимо получить объяснение лица.

Назначение и производство экспертизы. Экспертиза имеет процессуальную природу, так как производится по постановлению следователя (дознавателя), т.е. на основании процессуального документа. «Это познавательный процесс, регулируемый законом и завершающийся формированием доказательств»²³.

Однако сама экспертиза следственным действием не является. Проводя следственное действие, следователь самолично воспринимает информацию, имеющую доказательственное значение, а экспертиза – это самостоятельная познавательная деятельность эксперта. Эксперт формирует заключение на основании своих, личных наблюдений, а затем предоставляет «продукты» своей деятельности следователю. Поэтому следственным действием нужно считать лишь назначение экспертизы²⁴. Кроме того, Федеральный закон «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» говорит об экспертизе не как о следственном, а как о процессуальном действии.

²³ Гордон Э. С. Правовые и организационные проблемы судебно-медицинской экспертизы в советском уголовном процессе : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1991. С. 337.

²⁴ См. об этом: Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 1981.

В настоящее время законодатель счел возможным допустить назначение и производство экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела, а также производство освидетельствования. Однако ч. 1 ст. 179 УПК РФ все еще содержит уже не действующее указание на возможность его производства до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства. Поскольку такого условия в ст. 144 УПК РФ больше нет, то и указание на него в ст. 179 УПК РФ подлежит исключению.

Сложно согласиться с изложенным в литературе предложением о проведении, помимо судебно-медицинской экспертизы, судебно-медицинского исследования. Последнее может назначаться следователем еще на стадии предварительной проверки сообщения о преступлении, что может стать определяющим фактором для постановки задач и выдвижения версий после возбуждения уголовного дела²⁵. Думается, такой подход приведет к неопределенности в принятии решения о том, что же все-таки проводить: освидетельствование или судебно-медицинское исследование? Полагаем, с этой задачей справляется освидетельствование с привлечением к его производству соответствующего специалиста.

Осмотр места происшествия, предметов, документов и трупов.

Традиционным следственным действием в стадии возбуждения уголовного дела является осмотр²⁶ (ст. 176–178, 180 УПК РФ). Закон предусматривает разновидности осмотра в зависимости от того, что является его предметом: место происшествия, местность, жилище, иное помещение, предметы, документы, а также труп. При этом ч. 2 ст. 176 УПК РФ подверглась изменению, и в связи с Федеральным законом № 23-ФЗ в ней отсутствует указание на возможность производства осмотра в случаях, не терпящих отлагательства.

Следственные действия, ограничивающие конституционные права граждан, производятся на основании судебного решения в порядке ст. 165 УПК РФ. При применении данной нормы следует учесть три следующих момента:

1) перечень этих действий в ч. 2 ст. 29 УПК РФ не исчерпывающий. На основании судебного решения производится эксгумация трупа против воли родственников покойного (ч. 3 ст. 178 УПК РФ);

2) Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» устанавливает требование о том, что только по судебному решению можно проводить следственные действия в отношении адвоката, в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых для адвокатской деятельности (ч. 3 ст. 8). Такое требование, однако, противоречит ст. 450 УПК РФ. Данную коллизию возможно устранить путем внесения изменений в Уголовно-процес-

²⁵ См.: Саранцев К. А. Особенности расследования преступно-ненадлежащего оказания медицинской помощи : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2009. С. 18.

²⁶ См.: Жбанков В. А. Тактика следственного осмотра. М., 1992 ; Осмотр места происшествия : практ. пособие / под ред. А. И. Дворкина. М., 2000 ; Мальцев О. Г. Осмотр места происшествия как источник получения исходных данных о личности преступника. Новосибирск, 2001 ; Осмотр места происшествия : обнаружение, фиксация, изъятие и исследование следов : справ.-метод. пособие / А. Л. Карабанов, С. К. Мелькин. М., 2006 ; и др.

суальный кодекс. Пока же соответствующее регулирование выведено из отраслевого законодательства и регулируется специальным Федеральным законом, нормы которого не предполагают возможности производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения²⁷;

3) нарушения процессуальных норм об основаниях, условиях и правилах производства следственных действий влекут применение санкций. Для участников процесса это могут быть меры принуждения, штраф или даже уголовная ответственность. Для субъектов процесса в качестве основной санкции выступает утрата доказательственного значения результатов следственного действия – санкция ничтожности (ч. 2 ст. 50 Конституции РФ, ч. 3 ст. 7; ст. 75 УПК РФ).

Результаты осмотра места происшествия могут использоваться по-разному. В одних случаях вывод о наличии признаков преступления возможен еще до осмотра места происшествия, поэтому уголовное дело должно быть возбуждено до его производства. В других – именно обстоятельства, выявленные при осмотре, позволяют сделать вывод о наличии или отсутствии признаков преступления; здесь результаты осмотра используются для принятия решения о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного дела. В третьих – даже после проведения осмотра невозможно решить вопрос о наличии или отсутствии признаков преступления, поэтому необходимо прибегнуть к иным способам собирания информации.

