

Вестник Воронежского государственного университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ



СЕРИЯ: ПРАВО

Издается с 2006 г.

Выходит 4 раза в год

1(24) — 2016

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. Объединенный каталог «ПРЕССА РОССИИ». Подписной индекс — 80569

У ч р е д и т е л ь:
**Федеральное государственное бюджетное
образовательное учреждение
высшего образования
«Воронежский государственный университет»**

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ ЖУРНАЛА:

Председатель – *Д. А. Ендовицкий*, д-р экон. наук, проф. Заместители председателя –
Ю. А. Бубнов, д-р филос. наук, проф.; *В. Н. Попов*, д-р биол. наук, проф. Координатор –
Н. М. Близняков, канд. физ.-мат. наук, доц. Члены совета: *Э. К. Алгазинов*, д-р физ.-мат. наук,
проф.; *В. Г. Артюхов*, д-р биол. наук, проф.; *В. Н. Глазьев*, д-р ист. наук, проф.; *А. Д. Баев*,
д-р физ.-мат. наук, проф.; *А. С. Кравец*, д-р филос. наук, проф.; *А. А. Кретов*, д-р филол. наук,
проф.; *А. Д. Савко*, д-р геол.-минерал. наук, проф.; *Ю. Н. Стариков*, д-р юрид. наук, проф.;
В. Т. Титов, д-р филол. наук, проф.; *В. В. Тулунов*, д-р филол. наук, проф.;
В. И. Федотов, д-р геогр. наук, проф.; *А. И. Шашкин*, д-р физ.-мат. наук, проф.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ СЕРИИ:

Главный редактор – *Ю. Н. Стариков*, д-р юрид. наук, проф. Заместители главного редактора –
О. С. Рогачёва, д-р юрид. наук, доц.; *Ю. Б. Носова*, канд. юрид. наук, доц. Ответственный се-
кретарь – *О. Н. Шеменёва*, канд. юрид. наук, доц. Члены редколлегии: *Ю. Е. Аврутин*,
д-р юрид. наук, проф. (Санкт-Петербургский университет МВД РФ); *Ю. В. Агибалов*, канд.
экон. наук, доц. (правительство Воронежской области); *Ю. В. Астафьев*, канд. юрид. наук, доц.;
М. О. Баев, д-р юрид. наук, проф.; *О. Я. Баев*, д-р юрид. наук, проф.; *О. В. Баулин*, д-р юрид.
наук, проф.; *К. Беше-Головко*, доктор права (Университет Монпелье, Франция), доц. (Европей-
ский Гуманитарный Университет в г. Вильнюсе, Литва); *П. Н. Бирюков*, д-р юрид. наук, проф.;
Т. М. Бялкина, д-р юрид. наук, проф.; *Й. Делле*, доктор права, международный эксперт GIZ
(г. Эшборн, Германия); *Д.В. Зотов*, канд. юрид. наук, доц.; *Т. Д. Зражевская*, д-р юрид. наук,
проф.; *С. Д. Князев*, д-р юрид. наук, проф. (Конституционный Суд, г. Санкт-Петербург); *С. Ко-
дама*, доктор права, проф. (Университет Миэ, Япония); *А. В. Малько*, д-р юрид. наук, проф. (Са-
ратовский филиал Института государства и права РАН); *Е. И. Носырева*, д-р юрид. наук, проф.;
К. К. Панько, д-р юрид. наук, проф.; *С. В. Передерин*, д-р юрид. наук, проф.; *Р. А. Подопригра*,
д-р юрид. наук, проф. (Каспийский университет, г. Алматы, Республика Казахстан); *Ю. Г. Про-
свирнин*, д-р юрид. наук, проф.; *М. В. Сенцова (Карасёва)*, д-р юрид. наук, проф.; *Ю.В. Сороки-
на*, д-р юрид. наук, проф.; *В. В. Трухачёв*, д-р юрид. наук, проф.; *Л. В. Туманова*, д-р юрид.
наук, проф. (ТвГУ, г. Тверь); *Н. А. Шишкин*, прокурор Воронежской области, канд. юрид. наук;
Л. Этель, д-р юрид. наук, проф., ректор Университета в г. Белосток (Польша); *В. В. Ячевский*,
канд. юрид. наук, проф.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору за соблюдением законода-
тельства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия: Свидетельство
о регистрации средства массовой информации ПИ № ФС77-28322 от 08.06.2007

Адрес редакционной коллегии: 394006 Воронеж, Университетская пл., 1,
Воронежский государственный университет.
Редакция журнала «Вестник ВГУ. Серия: Право».
E-mail: vestnik_pravo@law.vsu.ru
Тел./факс: 8 (473) 255-07-19

PROCEEDINGS OF VORONEZH STATE UNIVERSITY
SERIES: LAW

F o u n d e r:

**Federal State Budget Educational Institution
of Higher Education
«Voronezh State University»**

EDITORIAL BOARD OF JOURNAL:

Chairman – *D. A. Yendovitsky*, dr of economic sciences, prof. Deputy chairmen –
Yu. A. Bubnov, dr of philosophical sciences, prof.; *V. N. Popov*, dr of biological sciences, prof.
Coordinator – *N. M. Bliznyakov*, cand. of physical and mathematical sciences, associate prof.
Members of editorial board: *E. K. Algazinov*, dr of physical and mathematical sciences, prof.;
V. G. Artyukhov, dr of biological sciences, prof.; *V. N. Glazyev*, dr of historical sciences, prof.;
A. D. Baev, dr of physical and mathematical sciences, prof.; *A. S. Kravets*, dr of philosophical sciences,
prof.; *A. A. Kretov*, dr of philological sciences, prof.; *A. D. Savko*, dr of geological and mineralogical
sciences, prof.; *Yu. N. Starilov*, dr of legal sciences, prof.; *V. T. Titov*, dr of philological sciences, prof.;
V. V. Tulupov, dr of philological sciences, prof.; *V. I. Fedotov*, dr of geographical sciences, prof.;
A. I. Shashkin, dr of physical and mathematical sciences, prof.

EDITORIAL COMMITTEE OF SERIES:

Editor in chief – *Yu. N. Starilov*, dr of legal sciences, prof. Deputy editors in chief – *O. S. Rogacheva*, dr of
legal sciences, associate prof.; *Yu. B. Nosova*, cand. of legal sciences, associate prof. Executive secretary –
O. N. Shemeneva, cand. of legal sciences, associate prof. Members of editorial committee:
Yu. E. Avrutin, dr of legal sciences, prof. (St. Petersburg University of Ministry of Internal Affairs of
Russia); *Yu. V. Agibalov*, cand. of economic sciences, associate prof. (Voronezh Region government);
Yu. V. Astafyev, cand. of legal sciences, associate prof.; *M. O. Baev*, dr of legal sciences, prof.;
O. Ya. Baev, dr of legal sciences, prof.; *O. V. Baulin*, dr of legal sciences, prof.; *K. Beshe-Golovko*,
dr of law (Montpellier University, France), associate prof. (European Humanities University, Vil-
nius, Lithuania); *P. N. Birukov*, dr of legal sciences, prof.; *T. M. Byalkina*, dr of legal sciences, prof.;
J. Deppe, dr of law, international expert GIZ (Eshborn, Germany); *D. V. Zotov*, cand. of legal sciences,
associate prof.; *T. D. Zrazhevskaya*, dr of legal sciences, prof.; *S. D. Knyazev*, dr of legal sciences,
prof. (Constitutional Court, St. Petersburg); *S. Kodama*, dr of law, prof. (University Mie, Japan);
A. V. Malko, dr of legal sciences, prof. (Saratov branch of Institute of State and Law Russian Acade-
my of Sciences); *E. I. Nosyreva*, dr of legal sciences, prof.; *K. K. Panko*, dr of legal sciences, prof.;
S. V. Perederin, dr of legal sciences, prof.; *R. A. Podoprigora*, dr of legal sciences, prof. (Caspian
Public University, Almaty, Kazakhstan); *Yu. G. Prosvirnin*, dr of legal sciences, prof.; *M. V. Sentsova*
(*Karaseva*), dr of legal sciences, prof.; *Yu. V. Sorokina*, dr of legal sciences, prof.; *V. V. Truhachev*,
dr of legal sciences, prof.; *L. V. Tumanova*, dr of legal sciences, prof. (Tver State University);
N. A. Shishkin, Voronezh Region Public Prosecutor, cand. of legal sciences; *L. Etel*, dr of legal sci-
ences, prof., rektor of the University in Bialystok (Poland); *V. V. Yachevsky*, cand. of legal sciences, prof.

3

Registrated by Federal Service for Supervisions of Mass Media and Cultural Heritage Protec-
tion. Registration certificate ПИ № ФС77-28322 of 08.06.2007

Editorial committee address: 394006, Voronezh, Universitetskaya pl., 1
Voronezh State University.
Editorial committee of «Proceedings of VSU. Series law»
E-mail: vestnik_pravo@law.vsu.ru
Tel./fax: 8 (473) 225-07-19

© Voronezh State University, 2016
© Desing, original-model.
Publishing house of the
Voronezh State University, 2016

СОДЕРЖАНИЕ

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ И СТРАТЕГИИ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

<i>Сенных Л. Н.</i> Современные проблемы пенсионного законодательства и стратегия законодательства	8
<i>Зуева Н. Л.</i> Текущие проблемы законодательства о социальном обслуживании и тенденции законодательства	16

ГОСУДАРСТВЕННАЯ ВЛАСТЬ. ЗАКОНОДАТЕЛЬНЫЙ ПРОЦЕСС. КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО. ПУБЛИЧНОЕ УПРАВЛЕНИЕ. МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ

<i>Агибалов Ю. В.</i> Муниципальный финансовый контроль: правовое регулирование и проблемы	23
<i>Дараган В. В.</i> Борьба с коррупцией в сфере государственных закупок – необходимое условие стабилизации и развития национальной экономики Украины	27
<i>Нифанов А. Н., Новопавловская Е. Е.</i> Интерпретация принципа равноправия субъектов Российской Федерации в практике конституционного судопроизводства	39
<i>Бондарева Е. А., Руднева Е. А.</i> Институт Уполномоченного по правам ребенка в России и ее субъектах: вопросы становления и перспективы развития	47
<i>Пономарев Е. Г.</i> Начало истории российского парламентаризма и многопартийности	59

ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>Апольский Е. А.</i> Правопонимание и сущность права как предмет диссертационной разработки (опыт Российской империи)	66
<i>Тихонравов Е. Ю.</i> Понятие расширительного и ограничительного толкования права	78
<i>Гончарова Н. С.</i> Символизм в праве	91

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

4

<i>Поротикова О. А.</i> Признание права: способ защиты гражданских прав или предварительный вопрос?	98
<i>Поротиков А. И., Яковлев А. С.</i> Принцип состязательности и проблема выбора способа защиты права в практике арбитражных судов	108
<i>Адамайтис Е. М.</i> Правовое регулирование исковой давности в Европе и США	117

АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

<i>Павленко К. А.</i> Цели и задачи доказывания в административном судопроизводстве	126
<i>Смолянинова Ю. К.</i> Единоличное и коллегиальное рассмотрение в судах дел, возникающих из публичных правоотношений	137

Кривцов В. А. Основания для внесения прокурором исковых заявлений в защиту государственных интересов	142
Старилов М. Ю. Предварительная защита по административному иску в структуре административно-процессуальной формы	149

АДМИНИСТРАТИВНОЕ И ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО

Матвеева Т. А. Регламентация таможенных правоотношений договором о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года.	160
Глухова М. В. Вмешательство в деятельность и воспрепятствование деятельности органов государственной власти и местного самоуправления: дискуссия о возможности установления административной ответственности.....	170
Колобов М. В. Деятельность исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации по совершенствованию механизма осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий.....	179