В ч. 2 ст. 177 УПК РФ говорится, что осмотр следов преступления и иных обнаруженных предметов производится на месте производства следственного действия, за исключением случаев, предусмотренных ч. 3 данной статьи, в которой речь идет о том, что если для производства такого осмотра требуется дополнительное время или осмотр на месте затруднен, то предметы должны быть изъяты, упакованы, опечатаны, заверены подписями следователя и понятых на месте осмотра. При этом в протоколе осмотра, по возможности, указываются индивидуальные признаки и особенности изымаемых предметов.

Следует разрешить производство до возбуждения уголовного дела осмотра предметов, представленных заявителем о преступлении или иным лицом, а также истребованных по инициативе дознавателя, следователя.

Осмотр места происшествия может существенно затрагивать права и интересы граждан. Осмотр, особенно в жилых помещениях, да к тому же длящийся порой не один час, безусловно, стесняет права граждан и иногда наносит некоторый материальный ущерб. Что же касается осмотра представленных или истребованных предметов, то он полностью лишен каких бы то ни было элементов принуждения и не затрагивает чьих-либо прав и интересов. Осмотр этих предметов может быть не менее неотложным, чем осмотр места происшествия.

Освидетельствование (ст. 179 УПК РФ). Это осмотр человека с целью обнаружения на его теле особых примет, следов преступления, телесных

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

повреждений, а также выявления состояния опьянения или иных свойств и признаков, имеющих значение для уголовного дела, если для этого не требуется производство судебной экспертизы. Иными словами, освидетельствование – это разновидность осмотра²⁸.

Освидетельствуемым может быть подозреваемый, обвиняемый, потерпевший, а также свидетель, но с его согласия, которое должно быть получено всегда, за исключением случаев, когда освидетельствование необходимо для оценки достоверности полученных у него показаний.

Существуют два вида освидетельствования: следственное, проводимое следователем, и медицинское, проводимое врачом по постановлению следователя. При этом ч. 4 ст. 179 УПК РФ запрещает следователю присутствовать при освидетельствовании лица другого пола, если освидетельствование сопровождается обнажением данного лица. В соответствии с ч. 2 ст. 290 УПК РФ в подобных случаях освидетельствование производится в отдельном помещении врачом или иным специалистом, которым составляется и подписывается акт освидетельствования, после чего указанные лица возвращаются в зал судебного заседания, где врач или иной специалист в присутствии сторон и освидетельствованного лица сообщает суду о следах и приметах на теле освидетельствованного, если они обнаружены, и отвечает на вопросы сторон и судей. Акт освидетельствования приобщается к материалам дела. Это определенные исключения из общего положения о том, что следственное действие должно проводиться только следователем (судом), продиктованные принципом уважения чести и достоинства личности (ст. 9 УПК РФ).

Таким образом, освидетельствование, проводимое врачом по постановлению следователя, нельзя назвать следственным действием, поскольку следователь лишен возможности непосредственного восприятия информации, имеющей доказательственное значение. Различны и итоговые процессуальные документы, составляемые по окончании освидетельствования. Следственное освидетельствование оформляется протоколом; медицинское – постановлением, актами, справками и др.

Исходя из этого, следственным действием можно считать только освидетельствование, проводимое следователем с составлением протокола.

Документальные проверки, ревизии, исследования документов, предметов и трупов. В настоящее время об этих действиях прямо говорится в законе, поэтому согласиться с мнением, что ревизия не является способом собирания доказательств²⁹, нельзя.

О возможности взаимодействия с правоохранительными органами в ходе проведения контрольных и надзорных мероприятий, а также реализации материалов ревизий и проверок говорится в ведомственных нормативных актах³⁰.

²⁸ См. об этом: *Торбин Ю. Г.* Теория и практика освидетельствования. СПб., 2004; *Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него. Следственная тактика : науч.-практ. пособие. М., 2003.

²⁹ См., например: *Березина Л. В.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 142.

³⁰ Об утверждении Положения о территориальных органах Федеральной

Поскольку процессуальный порядок назначения ревизии не столь детально регламентирован в законе, как назначение экспертизы, требование о назначении ревизии следует рассматривать не как следственное действие, а как иное процессуальное действие, о котором лишь в общих чертах говорится в ч. 4 ст. 21 УПК РФ.