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО. НАЛОГОВОЕ ПРАВО. БАНКОВСКОЕ ПРАВО

Глуховски Я. Ю. Налоговый патриотизм	187
Nita Adam, Światłowski Andrzej. Administrative versus penal sanctions in Polish tax law – the dual system or two systems?	196

УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНАЛИСТИКА

Баев М. О., Баев О. Я. О правовом механизме нейтрализации обвинительного уклона в досудебном уголовном преследовании	208
Гитинова М. М. Проблема судейского усмотрения в уголовном праве при назначении уголовного наказания	218
Ключников А. Ю. Обжалование действий и решений суда и должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство: проблемы нормативного закрепления, практики применения	225
Воронин В. Н. Критерии индивидуализации наказания за преступления, совершенные несовершеннолетними	235
Насонов А. А. Основания появления в российском уголовном процессе лица, выдача которого запрашивается для уголовного преследования.....	241
Пастушков Е. Б. О некоторых проблемах уголовно-правового регулирования борьбы с мошенничеством в сфере кредитования.....	251
Стельмах В. Ю. Юридические основания следственных действий	258
Аристархов А. Л. Проблемы изменения судом в ходе уголовного судопроизводства категории преступления на менее тяжкую	269
Акименко П. А., Осокин Р. Б. Проблемы разграничения уголовной и административной ответственности за противоправные деяния в сфере миграционных правоотношений	277
Информация	
Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования	286



CONTENTS

MODERN PROBLEMS AND STRATEGIES OF LAWMAKING

- Sennyh L. N.* Modern problems of the pension legislation and strategy of lawmaking8
- Zueva N. L.* The current problems of the legislation about social service and the tendencies of lawmaking16

STATE AUTHORITY. LEGISLATIVE PROCESS. CONSTITUTIONAL LAW. PUBLIC MANAGEMENT

- Agibalov Yu. V.* Municipal financial control: legal regulation and problems23
- Daragan V. V.* The fight against corruption in public procurement – a necessary condition for the stabilization and development of the national economy in Ukraine27
- Nifanov A. N., Novopavlovskaya E. E.* Interpretation of the principle of equality of subjects of the Russian Federation in the practice of constitutional justice39
- Bondareva E. A., Rudneva E. A.* The institution of the Commissioner for children's rights in Russia and its subjects: issues of formation and development prospects47
- Ponomarev E. G.* Beginning of history of the russian parliamentarism and multi-party system59

6

THEORY OF LAW

- Apolski E. A.* Understanding of the law and essence of the law as the subject of the thesis researches (the experience of the Russian Empire)66
- Tikhonravov E. Yu.* Extensive and restrictive legal interpretation78
- Goncharova N. S.* The symbolism of the right91

CIVIL LAW. CIVIL PROCESS. ARBITRATION PROCESS

- Porotikova O. A.* Declaration of the right: way of protecting civil rights or preliminary question?98
- Porotikov A. I., Yakovlev A. S.* The adversarial principle and the choice of remedy for the practice of commercial courts108
- Adamaytis E. M.* Legal regulation of the limitation period in Europe and the USA117

ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

<i>Pavlenko K. A.</i> The aims and objectives of evidence in administrative proceedings	126
<i>Smolyaninova Y. K.</i> Individual and joint consideration in courts of the affairs arising from public legal relationship	137
<i>Krivtsov V. A.</i> Reasons for entering the prosecutor's statements of claim in defense of the public interest	142
<i>Starilov M. Yu.</i> Provisional protection in the administrative statement of claim in the structure of administrative processual form	149

ADMINISTRATIVE AND CUSTOMS LAW

<i>Matveeva T. A.</i> Treaty on the Eurasian Economic Union on May 29, 2014 in the regulation of customs relation	160
<i>Glukhova M. V.</i> Interference in the activity and obstruction of the activities of state authorities and local self-government: a discussion on the possibility of establishing of administrative responsibility	170
<i>Kolobov M. V.</i> The activities of the executive bodies of state power of subjects of the Russian Federation to improve the implementation mechanism of the bodies of local self-government of separate state powers	179

FINANCIAL LAW. TAX LAW. BANKING LAW

<i>Glukhovskiy J. Yu.</i> Tax patriotism	187
<i>Nita Adam, Światłowski Andrzej.</i> Administrative versus penal sanctions in polish tax law – the dual system or two systems?	196

CRIMINAL LAW. CRIMINAL PROCEDURE. CRIMINALISTICS

<i>Baev M.O., Baev O.Ya.</i> About legal mechanism of neutralization of the direction of guilty in the pre-trial prosecution	208
<i>Gitinova M. M.</i> Problem of the judicial discretion in criminal law at criminal sentencing	218
<i>Klyuchnikov A. Yu.</i> A problems of legislative adjustment and practical application of appeal of an actions and dicisions of court and officials in criminal proceedings	225
<i>Voronin V. N.</i> Criteria of individualization of punishment for crimes committed by minors	235
<i>Nasonov A. A.</i> The occurrence bases in the russian criminal trial of the person which delivery is requested for criminal prosecution	241
<i>Pastushkov E. B.</i> Some of the problems of criminal law regulation of the fraud-fighting in crediting field	251
<i>Stelmakh V. Yu.</i> Legal base of investigative actions	258
<i>Aristarkhov A. L.</i> The problem of changing the category of less serious crimes in the criminal proceedings	269
<i>Akimenko P. A., Osokin R. B.</i> Problems of differentiation of criminal and administrative liability for illegal acts in the sphere of migratory legal relationship	277

Information

The requirements to the materials, sent to the editorial staff for publishing	286
---	-----

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ И СТРАТЕГИИ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

УДК 349.3

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПЕНСИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И СТРАТЕГИЯ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

Л.Н. Сенных

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 3 декабря 2015 г.

Аннотация: *статья посвящена проблемам пенсионного законодательства и новеллам законодательства на современном этапе.*

Ключевые слова: *пенсионное законодательство, пенсионная реформа, досрочные пенсии, накопительная пенсия.*

Abstract: *the article is devoted to the problems of the pension legislation and of lawmaking novels nowadays.*

Key words: *pension legislation, pension reform, early pensions, funded pension.*

2016. № 1

8

Право на социальное обеспечение, в том числе право на пенсию, закреплено в ст. 39 Конституции РФ 1993 г.¹ Конституция, закрепляя эту гарантию в высшем нормативном акте Российской Федерации, показывает, что обеспечение социальной направленности государства является одной из основных функций государства², которая реализуется посредством принятия законов и других нормативных актов. Именно закон в России является главным регулятором общественных отношений, а также служит важнейшим средством преобразований в экономической, социальной и иных сферах, способствует стабилизации, устойчивости общественной обстановки и, наконец, учитывая его юридическую силу, определяет содержание всех остальных нормативных актов. Законотворческий процесс – это особая процедура юридического оформления воли народа и политики государства в конкретных исторических условиях. Период социальных реформ в России с 1990 г. потребовал интенсивного законодательства; формирования новых правовых институтов, соответствующих критериям правового государства; принятия нормативных актов в областях, которые ранее не охватывались правовым воздействием. Однако эффективность законодательства зависит от того, насколько продуманы, активны и своевременны проводимые правовые реформы.

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

² См.: Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А. В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 66 ; Комаров С.А. Общая теория государства и права в схемах и определениях. М., 1997. С. 22.

Законодательство остается весьма несовершенным, страдает многими недостатками и пробелами в силу скачкообразности, скоропалительности принимаемых политических решений, а также их нестабильности. Не стало исключением и пенсионное законодательство. В настоящее время учеными отмечается необоснованность частых и довольно радикальных изменений пенсионного законодательства, демонстрирующих непоследовательность и противоречивость государственной политики в этой сфере, о наличии существенных пробелов и противоречий в законодательном регулировании пенсионных отношений, об отсутствии правовых механизмов, которые были бы направлены на неуклонное (хотя и постепенное) повышение уровня пенсионного обеспечения³. Первой проблемой современного пенсионного законодательства является его непостоянность, о чем говорят следующие законы: от 30 ноября 1990 г.⁴, от 21 июля 1997 г.⁵, от 17 декабря 2001 г.⁶ и, наконец, от 28 декабря 2013 г.⁷ Не вдаваясь в детальный анализ каждого из этих нормативных актов, следует признать, что каждый из них нес в себе новые концептуальные направления. Так, Закон 1990 г. сменил существующие до него привилегированные и ущербные пенсионные системы советского образца (система персональных пенсий, система пенсионного обеспечения колхозников), закрепив единую пенсионную систему в стране, охватившую все категории трудящихся и все население. Все отношения по пенсионному обеспечению стали регулироваться нормами закона. Закон от 2001 г. заложил формирование пенсионной системы на основе страховых начал. Закон от 2013 г. заложил новый порядок исчисления пенсии, основанной на балльной системе. Таким образом, за неполные 25 лет правила подсчета пенсий кардинально менялись в нашей стране четыре раза, и частая смена формул подсчета пенсий в стране стала делом обычным. Несомненно, законодательство должно совершенствоваться, особенно в период глубоких социально-экономических преобразований, однако для любой правовой системы весьма значима стабильность как важнейшее условие ее эффективности. Стабильность законодательства, закрепляющего механизм назначения пенсий и других социальных выплат, имеет первостепенное значение, так как эти выплаты предоставляются в зависимости от определенных заслуг перед обществом, в том числе трудового вклада в экономику страны. Совершенно очевидно, что достижение этих условий требует определенного, как правило длительного, времени.

³ См.: Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI в. М., 2008. С. 323–326.

⁴ О государственных пенсиях в Российской Федерации : закон РФ от 20 ноября 1990 г. № 340-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 27. Ст. 351.

⁵ О порядке исчисления и увеличения государственных пенсий : федер. закон от 21 июля 1997 г. № 113-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 30. Ст. 3585.

⁶ О трудовых пенсиях в Российской Федерации : федер. закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. № 52 (ч. 1). Ст. 4920.

⁷ О страховых пенсиях : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ // Рос. газета. 2013. 31 дек.

Следующая проблема пенсионного законодательства, она же и особенность этой отрасли права, связана с закреплением законодательно нормы об одновременном использовании всего массива пенсионного законодательства, включая отмененные, которые действовали с 1956 г. до 1 января 2015 г.⁸ Первую скрипку здесь сыграл Конституционный Суд Российской Федерации. Именно он, учитывая данные ему исключительные полномочия по проверке соответствия Конституции РФ нормативных правовых актов, перечисленных в ч. 2 ст. 125 Конституции РФ, выразил свою позицию о поддержке доверия граждан к закону и действиям государства, исключающую снижение уровня социальной защиты граждан, и связанные с ним принципы правовой определенности и разумной стабильности правового регулирования, недопустимости внесения произвольных изменений в действующую систему норм и предсказуемости законодательной политики⁹. Как итог мы имеем катастрофически огромное, порой непоследовательное и довольно противоречивое число разнородных по своей юридической силе нормативных актов. Их использование в практике существенно затрудняет применение и так непростого в использовании пенсионного законодательства.

Новым законодательством не решена одна из самых острых проблем пенсионного законодательства – широкое распространение досрочных пенсий, назначаемых в связи с особыми, опасными или вредными условиями труда. Ее решение Стратегия связывает с развитием корпоративного (профессионального) страхования и негосударственного пенсионного обеспечения. Такая трансформация должна быть результатом деятельности непосредственно работодателей по созданию профессиональных пенсионных систем. При этом Стратегия предложила определенный механизм стимулирования работодателей, один из элементов которого – дополнительный тариф страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации. Таким образом, достигнута основная цель Стратегии в части реформы досрочных пенсий – их финансирование обеспечено соответствующим источником.