Другими способами проверки сведений о преступлении выступают **исследования документов, предметов и трупов** (ч. 1 ст. 144 УПК РФ). Процессуальные основы их производства, помимо УПК РФ, содержатся в ряде иных нормативных актов: Федеральном законе от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», Федеральном законе от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции», Федеральном законе «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации». Направление на исследование предметов и документов таможенными органами предусмотрено соответствующей Инструкцией³¹.

Некоторые авторы приходят к выводу о необходимости закрепления досмотра в качестве процессуального проверочного действия в стадии возбуждения уголовного дела в нормах ч. 1 ст. 144 УПК РФ³². Несомненно, полученные в результате этих действий сведения имеют важное доказательственное значение, служат средствами выполнения задач стадии возбуждения уголовного дела.

Потенциальные источники доказательств могут быть обнаружены как с помощью процессуальных действий, так и не процессуальным путем, в частности в результате **проведения оперативно-розыскных мероприятий**, которые предусмотрены Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»³³. В ст. 6 этого Закона дан исчерпывающий перечень оперативно-розыскных мероприятий: 1) опрос граждан; 2) наведение справок; 3) сбор образцов для сравнительного исследования; 4) проверочная закупка; 5) исследование предметов и документов; 6) наблюдение; 7) отождествление личности; 8) обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств; 9) контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений; 10) прослушивание телефонных переговоров; 11) снятие информации с технических каналов связи; 12) оперативное внедрение; 13) контролируемая поставка; 14) оперативный эксперимент.

Согласно ч. 2 ст. 11 указанного Закона результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться, в частности, «в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуально-

службы финансово-бюджетного надзора : приказ Минфина РФ от 11 июля 2005 г. № 89-н. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³¹ Об утверждении Инструкции о порядке направления на исследование предметов и документов в рамках рассмотрения сообщения о преступлении или осуществления оперативно-розыскной деятельности : приказ ФТС России от 25 августа 2008 г. № 1043. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³² См.: *Диденко К. В.* Документы как доказательства по уголовным делам об экономических преступлениях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2009. С. 20.

³³ Об оперативно-розыскной деятельности : федер. закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ с изм. и доп. // Рос. газета. 1995. 18 авг.

го законодательства Российской Федерации, регламентирующими соби-
рание, проверку и оценку доказательств», а в ст. 89 УПК РФ говорится, что
«в процессе доказывания запрещается использование результатов опера-
тивно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъ-
являемым к доказательствам настоящим Кодексом». Следовательно, для
того чтобы результаты такой деятельности могли быть использованы в
доказывании, они должны быть получены в соответствии с требованиями
законодательства и должным образом введены в уголовный процесс.

Способом такой «легализации» результатов оперативно-розыскной
деятельности является их представление органу дознания, следователю
или в суд на основании постановления руководителя органа, осуществля-
ющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном
ведомственными нормативными актами (ч. 3 ст. 11 Федерального закона
«Об оперативно-розыскной деятельности»). Однако эти материалы могут
быть не только представлены в орган дознания следователю или в суд, но
и истребованы из оперативных подразделений по инициативе названных
органов и лиц.

После получения сведений, добытых оперативным путем, их процес-
суального оформления и приобщения к делу они становятся доказа-
тельствами и подлежат проверке и оценке в совокупности с другими доказа-
тельствами. Порядок представления оперативной информации органу
дознания, следователю, прокурору или в суд определен соответствующей
Инструкцией³⁴.

Итак, источники информации могут быть обнаружены как с помощью
процессуальных действий, так и не процессуальных. Однако для того что-
бы обнаруженные тем или иным путем источники доказательств могли
быть использованы в доказывании, они должны быть надлежащим обра-
зом введены в уголовный процесс, т.е. процессуально оформлены и приоб-
щены к делу.

³⁴ Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов опера-
тивно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в
суд : приказ МВД России № 368, ФСБ России № 185, ФСО России № 164, ФТС
России № 481, СВР России № 32, ФСИН России № 184, ФСКН России № 97, Мин-
обороны России № 147 от 17 апреля 2007 г. // Рос. газета. 2007. 16 мая.

*Воронежский государственный уни-
верситет*

*Кузнецов А. Н., кандидат юридичес-
ких наук, доцент кафедры уголовного
процесса*

E-mail: mempad@mail.ru

Тел.: 8-951-857-33-33

Voronezh State University

*Kuznetsov A. N., Candidate of Legal Sci-
ences, Associate Professor of the Criminal
Procedure Department*

E-mail: mempad@mail.ru

Tel.: 8-951-857-33-33

УДК 341.01

**«ПРАВО КОРОНЫ» КАК ОТРАСЛЬ
ВНУТРЕННЕГО ПРАВА КАНАДЫ**

П. В. Донцов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 15 января 2014 г.

Аннотация: рассматривается эволюция «права Короны» как феномена канадской правовой системы. Исследуются проблемы разграничения «права Короны» и английского национального права, выявляются закономерности проникновения норм английского права в правовую систему Канады. Анализируется понятийно-категориальный аппарат рассматриваемой отрасли права. Устанавливается ее современная система и структура. Автором сделан ряд выводов об ответственности государства в отношениях с иными субъектами национального канадского права.

Ключевые слова: соотношение международного и национального права, наука международного права Канады, право Короны, теория международного права.

Abstract: the article deals with Crown law evolution law as the Canadian law system phenomenon. Problems of Crown law and English domestic law separation are reviewed in the article and regularities of English rules of law break-in into Canadian law system are also revealed. Concept, contemporary system and structure of the considered sphere of law are ascertained. The author drew a number of conclusions on the liability of state in relations with Canadian law entities.

Key words: relation between international and national law, international law science in Canada, transformation, adoption, Crown law, international law theory.

Понятие «право Короны»

«Право Короны» в канадской юриспруденции обладает несколькими значениями: 1) ретроспективным. В этом смысле оно охватывает совокупность прерогатив Королевской власти, распространяемых на территории, входившие в различные исторические периоды в состав Британской империи; 2) современным. В этом значении «право Короны» представляет собой отрасль внутреннего права Канады, регулиующую правовое положение органов государственной власти и государственных служащих¹.

213

¹ Cooper, Terrance G. Crown Privilege. Aurora, Ont: Canada Law Book, 1990 ; Hogg, Peter W. Liability of the Crown. 3rd ed. Toronto : Carswell, 2000 ; Horseman, Karen and Gareth Morely. Government Liability: Law and Practice. Aurora, ON: Canada Law Book, 2007 ; Lordon, Paul. Crown Law. Toronto, Butterworths, 1991; Noonan, Peter W. The Crown and Constitutional Law in Canada. Calgary: Sripnoon Publications, 1998.

Первое значение рассматриваемого термина утратило свою актуальность, поскольку Конституционным актом 1982 г. система права Канады была окончательно отделена от системы права Великобритании, а правовые полномочия Королевы фактически монархом не реализуются.

Однако для понимания его эволюции полезно обратиться к источникам соответствующего периода. В них часто встречаются языковые обороты, лексическое значение которых с течением времени существенно изменилось. Например, слово «grace», в современном переводе означающее «изящество», в учебниках XVIII–XIX вв. использовалось в значении бескорыстной любви или заботы о подданных. Или «the divine right of kings» (Священное право королей) в современном понимании означает право окончательного судебного решения².

«Crown Grants» («Королевские пожалования») является центральным институтом «права Коронь» и представляет собой совокупность норм преимущественно обычного права, регулирующих вопросы определения права собственности на колониальные земли.

Общее право Англии стало базовым правом американских колоний. Колонии развивались в соответствии с общим правом Великобритании. Колониальные учреждения почти всех видов и происхождения существовали на основании королевских жалований от королевской власти, в основе которой лежало общее право Англии.

Институт королевских жалований. Правовой статус компании Гудзонов залив

По королевским жалованиям в Америке были организованы крупнейшие коммерческие и торговые компании, в частности компания Гудзонов залив (Hudson's Bay Company).

Компания является самой старой коммерческой корпорацией в Северной Америке и одной из самых старых в мире. Она была учреждена Британской Королевской хартией в 1670 г. под названием «Губернатор и Компания авантюристов Англии, торгующих в Гудзонове заливе» (The Governor and Company of Adventurers of England trading into Hudson's Bay)³. В соответствии с Хартией во владение компании была передана обширная территория, впоследствии названная Землей Руперта (15 % Северной Америки).

Компания наладила отношения с «Первыми нациями»⁴ в отрасли торговли мехами и занималась этим в течение нескольких столетий. За это время она сформировала органы управления, которые стали прообразом органов государственной власти и управления в Западной Канаде и Соединенных Штатах.

² *Mershon S. L.* English Crown Grants. N.Y., 1918. P. 77.

³ The Royal Charter for incorporating The Hudson's Bay Company, A.D. 1670 URL: http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/hbc_charter_1670.html (дата обращения: 26.05.2011).

⁴ См.: *Донцов П. В.* Влияние международного права на развитие аборигенного права в Канаде // Евразийский юрид. журнал. 2011. № 2 (33). С. 52–57.

В конце XIX столетия территория компании Гудзонов залив стала наибольшей частью недавно сформированного Доминиона Канады. В связи со снижением торговли мехом компания занялась коммерческим бизнесом – по продаже товаров первой необходимости поселенцам на канадском Западе. В настоящее время в Канаде она славится своими универмагами.

История компании начинается с XVII в., когда два французских торговца П. Рэдиссон и М. Грозеильер в 1668 г. на двух кораблях исследовали южную часть Гудзонова Залива и основали Форт Руперт в устье реки Руперта⁵. И форт, и реку назвали в честь спонсора экспедиции Принца Руперта Баварского.