Эффективно преобразовать досрочные пенсии по условиям труда планируется уже в рамках второго этапа реализации Стратегии. Однако в этом есть определенные сомнения, поскольку в настоящее время фактически отсутствует нормативная база для функционирования профессиональных систем. Да и сам механизм трансформации (равно как и стимулирования) представляется недостаточно проработанным и аргументированным. Так, основные параметры и условия предоставления названных дополнительных социальных гарантий еще только предсто-

⁸ О страховых пенсиях : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ (п. 8 ст. 13, п. 4 ст. 30) ; Об утверждении Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации : распоряжение Правительства РФ от 25 декабря 2012 г. № 2524-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 8029.

⁹ Например: Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2013 г. № 9-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 5.

ит определить. В связи с этим едва ли введенные дополнительные тарифы страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации будут выполнять ту стимулирующую роль, которая им отводится. Скорее эти новеллы расценят как увеличение фискальной нагрузки на бизнес, что породит соответствующее стремление снизить последнее, в том числе средствами, противоречащими закону. Дополнительные тарифы страховых взносов, безусловно, в определенной части позволят решить данную проблему. Однако едва ли можно ожидать кардинального упорядочения досрочного пенсионного обеспечения¹⁰, поскольку стратегические вопросы – институциональные и структурные – по традиции остались нерешенными. Так, Стратегия не содержит каких-либо конкретных предложений относительно модели построения и принципов регулирования профессиональных пенсионных систем, а равно и института страхования риска утраты заработка в системе социального страхования от несчастных случаев на производстве и профзаболеваний.

В соответствии с Методическими правилами по организации законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти¹¹ и сложившейся практике в отношении юридической техники принимаемых законодательных актов они должны формулироваться предельно просто, максимально доступно для понимания каждым и не допускать различного их толкования правоприменителями. Новые пенсионные законы демонстрируют прямо противоположный результат. Пенсионное законодательство практически перестало быть ориентиром, в соответствии с которым люди определяют свою будущую трудовую жизнь. Многие нормы изложены посредством сложнейших формул, носят отсылочный характер, по своему содержанию напоминают скорее инструктивные указания¹². На крайнюю запутанность действующего в сфере пенсионного обеспечения законодательства в одном из своих докладов обращал внимание и Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, выразив твердую убежденность в том, что пенсионное законодательство, затрагивающее интересы значительной части населения страны, должно быть простым и понятным для каждого¹³.

¹⁰ См.: *Захаров М.Л.* Социальное страхование в России : прошлое, настоящее и перспективы развития (трудовые пенсии, пособия, выплаты пострадавшим на производстве). М., 2013. С. 142.

¹¹ Об утверждении Методических правил по организации законопроектной работы федеральных органов исполнительной власти : приказ Минюста РФ № 3, Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ от 10 января 2001 г. № 51 // Бюллетень Минюста РФ. 2001. № 2.

¹² См.: *Захаров М. Л., Тучкова Э.Г.* Современное состояние пенсионной системы России, основные этапы ее реформирования и перспективы дальнейшего развития // Материалы VI Междунар. науч.-практ. конф. «Современное состояние законодательства и науки трудового права и права социального обеспечения». М., 2010. С. 519.

¹³ См.: Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2008 г. // Рос. газета. 2009. 17 апр.

К числу проблем российского законодательства в целом, в том числе пенсионного, относится проблема резкого увеличения объема дублирования законодательного материала. По этому поводу В. Б. Исаков, руководитель Правового управления Аппарата Госдумы, пишет: «Мы... никак не можем убедить разработчиков отраслевых законов «не тащить» в них разделы, составляющие предмет специального законодательства»¹⁴. Иными словами, негативной тенденцией стало стремление «втиснуть» в однородные правовые комплексы нормы, регулирующие различные общественные отношения, в случае, если они не охватываются предметом правового регулирования, присущим данной отрасли. Ярким примером указанного явления может служить регулирование отношений наследования пенсионных выплат и накоплений. В соответствии со ст. 1112 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ)¹⁵ в состав наследства входят принадлежащие наследодателю на день открытия наследства вещи, иное имущество, в том числе имущественные права и обязанности. Далее ст. 1113 ГК РФ предусматривает, что наследство открывается смертью наследодателя. Объявление судом гражданина умершим влечет за собой те же правовые последствия, что и смерть гражданина. Главой 63 ГК РФ определен круг лиц, имеющих право наследования, а также очередность наследования по закону. ГК РФ предусмотрено также наследование по завещанию. Казалось бы, ясные и не вызывающие сомнений правовые положения, находящиеся в полном соответствии с большинством доктринальных гражданско-правовых подходов. Однако Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 424-ФЗ «О накопительной пенсии»¹⁶ не признает наследование по завещанию, если еще при жизни застрахованного лица не было написано заявление о распределении средств пенсионных накоплений, учтенных в специальной части индивидуального лицевого счета застрахованного лица¹⁷. Кроме того, данный закон устанавливает иную, несовпадающую с ГК РФ очередность наследования. Таким образом, налицо коллизия двух федеральных законов.

В настоящее время правотворческая деятельность в России протекает в чрезвычайно сложной обстановке, на напряженность которой в первую очередь влияет экономический и финансовый кризис. Курс на ускорение реформ (в том числе и пенсионной¹⁸) заставляет законодателя стремиться к быстрому охвату и регулированию новых общественных отношений.

¹⁴ Исаков В. Подготовка и принятие законов в правовом государстве : российские проблемы и решения // Рос. юстиция. 1997. № 7.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) : федер. закон от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ // Рос. газета. 2001. 28 нояб.

¹⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 6989.

¹⁷ О накопительной пенсии : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 424-ФЗ (ст. 7) // Там же.

¹⁸ О мероприятиях по реализации государственной социальной политики : указ Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 597 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 19. Ст. 2334.

Это сказывается на качестве закона, стабильности правовой системы, уровне правовой защищенности граждан.

Следует отметить, что многие положения вступившего в силу с 1 января 2016 г. нового закона о пенсиях отвечают заявленным в ст. 1 этого закона¹⁹ целям. Вместе с тем становятся очевидными отдельные проблемы, с которыми в ближайшее время столкнутся граждане при реализации своего конституционного права на пенсионное обеспечение и которые требуют оперативного вмешательства законодателя. В первую очередь это касается вопроса лишения страховых пенсий по старости всех лиц, имеющих страховой стаж менее 15 лет.

Ранее, до 1 января 2015 г., стажевые условия, определявшие право на пенсию по старости, были иные: по Закону СССР от 14 июля 1956 г. «О государственных пенсиях»²⁰ – 25 и 20 лет (соответственно для мужчин и женщин) для получения полной пенсии и не менее 5 лет для получения пенсии при неполном стаже; по Закону РСФСР от 20 ноября 1990 г.²¹ они не изменились; по Федеральному закону от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»²² сохранилось лишь одно условие – наличие не менее 5 лет страхового стажа. Новый закон²³ повысил в три раза (с 5 до 15 лет) минимальный страховой стаж, определяющий право на получение страховой пенсии. Тем самым законодатель допустил снижение уровня социальной защиты граждан и нарушил задекларированный Стратегией²⁴ и подтвержденный Конституционным Судом Российской Федерации²⁵ принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, исключаящий снижение уровня социальной защиты граждан. До недавнего времени отказ в назначении пенсии при стаже от 5 до 15 лет означал бы конфискацию уплаченных за счет застрахованного лица страховых взносов, учтенных на его индивидуальном лицевом счете, поскольку ст. 3 Федерального закона от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ «Об обязательном пенсионном страховании в Российской Федерации»²⁶ был предусмотрен индивидуально возмезд-

¹⁹ О страховых пенсиях : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ // Рос. газета. 2013. 31 дек.

²⁰ О государственных пенсиях : закон СССР от 14 июля 1956 г. // Ведомости ВС СССР. 1956. № 15. Ст. 313.

²¹ О государственных пенсиях в Российской Федерации : закон РФ от 20 ноября 1990 г. № 340-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 27. Ст. 351.

²² О трудовых пенсиях в Российской Федерации : федер. закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4920.

²³ О страховых пенсиях : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ // Рос. газета. 2013. 31 дек.

²⁴ Об утверждении Стратегии долгосрочного развития пенсионной системы Российской Федерации : распоряжение Правительства РФ от 25 декабря 2012 г. № 2524-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч. 2). Ст. 8029.

²⁵ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 мая 2013 г. № 9-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2013. № 5.

²⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 51. Ст. 4832.

ный характер страховых взносов. В преддверии вступления в силу нового пенсионного законодательства в Закон от 15 декабря 2001 г. № 167-ФЗ были внесены изменения²⁷ в понятие страховых взносов. Теперь страховые взносы на обязательное пенсионное страхование – обязательные платежи, которые уплачиваются в Пенсионный фонд Российской Федерации, целевым назначением которых является обеспечение прав граждан на получение обязательного страхового обеспечения по обязательному пенсионному страхованию (в том числе страховых пенсий, фиксированных выплат к ним и социальных пособий на погребение), включая индивидуально возмездные обязательные платежи, персональным целевым назначением которых является обеспечение права гражданина на получение накопительной пенсии и иных выплат за счет средств пенсионных накоплений. Таким образом, можно сделать вывод, что лишение права на страховую пенсию лиц, имеющих стаж от 5 до 15 лет, не досадная ошибка законодателя, а целенаправленное ущемление пенсионных прав граждан указанной категории.

Стремление законодателя на десоциализацию пенсионного законодательства подтверждает законодательно установленное ограничение размера пенсии для работающих пенсионеров. Официально пока сохраняются правила, позволяющие совмещать пенсию с работой. Однако Федеральным законом № 400 установлен скрытый механизм, устанавливающий лишь частичную компенсацию, перечисленных за работающего пенсионера страховых взносов. В соответствии с п. 4 ст. 18 Закона № 400-ФЗ перерасчет пенсии работающим пенсионерам через один год после ее назначения дает увеличение индивидуального пенсионного коэффициента максимум на 3 балла (за год), тогда как при обычном исчислении ИПК максимум составляет 10 баллов. Кроме того, в настоящее время в Государственной Думе Российской Федерации Федерального Собрания Российской Федерации находится на рассмотрении внесенный Правительством РФ законопроект № 911767-6 «О приостановлении действия положений отдельных законодательных актов Российской Федерации, внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и особенностях увеличения страховой пенсии, фиксированной выплаты к страховой пенсии и социальных пенсий»²⁸. Этим законопроектом предусматривается отмена ежегодной индексации пенсий работающим пенсионерам.

²⁷ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О страховых взносах в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Федеральный фонд обязательного медицинского страхования и территориальные фонды обязательного медицинского страхования»: федер. закон от 24 июля 2009 г. № 213-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 30. Ст. 3739.

²⁸ Ресурсы интернет. URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNews%29?OpenAgent&RN=911767-6&02>

Итак, анализ пенсионного законодательства показывает, что на него распространяются проблемы законоотворчества, характерные для всего российского законодательства в целом²⁹, а именно:

- качество принимаемых нормативных актов;
- нестабильность законодательства;
- дублирование, а иногда противоречивость законодательного материала;
- значительное число ведомственных актов;
- сложность и запутанность изложения норм права.

Учитывая, что новое пенсионное законодательство по своей сути является лишь слегка модифицированным советским, ориентированным на низко- и среднеоплачиваемых работников формального сектора, а значит, не решена главная проблема пенсионной системы – низкого уровня пенсионного обеспечения, можно предположить следующие тенденции изменения пенсионного законодательства:

1. В ближайшей перспективе – оперативное устранение противоречий законодательства, а также принятие нормативных актов, направленных на снижение расходов на пенсионное обеспечение.

2. В далекой перспективе – принятие нормативных актов, направленных на решение системных проблем пенсионного обеспечения:

- реформирование института досрочных пенсий;
- правовое регулирование эффективных стимулов к формализации рабочих мест;
- повышение пенсионного возраста.