Согласно Королевской хартии 1670 г.⁶ компания была обязана давать две кожи лося и две черные кожи бобра английскому королю или его наследникам всякий раз, когда они посещали область, которая прежде была Землей Руперта⁷.

Королевской хартией компании была предоставлена монополия по торговле с индейцами в Гудзоновом заливе в Северной Канаде. Область назвали Землей Руперта в честь принца Руперта, первого директора компании и двоюродного брата короля Чарльза.

Как свидетельствуют ее собственные хронографы, компания основала свой первый штаб в Форте Нельсон в устье реки Нельсона (провинция Манитоба)⁸. Англичане быстро построили другие поселения вокруг южного края Гудзонова залива (в настоящее время – Онтарио и Квебек). Эти поселения стали называть «факториями», управляли ими должностные лица, являвшиеся коммерческими агентами компании.

В 1821 г. в состав компании Гудзонов залив вошла Северо-Западная компания (в настоящее время – Северо-Западная территория). Компания располагала собственными вооруженными формированиями (корпус офицеров), 25 главными факторами и 28 главными торговцами. Она выпускала собственные бумажные деньги, которые были отпечатаны в Лондоне и назывались «фунтами стерлингов».

В первой половине XIX в. компания Гудзонов залив управляла почти всеми торговыми операциями не только в районе Гудзонова залива, но и на Тихоокеанском побережье континента (Форт Ванкувер на реке Колумбии).

В 1869 г. после долгих и сложных переговоров была разработана процедура передачи доминиону Канада западных территорий компании⁹.

⁵ Официальный сайт HBC. URL: <http://www2.hbc.com/hbcheritage/history/overview.asp> (дата обращения: 07.09.2011).

⁶ The Royal Charter for incorporating The Hudson's Bay Company, A.D. 1670// URL: http://www.solon.org/Constitutions/Canada/English/PreConfederation/hbc_charter_1670.html (дата обращения: 07.09.2011).

⁷ Церемония сначала проводилась с Эдвардом VIII в 1927 г., затем с Георгом VI в 1939 г. и последняя – с Елизаветой II в 1959 и 1970 гг. Во время последнего посещения кожи были даны в виде двух живых бобров, которых королева пожертвовала Виннипегскому зоопарку.

⁸ Официальный сайт HBC. URL: <http://www2.hbc.com/hbcheritage/history/overview.asp> (дата обращения: 07.09.2011).

⁹ Morrison, William R. True North: the Yukon and Northwest Territories. Toronto: Oxford University Press, 1998. 202 p.

Компания Гудзонов залив уступила Канаде монополию на торговлю на Северо-Западных территориях и права на Землю принца Руперта (бассейн Гудзонова залива) за 300 тыс. фунтов стерлингов. Однако компания сохраняла за собой более 45 тыс. акров (18 000 га) земли на Западе.

Дальнейшее развитие компании связано с открытием начиная с 1881 г. сети универмагов, которые торговали не только мехом, но и другими видами товаров. Впоследствии эти универмаги были преобразованы в самостоятельные подразделения компании (The Bay, Zellers, Home Outfitters, Fields), товарные знаки которых широко известны в настоящее время.

Начиная с 1987 г. компания стала постепенно продавать меховой бизнес. В 2003 г. контрольный пакет акций компании приобретает гражданин США.

История компании Гудзонов залив наглядно свидетельствует о том, что королевские пожалования являются правовым основанием колониального права собственности на землю. Возникновение и развитие колониальных институтов защиты такой собственности полностью зависели от надежности и адекватности английских королевских пожалований, которые базировались на английском общем праве. Королевскими пожалованиями устанавливался объект права собственности, а также права и обязанности сторон. При этом земля передавалась не безвозмездно, а за определенные выгоды в пользу суверена (например, налоги или денежная компенсация). Следовательно, в основе «права Короны» лежат обязательственные, контрактные отношения, где «Корону» можно признать «кредитором», а колониальных землепользователей – «должниками».

Обычай того времени гласил: «Король не может обмануть (The King cannot deceive)» и «Король не может быть обманутым (the King cannot be deceived)»¹⁰. Таким образом, все заключенные контракты не могли быть признаны ничтожными по основаниям обмана или введения в заблуждение. Королевские пожалования были «открытыми письмами», издавались с большой тщательностью и гласностью. Корона заботилась о том, чтобы «жалованные грамоты» оглашались публично. Следовательно, поселенцы полностью понимали и молчаливо соглашались с тем фактом, что земля колоний принадлежит суверенитету монархии, и акт пожалования теперь не может быть успешно оспорен.