²⁹ См.: *Власенко Н.А.* Кризис права : проблемы и подходы к решению // Журнал рос. права. 2013. № 8.С. 43–54 ; *Пайгина Д. Р., Стрельников П.А.* Поиск эффективных решений проблем правотворчества // Там же. 2014. № 6.С. 141–145 ; *Золотухина Т. А.* Современное состояние и направления совершенствования законодательства России // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 4.С. 44–49.

Воронежский государственный университет

*Сенных Л. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права
E-mail: Ludmila-Sennyh@yandex.ru
Tel.: 8 (473) 220-84-74*

Voronezh State University

*Sennyh L. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Labor Law Department
E-mail: Ludmila-Sennyh@yandex.ru
Tel.: 8 (473) 220-84-74*

ТЕКУЩИЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
О СОЦИАЛЬНОМ ОБСЛУЖИВАНИИ
И ТЕНДЕНЦИИ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

Н.Л. Зуева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 20 декабря 2015 г.

Аннотация: статья посвящена фиксации актуальных проблем законодательства о социальном обслуживании и тенденции законодательства на современном этапе.

Ключевые слова: социальное обслуживание, социальные услуги, негосударственный сектор в сфере социального обслуживания, муниципальные образования.

Abstract: the article is devoted to fixing the actual problems of the legislation about social service and tendencies of lawmaking at the present stage.

Key words: social service, social services, non-governmental sector in the field of social service, municipal unions.

Стремительные изменения действительности в нашей стране привели к необходимости законодательного закрепления появившихся новых общественных отношений, так как именно закону определена роль регулятора этих отношений; он служит важнейшим средством преобразований в экономической, социальной и иных сферах, а также способствует стабилизации, устойчивости общественной обстановки и, наконец, учитывая его юридическую силу, определяет содержание всех остальных нормативных актов. В условиях дефицита времени законодатель был вынужден в поспешном порядке «латать дыры», что в свою очередь отразилось на проблемах, связанных с законодательством. За последние десятилетия законодательство Российской Федерации существенно обновилось. Некоторые его отрасли создавались заново. Закон постепенно занимает ведущее положение в правовом регулировании. Здесь следует отметить тенденцию неравномерного развития его отраслей, наблюдаются как «вакуумы», когда отсутствует регуляция отдельных институтов, так и, напротив, чрезмерное дробление правовых актов и норм, регулирующих отдельные виды отношений. Ярким тому примером стала система норм, регулирующая социальное обеспечение. На фоне частых и довольно радикальных изменений пенсионного законодательства, демонстрирующих непоследовательность и противоречивость государственной политики в этой сфере¹, остались в стороне нормы, регулирующие вопросы

¹ См.: Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI в. М., 2008. С. 323–326; Васильева Ю. В. Изменения в Российском пенсионном законодательстве и перспективы ратификации Конвенции МОТ № 102 // Трудовое право в России и за рубежом. 2014. № 3. С. 36–39; Чустрова Е. В. О некоторых проблемах реализации

социального обслуживания. В период социальных реформ законодательно в 1995 г. были приняты соответствующие законы, которые одновременно с очередной пенсионной системой были изменены в 2013 г. Новый закон о социальном обслуживании населения явился кодифицирующим нормативным актом, который приблизил законодательство, регулирующее вопросы социального обслуживания, к реалиям сегодняшнего дня. Вместе с тем законодательство Российской Федерации о социальном обслуживании граждан по-прежнему остается противоречивым, созданным без должной концептуальной основы². Значительное число нормативного правового материала затрудняет реализацию гражданами Российской Федерации права на социальное обслуживание, создает предпосылки для его нарушения, во многих случаях делает невозможным обеспечение защиты права на социальное обслуживание. В данной статье предпринята попытка рассмотреть актуальные проблемы в этой сфере.

Забота о здоровье людей – это долг государства. Спорить с этим невозможно. Практически все современные государства объявляют себя «welfare state» (государством всеобщего благосостояния), т.е. государством, пекущимся о благе всех на его территории. Другое название для этого явления – социальное государство. В отличие от пенсий и пособий, которые прямо указаны в Конституции РФ, социальное обслуживание как вид социальной защиты населения в ней не упоминается. Только в ст. 7 Конституции РФ³ говорится о развитии системы социальных служб, через которые подразумевается осуществление социального обслуживания. Статистика показывает, что из общего числа учреждений социального обслуживания, оказывающих социальные услуги пожилым гражданам и инвалидам, основная часть (3834 учреждения) находится в ведении органов государственной власти субъектов РФ (98,8 %), и только 48 учреждений (1,2 %) – являются негосударственными⁴. Однако этого количества учреждений недостаточно. Об этом свидетельствуют сохраняющиеся в субъектах РФ на протяжении длительного времени очереди на получение социальных услуг на дому и в стационарных условиях. В частности, очередь на получение места в стационарных учреждениях социального обслуживания населения по состоянию на 1 января 2013 г. составляла 17,1 тыс. человек, на получение социальных услуг на дому –

конституционного права граждан на пенсионное обеспечение в законодательстве Российской Федерации // Адвокат. 2014. № 2. С. 32–36.

² См.: Дугенец А.С. Рецензия на диссертацию Надежды Леонидовны Зуевой на тему «Административно-правовое регулирование отношений в области социального обслуживания населения в Российской Федерации» // Административное право и процесс. 2012. № 8. С. 65–68.

³ Конституции Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

⁴ О плане мероприятий («дорожной карты») «Повышение эффективности и качества услуг в сфере социального обслуживания населения (2013–2018 годы)» : приказ Минтруда России от 30 апреля 2014 г. № 282 // Бюллетень трудового и социального законодательства РФ. 2014. № 6.

12,4 тыс. человек⁵. Совершенно очевидно, что только силами государства решить вопрос о ликвидации указанной очереди невозможно.

Необходимо привлечение негосударственного сектора. В этом состоит одна из основных проблем социального обслуживания населения в Российской Федерации, которая заключается в демонополизации государства в области предоставления социальных услуг и о которой уже заговорили первые лица государства⁶. Расширение круга субъектов предоставления социальных услуг должно идти за счет негосударственных социальных служб, создаваемых общественными объединениями, религиозными организациями, благотворительными фондами, отдельными гражданами, а также коммерческих социальных служб. Рыночные механизмы слабо используются в повышении эффективности социального обслуживания. Отсутствие рынка социальных услуг при расширении спектра и повышении требований к качеству их предоставления не позволяет задействовать механизмы конкуренции. Важным аргументом в пользу развития негосударственного сектора социального обслуживания является реальная возможность привлечения частных инвестиций и внедрения передового отечественного и зарубежного опыта управления в сфере предпринимательства и государственно-частного партнерства.

Следует отметить, что законодательство о социальном обслуживании населения содержало нормы, разрешающие осуществление социального обслуживания негосударственными социальными службами⁷. Однако по своей сути эти нормы в условиях развития рыночных отношений носили декларативный характер, поскольку оказание социальных услуг по государственным расценкам без механизма компенсации реально понесенных расходов неминуемо приведет к банкротству данной негосударственной социальной службы. Новый закон⁸ предусмотрел, что финансовое обеспечение предоставления социальных услуг негосударственными организациями, индивидуальными предпринимателями, осуществляющими деятельность по социальному обслуживанию и предоставляющими социальные услуги социально ориентированными некоммерческими организациями, осуществляется путем предоставления субсидий из соответствующего бюджета бюджетной системы Российской Федерации в соответствии с бюджетным законодательством Российской Федерации, проведения закупок

⁵ Там же.

⁶ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 3 декабря 2015 г. // Парламентская газета. 2015. 10 дек.

⁷ О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов : федер. закон от 2 августа 1995 г. № 122-ФЗ (ст. 33) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 32. Ст. 3198 ; Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации : федер. закон от 10 декабря 1995 г. № 195-ФЗ (ст. 17) // Там же. № 50. Ст. 4872.

⁸ Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ (ст. 30) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 7007.

социальных услуг в соответствии с законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, а также за счет средств получателей социальных услуг при предоставлении социальных услуг за плату или частичную плату. Несмотря на то что указанный закон вступил в силу с начала этого года, мы не увидели его практического применения. Чтобы машина заработала, необходимо детально разработать механизм взаимодействия государства, общества и социально ответственного бизнеса в процессе обеспечения населения доступными и качественными социальными услугами, а также применения, наряду с сохранением гарантированного государством бесплатного предоставления необходимых социальных услуг, рыночных механизмов предоставления услуг на основе оплаты, вносимой гражданами, их родственниками, работодателями, общественными и благотворительными организациями. При этом должно быть обеспечено сочетание рыночного механизма и мер государственного регулирования объема и качества предоставляемых социальных услуг. Это тесно связано с защитой прав потребителей социальных услуг, введения института государственного и независимого контроля. Дополнительно к закрепленному механизму субсидий этим организациям необходимо предоставить ряд льгот и преференций, о чем в своем послании заявил Президент РФ⁹.

Нерешенной оказалась проблема исключенных из сферы социального обслуживания населения муниципальных образований. По мнению ученых, эту проблему надо решать, наделяя муниципальные органы «собственной» компетенцией в этой сфере¹⁰. Напомним: до начала рыночных преобразований в России много объектов социальной сферы числились на балансе предприятий. В ходе приватизации государство сняло с российских предприятий их социальные функции, что выразилось в передаче части таких объектов в собственность и ведение муниципалитетов, начался процесс реформирования всей системы социального обеспечения. На практике они оказались ответственными практически за всю сферу социальной поддержки и социального обслуживания отдельных категорий граждан. В 2004 г. из закона о социальном обслуживании 1995 г. было исключено понятие муниципальной системы социальных служб¹¹.

⁹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 3 декабря 2015 г. // Парламентская газета. 2015. 10 дек.

¹⁰ См.: *Баженова О.И.* К проблеме наделяния муниципальных образований полномочиями в сфере социальной поддержки и социального обслуживания граждан // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 7. С. 62–68.

¹¹ О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с принятием федеральных законов «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и «Об общих принципах организации местного

Закон о социальном обслуживании 2013 г. не упоминает напрямую ни о муниципальных образованиях, ни о муниципальных учреждениях. Вместе с тем они были и остаются ключевыми участниками системы социального обслуживания. Федеральный закон от 28 декабря 2013 г. № 442-ФЗ «Об основах социального обслуживания граждан в Российской Федерации»¹² предусматривает два вида вовлечения муниципальных органов в систему социального обслуживания: делегирование государственных полномочий и добровольно. Нередко добровольная инициатива носит вынужденный характер: необходимость оперативного реагирования на сложную жизненную ситуацию, в которой оказался гражданин¹³. Причем помощь оказывается из собственного бюджета, который в результате бесконечных реформ (в том числе и в результате хаотичного процесса перераспределения публичной собственности) оказался в плачевном состоянии. Такая ситуация приводит к утрате доверия граждан к муниципалитетам. В то же время очевидно, что эффективная система социального обслуживания отдельных категорий граждан не может функционировать без муниципальных образований, которые обеспечивают индивидуализацию мер социальной защиты. Наделение муниципальных органов «собственной» компетенцией в сфере социальной защиты населения требует изменения финансового обеспечения всей системы социальной защиты.

В современном законодательстве о социальном обслуживании отсутствуют четкие нормативные показатели содержания и объема, качества и безопасности социальных услуг, их гарантий и способов предоставления, ответственность за их несоблюдение. В соответствии с действующим законодательством оценку и контроль качества оказания государственных услуг осуществляет вышестоящий над исполнителем услуги орган; свою оценку он дает через контроль исполнения разработанных им же инструкций и оценочных показателей¹⁴. Однако эти показатели не могут дать полный ответ о качестве предоставленной социальной услуги. Ученые видят выход из этой ситуации в заключении договора об оказании социальной услуги, который будет являться дополнительным средством правовой защиты услугополучателя (гражданина). Именно в связи с этим в юридической литературе отмечается недооценка потенциала договора в сфере социального обслуживания в результате игнорирования объективных процессов, влияющих на изменение общественных отношений в

самоуправления в Российской Федерации» : федер. закон от 22 августа 2004 г. № 22-ФЗ (ст. 65) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 35. Ст. 3607.

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 52 (ч. 1). Ст. 7007.

¹³ Например: Об организации деятельности пункта обогрева лиц без определенного места жительства : распоряжение Администрации городского округа город Воронеж от 22 января 2014 г. № 32-р // *Берег*. 2014. 28 янв.

¹⁴ Об утверждении показателей, характеризующих общие критерии оценки качества оказания услуг организациями социального обслуживания : приказ Минтруда России от 8 декабря 2014 г. № 995н. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

России¹⁵. Неприменение норм гражданского права к отношениям, возникающим при осуществлении социального обслуживания, имеет негативные последствия, так как получатели услуг не имеют средств правовой защиты, предусмотренных Гражданским кодексом. В настоящее время существует лишь возможность обжаловать неправомерные действия (бездействие) соответствующих органов, организаций и их должностных лиц в вышестоящую инстанцию или в суд. Часто действия лиц, оказывающих услуги, носят вполне правомерный характер, но уровень качества предоставляемых услуг не соответствует ожиданиям, поэтому трудно предположить, что достигается тот полезный эффект, ради которого оказывается услуга. В то же время другими учеными признается необоснованным и неэффективным применение гражданско-правовых конструкций к договорным социально-обеспечительным отношениям¹⁶.

Препятствием к применению в этой сфере норм гражданского права является неопределенность в разграничении и соотношении понятий «услуга» и «социальная услуга». В этом случае мы имеем пограничный с гражданским правом и правом социального обеспечения комплексный частноправовой институт социального обслуживания¹⁷. И хотя в силу специфики отрасли социального обеспечения имеются различия в регулировании, по существу, единых общественных отношений, центральное место в нем должны занимать нормы гражданского права. Намеренно не рассматривая вопрос об основаниях разграничения услуги как объекта гражданского права и социальной услуги (по равенству сторон, по субъектному составу правоотношений, возмездности и безвозмездности услуги и др.), хотелось бы обратить внимание на необходимость пересмотра господствующей в научных кругах точки зрения о невозможности легального применения гражданско-правового договора в сфере бесплатного социального обслуживания. Эта необходимость вызвана изменившимися общественными отношениями. Кроме того, внедрение гражданско-правовых конструкций в систему социального обслуживания позволит ввести:

- дополнительные механизмы защиты прав получателей государственных услуг;
- объективный анализ качества предоставления услуг по социально-

¹⁵ См.: Меркулов В.В. Гражданско-правовой договор в механизме регулирования товарно-денежных отношений : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1994. С. 7 ; Ситдикова Л. Б. Проблемы защиты прав потребителей в сфере оказания публичных услуг // Рос. юстиция. 2015. № 2. С. 14–17.

¹⁶ См.: Васильева Ю.В. О функциональном подходе к предмету права социального обеспечения // Гарантии реализации прав граждан в сфере труда и социального обеспечения. М., 2006. С. 598 ; Лушникова М. В., Лушников А. М. Курс права социального обеспечения. 2-е изд., доп. М., 2009. С. 54.

¹⁷ См.: Барков А.В. Социальное обслуживание в условиях рыночной экономики : современные тенденции и перспективы развития // Трудовое право. 2006. № 9. С. 25–27.

му обслуживанию по степени удовлетворенности от оказанной услуги получателем государственной услуги;

– дополнительные экономические мотивации к увеличению негосударственного сектора в сфере социального обслуживания.

К числу проблем социального обслуживания относится также существующее в настоящее время региональное различие в объемах прав граждан на социальное обслуживание, уровнях их реализации, доступности, качестве и безопасности предоставления социальных услуг, которое не позволяет в полной мере удовлетворить потребности населения в социальных услугах высокого качества и ставит их уровень (основания, объем и качество) в зависимости от категории льготников (федеральные и региональные) и места жительства.

Анализ законодательства в сфере социального обслуживания показал, с одной стороны, сформированность на современном этапе нормативной базы государственной социальной помощи малообеспеченным гражданам, а с другой – характерное для социального обеспечения в целом непостоянство. И хотя основные изменения последнего времени в сфере обеспечения социальных функций государства и модернизации системы социального обслуживания сопровождались необходимостью приведения нормативно-правовой базы в соответствие с целями реформирования социального сектора (например, адресность предоставления социальных услуг), следует отметить ограниченность средств бюджетов субъектов РФ, местных бюджетов, недостаточный объем субвенций из федерального бюджета бюджетам субъектов РФ, что связано с глубоко кризисным состоянием отечественной экономики и не позволяет в полной мере реализовать задачи социальной помощи.

Таким образом, обеспечение условий и создание эффективной модели правового регулирования государственной социальной помощи нуждающимся гражданам является важнейшей проблемой современного этапа развития социальной политики Российского государства. Учитывая проблемы, связанные в первую очередь с недостатком финансирования мероприятий по социальной поддержке населения, можно предположить неизбежность поиска государством путей решения финансовых проблем, что повлечет изменение текущего законодательства. В связи с этим немаловажным является решение именно указанных в статье проблем законодательного плана.

Воронежский государственный университет

Зуева Н. Л., кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права

E-mail: Zueva.nl@mail.ru

Тел.: 8-903-652-02-54

Voronezh State University

Zueva N. L., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Labor Law Department

E-mail: Zueva.nl@mail.ru

Tel.: 8-903-652-02-54

УДК 342.55

**МУНИЦИПАЛЬНЫЙ ФИНАНСОВЫЙ КОНТРОЛЬ:
ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ И ПРОБЛЕМЫ**

Ю.В. Агибалов

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте Российской Федерации (Воронежский филиал)*

Поступила в редакцию 5 декабря 2015 г.

Аннотация: *статья посвящена анализу действующего законодательства, регулирующего вопросы внешнего финансового контроля в муниципальных образованиях.*

Ключевые слова: *муниципальный финансовый контроль, контрольно-счетный орган муниципального образования, представительный орган муниципального образования.*

Abstract: *the article is devoted to the analysis of existing legislation, which regulates questions of external financial control in municipalities.*

Key words: *municipal financial control, the municipality accounts body, representative body of municipality.*

В настоящее время в России большое внимание уделяется работе контрольных органов. Президент РФ В. В. Путин в Послании Федеральному Собранию Российской Федерации от 3 декабря 2015 г. указал на необходимость существенного ужесточения контроля за движением государственных средств и повышения качества контрольно-надзорных органов. Это в полной мере относится и к органам муниципального финансового контроля. В России приняты и действуют на федеральном и региональном уровнях нормативные правовые акты, регулирующие вопросы осуществления муниципального финансового контроля и статус контрольно-счетных органов. В базовом Федеральном законе от 7 февраля 2011 г. № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований»¹ определен статус контрольно-счетных органов муниципальных образований, порядок их организации и деятельности. Бюджетные полномочия контрольно-счетных органов муниципальных образований закреплены Федеральным законом от 23 июля 2013 г. № 252-ФЗ «О внесении изменений в Бюджетный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»². Этим законом установлены и основы государственного (муниципального) финан-

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 7. Ст. 903.

² Там же. 2013. № 31. Ст. 4191.

сового контроля³. Бюджетный кодекс закрепил виды государственного (муниципального) контроля (ст. 265), объекты государственного (муниципального) финансового контроля (ст. 266.1), методы осуществления государственного (муниципального) финансового контроля (ст. 267.1), полномочия органов внешнего государственного (муниципального) финансового контроля (ст. 268.1), а также право органов государственного (муниципального) финансового контроля на составление представлений и предписаний в случаях установления нарушений бюджетного законодательства (ст. 270.2). Федеральным законом от 5 мая 2014 г. № 125-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»⁴ предоставлено право субъектам Федерации своими законами устанавливать перечень должностных лиц органов местного самоуправления, наделенных правом составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, при осуществлении муниципального контроля. В Воронежской области отдельные вопросы организации и деятельности контрольно-счетных органов муниципальных образований закреплены в Законе Воронежской области от 6 октября 2011 г. № 130-ОЗ⁵. Законом Воронежской области от 9 декабря 2015 г. № 195-ОЗ «О внесении изменений в Закон Воронежской области «Об административных правонарушениях на территории Воронежской области» предоставлено право председателям, заместителям председателей, аудиторам, инспекторам контрольно-счетных органов муниципальных образований Воронежской области при осуществлении муниципального финансового контроля составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 5.21, 15.1, 15.11, 15.14–15.15.16, ч. 1 ст. 19.4, ст. 19.4.1, ч. 20 ст. 19.5, ст. 19.6 и 19.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Законом предоставлено также право должностным лицам контрольно-счетных органов муниципальных образований Воронежской области при осуществлении возложенных на них должностных полномочий составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 24.8 «Нарушение порядка управления и распоряжения имуществом, находящимся в муниципальной собственности» Закона Воронежской области от 31 декабря 2003 г. № 74-ОЗ «Об административных правонарушениях на территории Воронежской области»⁶. Этой статьей предусмотрена ответственность должностных лиц органа местного самоуправления муниципального образования Воронежской области в форме предупреждения или наложения административного штрафа на должностных лиц

³ См.: Глава 26 Бюджетного кодекса Российской Федерации.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 19. Ст. 2330.

⁵ О регулировании отдельных вопросов организации и деятельности контрольно-счетных органов муниципальных образований Воронежской области : закон Воронежской области от 6 октября 2011 г. № 130-ОЗ // Молодой коммунар. 2011. 11 окт.

⁶ См.: Коммуна. 2004. 13 янв.

в размере от пяти до десяти тысяч рублей за нарушение установленного нормативным правовым актом органа местного самоуправления порядка управления и распоряжения имуществом, находящимся в муниципальной собственности, в том числе списание имущества⁷.

Краткий анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что в настоящее время органы муниципального финансового контроля наделены достаточными полномочиями для осуществления своей деятельности. В то же время в законодательстве существуют и пробелы, которые негативно сказываются на практике при осуществлении внешнего муниципального финансового контроля. В качестве примера можно привести отдельные нормы Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁸ (далее – Закон №131-ФЗ) и Бюджетного кодекса Российской Федерации. Так, в соответствии с ч. 2 ст. 34 Закона № 131-ФЗ наличие в структуре органов местного самоуправления представительного органа, главы муниципального образования, местной администрации (исполнительно-распорядительного органа муниципального образования) является обязательным. В целях осуществления внешнего муниципального финансового контроля **представительный орган вправе** образовать контрольно-счетный орган муниципального образования. В Бюджетном кодексе Российской Федерации наличие органа муниципального финансового контроля в муниципальных образованиях является обязательным. В России контрольно-счетные органы, как правило, образованы во всех муниципальных районах и городских округах, что нельзя сказать о поселениях. В связи с этим возникает ряд вопросов:

1. Кто должен будет осуществлять внешний финансовый контроль, если в муниципальном образовании нет контрольно-счетного органа?

2. Нужно ли создавать контрольно-счетные органы в муниципальных образованиях малочисленных поселений?

3. Можно ли возложить функции муниципального финансового контроля в поселениях на контрольно-счетный орган муниципального района, в состав которого входят поселения?

Ответов на эти вопросы в действующем законодательстве нет.

В ст. 265 Бюджетного кодекса Российской Федерации до августа 2013 г. представительные органы местного самоуправления имели право осуществлять предварительный, текущий и последующий контроль за формированием и исполнением бюджетов; они могли в какой-то мере выполнять функции внешнего финансового контроля. В связи с принятием Федерального закона от 23 июля 2013 г. № 252-ФЗ в новой редакции ст. 265 Бюджетного кодекса Российской Федерации представительные органы местного самоуправления были лишены этих форм контроля. В то же время в ст. 35 Закона № 131-ФЗ в исключительной компетен-

⁷ URL: <http://pravo.govrn.ru> (дата обращения: 10.12.2015).

⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

ции представительных органов муниципального образования находятся вопросы утверждения местного бюджета и отчета о его выполнении, принятие планов и программ развития муниципального образования, утверждение отчетов об их исполнении. При осуществлении этих полномочий представительные органы на практике осуществляют как предварительный, так и последующий контроль. В настоящее время очевидно, что необходимо дальнейшее совершенствование федерального законодательства:

1) целесообразно предоставить право на осуществление **предварительного контроля** за представительными органами местного самоуправления муниципальных образований, так как на практике они его осуществляют при принятии бюджета и **последующего контроля** в ходе рассмотрения и утверждения отчета об исполнении бюджета, а также муниципальных программ. В ходе этого контроля представительные органы должны давать оценку муниципальных программ и бюджета с точки зрения их влияния на социально-экономическое развитие муниципального образования и обеспечения прав жителей на благоприятную среду;

2) следует внести в Закон № 131-ФЗ норму, в соответствии с которой наличие контрольно-счетного органа является обязательным в муниципальных районах и городских округах; одновременно с этим предоставить право муниципальным образованиям поселений самостоятельно решать вопрос о необходимости образования контрольно-счетного органа в поселении. В случае если в поселении в соответствии с уставом муниципального образования контрольно-счетный орган не образуется, то функции внешнего финансового контроля в них должен выполнять контрольно-счетный орган муниципального района.

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации (Воронежский филиал)

Агибалов Ю. В., кандидат экономических наук, профессор кафедры государственной и муниципальной службы и кадровой политики

E-mail: agibalov@govrn.ru

Тел.: 8(473) 213-66-99

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration, Voronezh Branch

Agibalov Yu. V., Candidate of Economic Sciences, Professor of the Public Service Recruitment Policy Department

E-mail: agibalov@govrn.ru

Tel.: 8(473) 213-66-99

УДК 34(477)

БОРЬБА С КОРРУПЦИЕЙ В СФЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК – НЕОБХОДИМОЕ УСЛОВИЕ СТАБИЛИЗАЦИИ И РАЗВИТИЯ НАЦИОНАЛЬНОЙ ЭКОНОМИКИ УКРАИНЫ

В.В. Дараган

Днепропетровский государственный университет внутренних дел

Поступила в редакцию 15 сентября 2015 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы влияния мероприятий по борьбе с коррупцией в сфере государственных закупок на национальную экономику Украины. Выделены наиболее приемлемые меры, направленные на стабилизацию и развитие экономики Украины. Предложены мероприятия, которые необходимо внедрить в Украине с целью повышения уровня законности в указанной сфере.

Ключевые слова: государственные закупки, коррупция, экономика, организационно-правовые меры, государственные средства, законодательство.

Abstract: discusses the impact of measures to combat corruption in public procurement on the national economy of Ukraine. We select the most suitable measures for stabilization and development of the Ukrainian economy. The measures that must be implemented in Ukraine in order to improve the rule of law in this area.

Key words: public procurement, corruption, economics, organizational and legal measures, public funds legislation.

Государственные закупки как средство государственного регулирования экономики обеспечивают развитие и функционирование всех сфер экономики страны. С помощью государственных закупок государство удовлетворяет свои нужды в тех или иных товарах, работах или услугах, обеспечивает и финансирует бюджетные и внебюджетные государственные учреждения.

В последнее время сфера государственных закупок в Украине переживает сложные времена, что имеет очень негативные последствия для развития экономики страны в целом. Состояние сферы государственных закупок в Украине вызывает беспокойство не только у представителей правоохранительных органов, бизнес-организаций и украинской общест-
венности, но и представителей международных организаций и фондов, причем свое беспокойство эти организации высказывают через ощути-
мые для экономики Украины финансовые санкции.

Так, в конце 2011 г. Европейской союз официально сообщил о приостановлении безвозмездной бюджетной помощи органам государственной власти в связи с внесением Верховным Советом Украины изменений в процедуру государственных закупок. Беспокойство было вызвано в связи с решением не проводить конкурсные торги при закупке энергетических товаров, а также услуг по водоснабжению и водоотводу. Был также

заморожен транш на 31 млн евро. При этом в Брюсселе отметили, что на этом санкции относительно Киева не завершатся¹.

В настоящее время в Украине происходят процессы, направленные на восстановление украинской экономики. Как отмечается в экономическом обзоре, проведенном Всемирным банком для Украины, украинская экономика не растет уже в течение двух лет. Стабилизация макроэкономической ситуации должна сопровождаться внедрением структурных реформ для восстановления экономического роста².

Более подробно предложения по реформам, предложенным Всемирным банком для Украины, были освещены в специальной записке «Дорожная карта для срочных макроэкономических и структурных реформ»³. Согласно указанному документу, первоочередной мерой должны стать макроэкономическая стабилизация и восстановление нормального функционирования банковской системы, для чего необходимо провести структурные преобразования. Не менее важны также мероприятия, направленные на повышение качества и прозрачности управления, поскольку кроме всех прочих причин, эти меры помогут повысить эффективность расходов бюджета, уменьшить потери от коррупции и повысить качество государственных услуг.

Быстрое проведение реформ пошлет правильные сигналы обществу и потенциальным инвесторам о том, что правительство серьезно относится к борьбе с коррупцией. Это предоставит ему поддержку в осуществлении таких важных реформ, как реструктуризация газового сектора, изменение системы государственных закупок и дерегуляция. Указанные меры уменьшат фискальные и квазифискальные дефициты, увеличат доходы бюджета и помогут частному сектору начать экономический рост.

Анализ специальной и юридической литературы свидетельствует о единичных попытках изучения вопроса противодействия коррупции во время проведения государственных закупок как одного из механизмов обеспечения экономической безопасности сферы государственных закупок.

В частности, к изучению проблем борьбы с коррупционными проявлениями в сфере государственных закупок в Украине обращались такие ученые, как Л. М. Белкин, В. И. Василичук, К. Ю. Водоласкова, М. Ю. Довгань, В. М. Емельянов, В. В. Ефимов, В. В. Коряк, Р. Р. Кузьмин, С. В. Нагачевский, Л. П. Скалозуб, В. Р. Сливенко, Д. А. Степанюк, Т. А. Часова, А. В. Черней и др.

Несмотря на значительное число публикаций, связанных с изучением проблем борьбы с коррупционными проявлениями в сфере государ-

¹ Госзакупки дорого обходятся. URL: <http://www.kommersant.ua/doc.html?docId=1590491> (дата обращения: 05.05.2015).

² Україна: економічний огляд. URL: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/ukraine/ua-macro-april-2014-uk.pdf> (дата обращения: 05.05.2015).

³ Дорожня карта для термінових макроекономічних та структурних реформ. URL: <http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/ukraine/ua-focus-april-2014-uk.pdf> (дата обращения: 05.05.2015).

ственных закупок, вопросы влияния такой деятельности на национальную экономику Украины не изучались.

В настоящей статье попытаемся осветить вопросы влияния мероприятий, направленных на борьбу с коррупцией в сфере государственных закупок на национальную экономику Украины, а также выделение наиболее перспективных мер борьбы с коррупцией в сфере государственных закупок.

Для достижения цели были поставлены следующие задачи:

– исходя из затрат на осуществление государственных закупок определить объем ущерба, наносимого национальной экономике Украины в результате коррупционных действий в сфере государственных закупок;

– проанализировать организационно-правовые меры предупреждения коррупции в сфере государственных закупок с целью выделения наиболее приемлемых мер, направленных на стабилизацию и развитие экономики Украины;

– проанализировать нормативно-правовое обеспечение законности во время проведения государственных закупок в странах ближнего зарубежья с целью выделения мер, которые необходимо внедрить в Украине для повышения уровня законности в указанной сфере.

Борьба с коррупцией в сфере государственных закупок в настоящее время является актуальной, поскольку объемы утраченных в результате незаконных действий государственных средств колоссальные. По заявлению на пресс-конференции в 2009 г. главы Счетной палаты Украины Валентина Симоненко: «При объемах закупок на текущий год в размере 200 млрд грн. сегодня, из-за отсутствия конкурентоспособной системы, прозрачной системы, мы теряем порядка 35–40 млрд грн.». Глава Счетной палаты также заметил, что до 20 % всех заключенных соглашений из госзакупок – это элементарные «откаты»⁴, причем ситуация со временем не меняется. Так, в 2014 г. премьер-министр Украины А. Яценюк заявил: «Страна хорошо знает, что происходит в сфере государственных закупок. Общий объем средств, который проходит через государственные закупки, составляет 300 миллиардов гривен. Львиная доля этих средств, которые идут на закупку лекарств, товарно-материальных ценностей, нефтепродуктов, закупаемых через систему НАК «Нафтогаз Украины», «Укртранснафта» и другие государственные компании, оседает в частных карманах. По экспертным исследованиям, около 40 процентов денег, которые идут по системе государственных закупок, остаются в коррумпированных карманах тех людей, которые осуществляют эти закупки»⁵. Данная ситуация, несомненно, оказывает негативное влияние на экономику страны в целом, препятствуя ее развитию.

⁴ Через відкати на держзакупівлях бюджет втратить 35–40 млрд грн. URL: <http://news.finance.ua/ua/~1/0/all/2009/09/14/171106> (дата обращения: 05.05.2015).

⁵ У четвер, 10 квітня 2014 року, відбулися пленарні засідання Верховної Ради України сьомого скликання. URL: http://portal.rada.gov.ua/news/Novyny/Plenarni_zasidannya/91335.html (дата обращения: 05.05.2015).

При этом Украина не является исключением: такие же проблемы возникают и в других странах. Так, в Российской Федерации убытки от общего объема госзакупок на федеральном, региональном и муниципальном уровнях, по оценкам экспертов, составляют свыше 300 млрд рублей (около 10 млрд долларов США) в год⁶. В Казахстане убытки от коррупционных преступлений в сфере государственных закупок за период 2008–2012 гг. составили более 7 млрд тенге⁷.

Такое состояние дел ставит перед всеми странами мира общую задачу – преодоление коррупционных проявлений во время проведения государственных закупок. Поэтому одной из первых задач, направленных на восстановление и стабилизацию экономики Украины, является преодоление коррупции в сфере государственных закупок.

Несмотря на такое состояние дел, мировое сообщество еще не выработало эффективного механизма противодействия коррупционным преступлениям и правонарушениям в этой сфере.

Эффективность осуществления государственных закупок всегда находится в центре внимания политиков и общества. Такое внимание связано с двуединой ролью феномена государственных закупок: с одной стороны, за счет государственных закупок государство осуществляет (по крайней мере, должно осуществлять) социальную функцию – обеспечение потребностей общества за счет публичных ресурсов, а с другой – эта деятельность становится источником и соблазном государственной бюрократии обращения части указанных ресурсов в свою пользу⁸.

Из-за коррупционных схем в сфере государственных закупок, согласно исследованиям экспертов, экономика Украины теряет от 20 до 40 % денежных средств, выделенных на их осуществление. Исходя из затрат на осуществление государственных закупок сумма ущерба национальной экономике от коррупции в указанной сфере за период с 1 января 2009 г. по 31 декабря 2013 г. составила от 243,1 до 486,3 млрд грн. (общий объем государственных закупок за: 2009 г. – 105,3 млрд грн.; 2010 г. – 172,1; 2011 г. – 325,1; 2012 г. – 428; 2013 г. – 185,4 млрд грн.)⁹. Указанная сумма ущерба равна годовому бюджету страны, что негативно влияет

2016. № 1

⁶ Легализация (отмывание) доходов, полученных в результате хищения бюджетных средств и злоупотребления должностными полномочиями руководителями организаций с государственной долей участия. URL: http://eurasiangroup.org/ru/restricted/embazzelment_rus.doc (дата обращения: 05.05.2015).