Для современного общества такая правовая конструкция выглядит сомнительной. Однако канадские колонисты приняли Королевские пожалования по доброй воле и оплатили их. (В принципе английские королевские пожалования не были исключительными. Королевская власть издавала такие пожалования и ранее в отношении Шотландии, Ирландии и Уэльса.)

Королевская власть давала пожалования, и колонисты требовали придерживаться старого английского общего права, по которому «Король не может поступить неверно» («The King can do no wrong»). Они заявляли, что королевская власть совершала верные действия, выдавая им пожалования, и их нельзя отменить, так как это будет неверно юридически и морально¹¹.

¹⁰ *Mershon S. L. English Crown Grants. N. Y., 1918. P. 31.*

¹¹ См.: *Ibid. P. 48.*

«Властями было четко установлено, что государство имеет право избавляться от свободной земли в собственных границах и что, когда дается пожалование, право на собственность становится законным, при этом государство не имеет власти аннулировать данное пожалование под обманом или другим образом, когда переданная земля переходит в руки добросовестного покупателя по цене, без объявления. Государство также не может конституционно подтвердить аннулирование патента, то есть полностью лишить его легально полученного перед окончательным подтверждением»¹².

В то время была принята теория о том, что право на обладание частной собственностью (землей) переходило к народу благодаря снисхождению и благосклонности короля, который получил эту собственность от Бога как священное право¹³. Поэтому право на всю свободную землю в государстве никогда не наследовалось и никоим образом не переходило от одного пользователя к другому.

Британская королевская власть вступила в собственность на колониальные земли по праву первооткрывателя, по которому власть присвоила право и получила политический суверенитет и юрисдикцию.

«Он, имеющий определенное имущество по соглашению между сторонами, также должен представить не только доказательство передачи собственности, но и высшие документы, потому как никакой титул не может существовать по отношению к какой-либо вещи, лежащей в соглашении, без прослеживания такого соглашения до первого оригинального пожалования»¹⁴.

На самом деле, данная доктрина намного шире самого утверждения. Признается, что право на всю землю перешло суверену независимо от того, королевский ли это акт или законодательный. Это стало правовой аксиомой: «Не может быть земли без хозяина». Первоначально это касалось только той части земли страны, которая оставалась невозделанной и используемой только для выпаса овец и скота, для кормежки свиней, выращивания желудей и букового леса или для выращивания дерева для строительства, ремонта и топлива. Об этой земле часто говорилось как о «народной земле короля»¹⁵. Монарх как Великий и Главный Лорд должен обладать ею как выморочным имуществом по правовой презумпции и без необходимости в доказывании¹⁶.

Однако позднее к этой категории стали относиться любые земли в границах колонии – «вместе со всеми и каждым лесом, подлеском, деревом, древесиной, кормами, лугами, топиями, болотами, трясинами, озерцами, прудами, водами, водостоками, реками, ручьями, тропами и потоками вод, ручьев, местами для рыбной ловли, ястребиной охоты, охоты на диких зверей, шахтами и минералами, стоящие, растущие, лежащие или находящиеся, или обладаемые, или используемые в вышеупомянутых рамках и

¹² *Mershon S. L.* English Crown Grants. N. Y., 1918. P. 67.

¹³ См.: *Ibid.* P. 11

¹⁴ Introduction to the Law of England, relating to Real Property, Buler, 1791. P. 251.

¹⁵ *Mershon S. L.* Op. cit. P. 83.

¹⁶ Cruise's Digest of the Laws of England respecting Real Property. 1808. Vol. 2, t. 30.

границах; и все остальные выгоды, прибыли, преимущества и недвижимое имущество, которое может передаваться по наследству, а также преимущественные права, связанные с владением имуществом, по вышеупомянутым частям или участкам земли и недвижимости, принадлежащим или каким-либо образом относящимся (кроме и без исключения резервированных из этого нашего настоящего пожалования золотых и серебряных приисков)»¹⁷.

Источники, система и структура современного «права Коронь»

Источниками современного «права Коронь» Канады являются Акт о процедурах государственной ответственности 1985 г.¹⁸, а также провинциальные законы, например Акт Онтарио о защите государственной власти 1990 г.¹⁹

Институтами «права Коронь» являются: основные понятия, право государственных органов; процедуры против государства; государственные привилегии и иммунитеты; правовое положение государственных служащих; договорная ответственность государства; деликтная ответственность государства; пределы презумпции; конституционные ограничения; провинциальные законы, обязательные для федеральной власти; провинциальные законы, обязательные для других провинций; федеральные законы, обязательные для провинциальной власти.