⁷ Количество коррупционных преступлений в сфере госзакупок в Казахстане с каждым годом только растет. URL: <http://www.inform.kz/rus/article/2547107> (дата обращения: 05.05.2015).

⁸ См.: Белкин Л.М. Актуальні проблеми удосконалення законодавства України про державні закупівлі в контексті зниження корупційної складової при їх здійсненні // Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика). 2012. № 1.С. 81.

⁹ Проведення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти в Україні. URL: http://ukrstat.org/uk/operativ/operativ2014/fin/zakup/zakup_u/zak314_u.htm (дата обращения: 05.05.2015).

не только на экономику страны, но и на экономическую и национальную безопасность в целом.

В связи с наличием коррупционной составляющей сферы государственных закупок возникает острая необходимость определения основных мер предупреждения коррупции в указанной сфере. С целью более эффективного их применения и внедрения, по нашему мнению, такие меры необходимо классифицировать по определенным направлениям, каждый из которых выполняет отдельную функцию для достижения общей цели – предотвращения коррупции в сфере государственных закупок в Украине¹⁰:

1. Адаптационный – приведение организации проведения государственных закупок в Украине в соответствие с рекомендациями и стандартами стран – членов Европейского союза.

2. Обеспечение прозрачности и гласности – обеспечение принципа открытости и прозрачности на всех стадиях закупок; разработка и внедрение системы общественного контроля за осуществлением государственных закупок; обеспечение обнародования информации о закупке.

3. Карательный – создание системы эффективного противодействия коррупции, при которой совершение противоправных деяний в сфере государственных закупок влечет неизбежную ответственность лиц, виновных в их совершении; закрепление в Уголовном кодексе Украины нормы, предусматривающей ответственность лиц, входящих в состав комитета по конкурсным торгам, за нарушение законодательства в сфере государственных закупок.

4. Организационно-управленческий – уменьшение коррупционных рисков во время проведения переговорной процедуры закупки (у одного участника); увеличение числа «конкурентных» процедур (открытые торги, двухступенчатые торги, электронный реверсивный аукцион и др.); предоставить право общественным активистам в рамках осуществления общественного контроля вести фото-, аудио- и видеосъемку во время раскрытия предложений конкурсных торгов; разработать для контролирующих органов контрольный список признаков, которые указывают на возможность возникновения сговора между участником торгов и их заказчиком; привлекать при осуществлении законотворческих процессов специалистов из других стран с целью предоставления правительству предложений относительно прозрачного реформирования сферы государственных закупок; обеспечить прохождение обучения по вопросам организации и осуществления закупок всеми членами комитета по конкурсным торгам.

5. Правовой – внедрять нормативно-правовые акты, которые будут детально определять практические аспекты осуществления государ-

¹⁰ См.: Дараган В.В. Щодо заходів запобігання корупції у сфері державних закупівель // Кримінально-правові та кримінологічні засади протидії корупції : Збірник матеріалів Міжнародної науково-практичної конференції [17 квітня 2014 року, м. Харків] / МВС України ; Харківський нац. ун-т внутр. справ ; Наук.-дослід. ін-т вивч. пробл. злочинності ім. акад. В.В. Сташиса НАПрН України ; Кримінологічна асоціація України. Харків, 2014. С. 119–122.

ственных закупок, почти не оставляя заказчикам пространства для маневрирования; закрепить на законодательном уровне нормирование государственных нужд (касается закупки предметов роскоши); утвердить межведомственный план мероприятий по противодействию преступлениям и другим правонарушениям в сфере государственных закупок; закрепить на законодательном уровне механизм, который позволит минимизировать коррупционные риски во время проведения переговорной процедуры закупки (закупки у одного участника).

6. Превентивный – внедрение системы мер по недопущению в состав комитета по конкурсным торгам лиц, которые были привлечены согласно закону к ответственности за совершение в сфере государственных закупок коррупционного правонарушения или осуждены за преступление, связанное с нарушением процедуры закупки, другое преступление, совершенное из корыстных побуждений, судимость с которого не снята или не погашена в установленном законом порядке; закрепление на законодательном уровне необходимости прохождения обучения по вопросам организации и осуществления закупок всеми членами комитета по конкурсным торгам.

7. Социально-экономический – создание системы эффективного противодействия коррупции, при которой совершение противоправных деяний в сфере государственных закупок влечет неизбежную ответственность лиц, виновных в их совершении; обеспечение справедливой и адекватной оплаты труда членов комитетов конкурсных торгов и лиц, осуществляющих прием закупаемых товаров (работ, услуг); внедрение системы мер защиты трудовых интересов членов комитетов конкурсных торгов и лиц, осуществляющих прием закупаемых товаров (работ, услуг) в случае оказания давления на них со стороны руководства.

Предложенная система мероприятий, направленных на предупреждение коррупции в сфере государственных закупок в Украине не претендует на совершенство и может видоизменяться исходя из конкретных общественных или экономических потребностей на определенных этапах социально-экономического развития государства.

Наиболее приемлемыми и эффективными мерами, направленными на стабилизацию и развитие экономики Украины, по нашему мнению, являются: закрепление в Уголовном кодексе Украины нормы, предусматривающей ответственность лиц, входящих в состав комитета по конкурсным торгам, за нарушение законодательства об осуществлении государственных закупок; разработка и внедрение системы общественного контроля за осуществлением государственных закупок; закрепление на законодательном уровне механизма, который позволит минимизировать коррупционные риски во время проведения переговорной процедуры закупки (закупки у одного участника).

Рассмотрим детально каждую из указанных мер и их возможное влияние на уровень коррупции в сфере государственных закупок.

Первой предлагаемой нами мерой является закрепление в Уголовном кодексе Украины нормы, предусматривающей ответственность лиц,

входящих в состав комитета по конкурсным торгам, за нарушение законодательства в сфере государственных закупок.

В Украине, как и в большинстве стран, ответственность за коррупционные правонарушения предусмотрена лишь административными нормами, при этом отсутствуют непосредственные нормы, которые предусматривали бы уголовную ответственность за нарушения законодательства в сфере государственных закупок. Однако в некоторых странах происходят определенные сдвиги в направлении внедрения соответствующих норм в уголовное законодательство.

Так, в Уголовном кодексе Грузии внедрена ст. 195.1 «Нарушение правил участия в государственных закупках», соответствующая норма присутствует также в Уголовном кодексе Кыргызской Республики, а именно ст. 306 «Составление контракта, осуществление государственной закупки наперекор интересам Кыргызской Республики»¹¹. В Российской Федерации о необходимости уголовной ответственности за неоднократные нарушения во время осуществления государственных закупок заявлял руководитель Федеральной антимонопольной службы¹².

Не совсем понятной в этом вопросе является позиция Казахстана, ведь прямая норма, которая предусматривала ответственность за нарушения порядка проведения публичных торгов, аукционов и конкурсов, была предусмотрена ст. 197 Уголовного кодекса Республики Казахстан, однако указанная статья в 2011 г. была исключена из кодекса в связи с ее несовершенством и крайне редким применением¹³. Указанные изменения, по нашему мнению, не совпадают с официальной статистикой относительно уровня выявления преступлений в сфере государственных закупок. Как заявил официальный представитель Агентства Республики Казахстан по борьбе с экономической и коррупционной преступностью (финансовая полиция) Мурат Жуманбай, количество таких преступлений растет из года в год, по его словам, 78 % из всех выявленных в 2012 г. коррупционных преступлений составляют преступления, которые выявлены в сфере государственных закупок¹⁴.

Таким образом, разработка и введение уголовной ответственности за нарушение законодательства об осуществлении государственных закупок является закономерным, социально обусловленным и своевременным шагом.

¹¹ Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 1 октября 1997 г. № 68. URL: http://kenesh.kg/RU/Articles/7307-UGOLOVNYJ_KODEKS_KYRGYZSKOJ_RESPUBLIKI_v_red_ZKR_10_ot_1032012g.aspx (дата обращения: 05.05.2015).

¹² Уголовный кодекс дополняют статьями за нарушение законодательства о госзаказе. URL: <http://www.pro-goszakaz.ru/forum/forum81/topic274/> (дата обращения: 05.05.2015).

¹³ См.: *Куатова А.С.* Проблемы квалификации преступлений в сфере государственных закупок в Республике Казахстан. URL: <http://ores.su/index.php/3152013/372-2013-03-20-15-45-32> (дата обращения: 05.05.2015).

¹⁴ Количество коррупционных преступлений в сфере госзакупок в Казахстане с каждым годом только растет. URL: <http://www.inform.kz/rus/article/2547107> (дата обращения: 05.05.2015).

По нашему мнению, в целях усиления ответственности членов комитета конкурсных торгов за умышленные нарушения законодательства в сфере государственных закупок Уголовный кодекс Украины необходимо дополнить ст. 210.1 «Нарушение лицами, входящими в состав комитета по конкурсным торгам, законодательства об осуществлении государственных закупок»¹⁵.

Безусловно, введение уголовной ответственности за нарушение законодательства в сфере государственных закупок полностью не изменит ситуацию, которая сложилась в настоящее время в сфере государственных закупок, однако такое введение в ощутимой мере повлияет на снижение уровня коррупции в указанной сфере, что в свою очередь повысит ее экономическую безопасность.

Второй предлагаемой нами мерой является разработка и внедрение системы общественного контроля за осуществлением государственных закупок.

Разработка и внедрение организационно-правовых основ участия общественности в профилактике коррупции в сфере государственных закупок приобретают особое значение. Это обусловлено рядом факторов:

– Конституция Украины гарантирует гражданам Украины право на информацию и их участие в управлении государственными делами, обеспечение открытости формирования и реализации стабильной, понятной экономической и социальной политики, получение достоверной информации о деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления;

– сфера государственных закупок является одной из наиболее подверженных коррупции, побороть которую без участия общественности крайне сложно;

– без поддержки общественных организаций государство не способно обеспечить качественный контроль за проведением государственных закупок, поскольку данная деятельность связана с привлечением значительного числа разного рода специалистов.

Мы поддерживаем мнение Ю.А. Ковальчук, что основой для разработки такого механизма могло бы стать принятие закона Украины «Об общественном (гражданском) контроле», который позволил бы создать не только юридические, но и фактические предпосылки для активизации и объединения общественных усилий в борьбе с коррупцией в сфере государственных закупок в Украине. Разработка и внедрение налаженного механизма осуществления общественного контроля в сфере государственных закупок позволит¹⁶:

¹⁵ См.: Дараган В.В. Про необхідність введення кримінальної відповідальності за порушення законодавства про здійснення державних закупівель // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. 2014. № 4. С. 89.

¹⁶ См.: Ковальчук Ю.А. К вопросу о перспективах взаимодействия общественных организаций и органов государственной власти в борьбе с коррупцией в сфере государственных закупок в Украине // Деятельность органов государственной власти по противодействию организованной преступности и коррупции : мате-

- снизить уровень коррупции в сфере государственных закупок;
- значительно снизить затраты государственных средств на приобретение товаров, работ и услуг;
- значительно увеличить число общественных организаций, деятельность которых будет направлена на осуществление контроля в сфере государственных закупок, что в свою очередь, несомненно, повлияет на объем обработанной информации, связанной с проведением государственных закупок;
- получить постоянно действующий бесплатный источник информации о нарушениях, связанных с осуществлением государственных закупок;
- привлекать общественные организации к разработке и реализации планов и программ, направленных на борьбу с коррупцией в сфере государственных закупок;
- активизировать интерес правоохранительных органов к борьбе с коррупцией в сфере государственных закупок.

Третьей предлагаемой нами мерой является закрепление на законодательном уровне механизма, который позволит минимизировать коррупционные риски во время проведения переговорной процедуры закупки (закупки у одного участника).