В соответствии со ст. 2 Акта об ответственности государства и процедурах 1985 г. (далее – Акта об ОиП 1985) понятие «Crown» (англ. – «Корона») «означает Ее Величество в праве Канады». Это слово присутствует и в названии Акта. Однако законодатель имел в виду не Корону и не королевскую прерогативу (в смысле атрибута суверенитета Великобритании над Канадой), а отождествленное понятие государственной власти в лице Канадского государства. В этой же статье содержатся такие категории, как «servant of the Crown» «служащий Коронь»; «custody of or owned by the Crown» – «находящийся под опекой или принадлежащий Короне»; «the fault of the Crown» – «вина Коронь» и др.

Акт регламентирует основания и порядок наступления гражданско-правовой ответственности государства перед физическими лицами. Так, в частности, законом предусмотрена ответственность государства за вред, причиненный гражданину автомобилем, самолетом или кораблем, принадлежащим государству, если это произошло по вине государственного служащего, за исключением служащих, назначенных по законодательству территорий Северо-Западные, Нунавут и Юкон.

Корона не несет ответственности за вред, причиненный в мирное или военное время действиями государственных служащих, направленных на оборону страны (ст. 7 Акта об ОиП).

¹⁷ Cruise`s Digest of the Laws of England respecting Real Property. 1808. Vol. 2, t. 30.

¹⁸ Crown Liability and Proceedings Act (R.S.C., 1985, c. C-50). URL: <http://www.lawsjustice.gc.ca> (дата обращения: 26.05.2011).

¹⁹ Public Authorities Protection Act, R.S.O. 1990. URL: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_90p38_e.htm (дата обращения: 07.09.2011).

Статьи 11–13 Акта содержат еще целый ряд иммунитетов, освобождающих Корону от гражданско-правовой ответственности. Например, если движимое или недвижимое имущество, ставшее источником причинения вреда, фактически находилось во владении или пользовании частных лиц. В соответствии со ст. 14 Акта к Короне не могут применяться процедуры *in rem*, т.е. связанные с арестом, задержанием или продажей имущества, принадлежащего государству.

В соответствии со ст. 5 Акта об ОиП 1985 все требования против Короны рассматриваются судьей Федерального суда. Статья 21 Акта допускает конкуренцию юрисдикций, однако если требование по делу принято к рассмотрению Федеральным судом, то оно не может рассматриваться провинциальным.

Корона ответственна также за вред, причиненный несанкционированным перехватом телефонных переговоров и иной частной информации, передаваемой различными средствами коммуникации (ст. 17, 18 Акта). Однако размер ущерба законодательно ограничен и не может превышать 5000 долларов.

Что касается процедуры, требования к Короне могут быть приняты от имени Генерального прокурора Канады или от имени государственного органа в соответствии с Актом о Парламенте Канады. Корона имеет право пользоваться всеми средствами защиты, что и другие участники процесса.

Процедура рассмотрения требования должна проходить без жюри присяжных. Срок исковой давности по требованиям к Короне составляет шесть лет (ст. 26).

Таким образом, можно сделать следующие выводы.

«Право Коронь» в Канаде имело эволюционное развитие, в ходе которого утратило свое первоначальное значение как совокупности норм, преимущественно общего английского права, регулирующего королевские прерогативы (в основном в сфере Королевских земельных пожалований) и приобрело новое значение – отрасли внутреннего канадского права, включающего в себя основные институты государственной службы, а также правила ответственности государства за вред, причиненный действиями государственных служащих.

Исторический анализ возникновения и деятельности английских корпораций на территории современной Канады в XVII–XVIII вв. выявил у них ряд признаков, характерных для субъектов международного права (квазигосударственные органы управления; вооруженные формирования, находящиеся под ответственным командованием; обособленная экономика; собственная валюта; территория, имеющая нормативное закрепление). При этом корпорации не являлись государственными (были учреждены физическими лицами). По этой причине их деятельность нельзя рассматривать как внешнеэкономическую деятельность Англии, акты корпораций не могут признаваться источниками международного права, ответственность за деятельность корпораций или действия их должностных лиц не может носить международно-правовой характер.

Современное «право Коронь» можно назвать «государственным правом» Канады. В его структуру входят нормы и институты, регулирующие правовой статус государства, его федеральных и провинциальных органов. Не случайно «право Коронь» входит в программу многих академических курсов конституционного права²⁰. В нем содержатся также правила и процедуры ответственности (в основном гражданско-правовой) государственных органов и государственных служащих, возникающей из причинения вреда.

²⁰ См.: *Hogg P. W. Constitutional Law of Canada*. Toronto, 2002. P. 279.

Воронежский государственный университет

Донцов П. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры международного и европейского права, судья Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда

E-mail: dontsov@yandex.ru

Voronezh State University

Dontsov P. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Chamber of International and European Law Department, Judge of the 19th Arbitration Appeal Court

E-mail: dontsov@yandex.ru

ИНФОРМАЦИЯ

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1.1. К публикации принимаются материалы, которые соответствуют предъявляемым требованиям. Вопрос о публикации решается редакционной коллегией журнала.

1.2. Для публикации статьи необходимо представить в редакционную коллегию следующие материалы и документы:

1.2.1. Подписанный автором текст статьи.

1.2.2. Название статьи, фамилию, имя и отчество автора на русском и английском языках.

1.2.3. Аннотацию статьи на русском и английском языках.

1.2.4. Ключевые слова на русском и английском языках.

1.2.5. Библиографические списки.

1.2.6. Сведения об авторе (соавторах) с полным указанием фамилии, имени, отчества, года рождения, ученой степени, ученого звания, основного места работы, должности, домашнего и служебного адресов, телефонов, адресов электронной почты на русском и английском языках; паспортные данные.

1.3. Электронный носитель, содержащий файл со статьей автора.

1.4. Выписку из протокола заседания кафедры (сектора, подразделения); для аспирантов и соискателей – также отзыв научного руководителя о рекомендации присланного материала к опубликованию в журнале.

1.5. Статьи, направляемые в редакцию, подлежат рецензированию.

1.6. Плата с авторов за публикацию статей не взимается.

2. ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ МАТЕРИАЛОВ, НАПРАВЛЯЕМЫХ В РЕДАКЦИОННУЮ КОЛЛЕГИЮ ЖУРНАЛА ДЛЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ

2.1. Текст печатается в текстовом редакторе WinWord шрифтом Times New Roman 14-го кегля (размера) через 1,5 интервала.

2.2. Все поля на листе составляют по 2 сантиметра.

2.3. Сноски оформляются 12-м шрифтом. Нумерация – сквозная.

2.4. Объем статьи не должен превышать 16–18 страниц (22 страницы, или 40 000 знаков, включая пробелы и знаки препинания, составляют один печатный лист).

2.5. Названия учреждений, органов государственной власти, международных организаций не сокращаются. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

2.6. Таблицы, схемы, иллюстрации:

2.6.1. Все таблицы должны быть упомянуты в тексте. Каждая таблица печатается на отдельной странице через 1,5 интервала и нумеруется соответственно первому упоминанию ее в тексте. Каждый столбец (колонка) должен иметь короткий заголовок (в нем могут быть использованы сокращения, аббревиатуры). Разъяснения терминов, аббревиатур помещаются в сноске (примечаниях), а не в названии таблиц. Для сноски применяется символ – *. Если используются

данные из другого опубликованного или неопубликованного источника, должно быть полностью приведено его название.

2.6.2. Схемы и диаграммы должны быть пронумерованы и представлены в виде отдельных файлов.

2.6.3. Иллюстрации (фотографии) должны быть только черно-белыми, отсканированы с разрешением 300 точек на дюйм и сохранены в отдельном файле в формате tif или jpg.

2.7. Правила оформления сносок (ГОСТ 7.0.5–2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления»).

Во избежание ошибок редакционная коллегия рекомендует авторам самостоятельно не сокращать сноски, всякий раз приводя полные сведения о цитируемом источнике.

3. РЕШЕНИЕ О ПУБЛИКАЦИИ И ОТКАЗ В ПУБЛИКАЦИИ

3.1. Автор, направляя в журнал текст статьи, обязуется до принятия решения о публикации не представлять идентичный материал другим печатным изданиям.

3.2. В случае, если для принятия решения о публикации необходимы познания в узкой области юриспруденции, редакционная коллегия направляет статью для заключения специалистам или экспертам. В отдельных случаях возможна доработка статьи автором по заданию редакционной коллегии.

3.3. Отказ в публикации возможен в случаях:

- несоответствия статьи профилю и специфике журнала;
- грубых нарушений, допущенных при цитировании, в том числе при ссылках на нормы права;
- несоответствия статьи критериям научного уровня и практической полезности;
- отрицательного заключения редакционной коллегии.

3.4. Рукописи, представленные для публикации, не возвращаются.

3.5. Мнение редакционной коллегии не всегда может совпадать с точкой зрения автора.

**ВЕСТНИК
ВОРОНЕЖСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА**

СЕРИЯ: ПРАВО. 2014. № 2 (17)

Номер подписан в печать 23.04.2014

Ведущий редактор
издательской группы *Н. Н. Масленникова*
Электронная верстка *Е. Н. Попуга*
Корректоры *М. Г. Щигрёва, Г. И. Старухина*

Формат 70×100/16.
Уч.-изд. л. 18,4. Усл. п. л. 18,2. Тираж 500 экз. Заказ 331

Издательский дом ВГУ
394000 Воронеж, пл. Ленина, 10

Отпечатано в типографии
Издательского дома ВГУ
394000 Воронеж, ул. Пушкинская, 3