В целом анализ ст. 39 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок»¹⁷ указывает на то, что законодатель не в полной мере учел недостатки предыдущего закона. По нашему мнению, положения указанной нормы требуют изменений с целью предотвращения возможных коррупционных рисков.

Во-первых, исходя из положений п. 2 ч. 2 ст. 39, который регулирует условия применения переговорной процедуры закупки, непонятно, как принимается решение о проведении переговоров с конкретным участником (участниками) в случае отсутствия конкуренции (в том числе по техническим причинам) на соответствующем рынке (при отсутствии альтернативы).

Во избежание злоупотреблений положениями указанной нормы, по нашему мнению, указанный пункт закона необходимо изложить в следующей редакции: «Отсутствие конкуренции (в том числе по техническим причинам) на соответствующем рынке, вследствие чего договор о закупке может быть заключен только с одним поставщиком, при отсутствии при этом альтернативы. *Применение переговорной процедуры закупки в этих случаях осуществляется на основании соответствующей справки Антимонопольного комитета Украины или соответствующего его территориального отделения*» (курсив наш. – В. Д.).

Во-вторых, с целью обоснования решения о применении такой процедуры участником делается ссылка на документы, подтверждающие

риалы VI Междунар. науч.-практ. интернет-конф. (Екатеринбург, 26 марта – 3 апреля 2014 г.) / отв. ред. Ю. А. Воронин, С. И. Вейберг. Екатеринбург, 2014. С. 70.

¹⁷ Про здійснення державних закупівель: Закон України від 10.04.2014 № 1197-VII // Відомості Верховної Ради України. 2014. № 24. Ст. 883.

наличие условий применения процедуры закупки, размытость нормы в данном случае может привести к абсурдным случаям, которые уже встречались во время обоснования процедуры закупки у одного участника, что также может быть использовано злоумышленниками. Прежде всего, указанное касается закупки в случае насущной необходимости в ее осуществлении в связи с возникновением особых экономических или социальных обстоятельств, которые делают невозможным соблюдение заказчиками сроков для проведения процедур конкурсных торгов. Насущной необходимостью, например, может быть подготовка к празднованию профессионального праздника и др.

Поэтому во избежание коррупционной составляющей рассматриваемой нормы, а также учитывая специфику субъектов, определенных в п. 3 ч. 2 ст. 39, и то, что координацию и контроль за деятельностью органов исполнительной власти в сфере национальной безопасности и обороны в мирное время осуществляет Совет национальной безопасности и обороны Украины в соответствии с возложенными на нее функциями (п. 2 ч. 1 ст. 3 Закона Украины «О Совете национальной безопасности и обороны Украины»)¹⁸, предлагаем указанный пункт изложить в следующей редакции: «Насущной необходимости в осуществлении закупки в связи с возникновением особых экономических или социальных обстоятельств, которые делают невозможным соблюдение заказчиками сроков для проведения процедур конкурсных торгов, а именно связанных с немедленной ликвидацией последствий чрезвычайных ситуаций техногенного и природного характера, с особым периодом, если заказчиком выступает Министерство обороны Украины, Министерство внутренних дел Украины, Служба безопасности Украины, Национальная гвардия Украины, Государственная пограничная служба Украины, Служба внешней разведки Украины, Государственная служба специальной связи и защиты информации Украины, Государственная служба Украины по чрезвычайным ситуациям, а также предоставлением в установленном порядке Украиной гуманитарной помощи другим государствам. Применение переговорной процедуры закупки в таких случаях осуществляется по решению *Совета национальной безопасности и обороны Украины, кроме случая предоставления Украиной гуманитарной помощи другим государствам*» (курсив наш. – В. Д.).

Предложенные нами изменения в Закон Украины «Об осуществлении государственных закупок», по нашему мнению, позволят минимизировать коррупционные риски во время проведения переговорной процедуры закупки (у одного участника).

Проведенный анализ нормативно-правового обеспечения законности во время проведения государственных закупок в странах ближнего зарубежья позволил выделить следующие меры, влияющие на снижение уровня коррупции в рассматриваемой сфере, которые необходимо вне-

¹⁸ Про Раду національної безпеки і оборони України: Закон України від 05.03.1998 № 183/98-ВР // Відомості Верховної Ради України. 1998. № 35. Ст. 237.

дрить в правовую систему Украины с целью стабилизации национальной экономики¹⁹:

– разрабатывать и внедрять нормативно-правовые акты, которые будут детально определять практические аспекты осуществления государственных закупок, почти не оставляя заказчикам пространства для маневрирования (опыт Румынии);

– увеличить перечень информации, которую согласно ст. 10 Закона Украины «Об осуществлении государственных закупок» должен опубликовать заказчик на веб-портале Уполномоченного органа (опыт Румынии);

– привлечение во время осуществления законотворческих процессов специалистов из других стран мира с целью предоставления правительству предложений относительно прозрачного реформирования сферы государственных закупок (опыт Чешской Республики);

– создание благоприятных условий для бизнес-среды, с целью побуждения последних к предоставлению в открытом виде ключевой информации о договорах государственных закупок, которые ими выполняются (опыт Чешской Республики);

– внедрение реестра недобросовестных участников государственных закупок (опыт Республики Казахстан);

– закрепить на законодательном уровне нормирование государственных нужд (касается закупки предметов роскоши) (опыт Российской Федерации);

– утвердить межведомственный план совместных действий Генеральной прокуратуры Украины, Министерства внутренних дел Украины, Службы безопасности Украины, Государственной финансовой инспекции Украины, Министерства доходов и сборов Украины и Антимонопольного комитета Украины по противодействию преступлениям и иным правонарушениям в сфере государственных закупок (опыт Российской Федерации);

– дополнить Уголовный кодекс Украины нормой, предусматривающей уголовную ответственность за нарушение законодательства в сфере государственных закупок (опыт Грузии и Кыргызской Республики).

Таким образом, можно сделать следующие выводы:

– предприниматель и представители заказчиков в большинстве случаев к стоимости предмета закупки, еще до проведения процедуры закупки, добавляют от 20 до 40 % «откатов», что в дальнейшем влияет на их себестоимость и, в свою очередь, не только на финансовое состояние государственных структур и предприятий, но и на функционирование национальной экономики в целом;

– наиболее перспективными направлениями предупреждения коррупции в сфере государственных закупок как в Украине, так и в неко-

¹⁹ См.: Дараган В.В. Организационно-правовые меры обеспечения законности в сфере государственных закупок в Украине // Юридическая наука и практика : Вестник Нижегородской Академии МВД России. 2014. № 4 (28).С. 117.

торых странах являются: усовершенствование нормативно-правового регулирования процедур осуществления государственной закупки; организационно-правовое обеспечение общественного и государственного контроля в сфере государственных закупок; ужесточение мер ответственности за нарушения, связанные с проведением государственных закупок;

– выработка эффективного механизма борьбы с коррупцией в сфере государственных закупок не только является перспективным направлением стабилизации экономики Украины, но и даст реальные предпосылки для ее развития.

Днепропетровский государственный университет внутренних дел

Дараган В. В., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры оперативно-розыскной деятельности и специальной техники

E-mail: velcom2007@mail.ru

Tel.: 380957957595

Dnepropetrovsk State University of Internal Affairs

Daragan V.V., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of the Operational and Investigation Activity and Special Technique Department

E-mail: velcom2007@mail.ru

Tel.: 380957957595

УДК 341.213.4+340.131.5

**ИНТЕРПРЕТАЦИЯ ПРИНЦИПА РАВНОПРАВИЯ
СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
В ПРАКТИКЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА**

А. Н. Нифанов

*Белгородский государственный национальный
исследовательский университет*

Е. Е. Новопавловская

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Поступила в редакцию 13 января 2016 г.

Аннотация: *статья посвящена исследованию дискуссионного вопроса о характере (симметричном либо асимметричном) Российского государства с точки зрения конституционно-правового статуса его субъектов. Проведенный мониторинг решений Конституционного Суда Российской Федерации и сформулированных в них правовых позиций позволил рассмотреть отдельные аспекты регламентации принципа равноправия субъектов Российской Федерации и выявить проблемы, связанные с его реализацией на современном этапе государственного строительства.*

Ключевые слова: *симметричные федерации, асимметричные федерации, государственный суверенитет, разностатусность, конституционное судопроизводство, Конституционный Суд Российской Федерации.*

Abstract: *the article investigates the discussion of the question of the nature of the (symmetric or asymmetric) of the Russian state from the standpoint of constitutional and legal status of its subjects. The monitoring of the Constitutional Court of the Russian Federation and forth in their legal positions, allowed to consider certain aspects of the regulation of the principle of equality of subjects of the Russian Federation and to identify problems related to its implementation at the present stage of state building.*

Key words: *symmetrical federation asymmetrical federation, sovereignty, different statuses, constitutional proceedings, the Constitutional Court of the Russian Federation.*

Одной из основ конституционного строя Российской Федерации в Конституции РФ (ч. 1 ст. 1)¹ названо федеративное устройство, являющееся системообразующим институтом отрасли конституционного права современной России. Федеративное государство представляет собой некий союз, заключенный между ранее самостоятельными государствами (государственно-подобными образованиями), именуемыми субъектами Федерации. Базируется подобный союз на определенных принципах, в том числе принципе юридического равноправия территориальных образований, который распространяет свое действие на различные виды территорий в государстве. Поскольку говорить о равноправии следует только относительно однородных процедур и территорий, то уместно рассма-

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

тривать в качестве самостоятельных групп юридическое равноправие: 1) субъектов Российской Федерации; 2) муниципальных образований; 3) отдельных агрегированных территорий (в частности, федеральных округов). Формат проводимого исследования не позволяет охарактеризовать все аспекты принципа юридического равноправия различных территориальных образований, поэтому научный интерес в рамках данной статьи представляет исследование принципа равноправия субъектов РФ, причем не столько его регламентация на федеральном и региональном уровне, сколько проблемы его практической реализации, решение которых, как показывает конституционная практика, достигается различными способами, в том числе посредством нормоконтрольных механизмов.

Виды и наименования субъектов РФ зафиксированы на конституционном уровне (ч. 1 ст. 5, ч. 1 ст. 65 Конституции РФ). Определен и их конституционно-правовой статус, предполагающий наличие территории, населения, собственного законодательства, предметов ведения и полномочий, органов государственной власти, символики и др. Однако, несмотря на то что набор системообразующих элементов их статуса за некоторыми исключениями един, признать однородность субъектов РФ мы все-таки не можем, поскольку налицо их отличие друг от друга в зависимости от различных критериев. Эти различия наблюдаются в рамках сразу нескольких элементов и нередко являются весьма значительными, что и создает дискуссионность вопроса о видовой принадлежности Федерации России с точки зрения конституционно-правового статуса ее субъектов.

В современной науке конституционного права сформировалось несколько диаметрально противоположных концепций относительно обозначенного коллизийного вопроса. Суть первого подхода, всецело согласующегося с содержанием ст. 5 Конституции РФ, закрепляющей и последовательно проводящей принцип равноправия субъектов РФ, состоит в отстаивании мнения о симметричном характере нашего государства. Субъекты такой Федерации равноправны по своей природе как относительно друг друга, так и во взаимоотношениях с федеральными структурами, на что обращают внимание многие конституционалисты².

Об этом неоднократно шла речь при рассмотрении Конституционным Судом Российской Федерации (далее – КС РФ) дел и в порядке конституционного нормоконтроля, и в процессе осуществления толкования Конституции РФ. В частности, еще в 1996 г. КС РФ, подчеркивая факт равноправия субъектов Федерации, пояснил, что оно выражается не только в наделении их собственными полномочиями, что напрямую следует из содержания ст. 73 Конституции РФ, но и равноправии во взаимоотношениях с федеральными органами власти.

По справедливому мнению КС РФ, обеспечение данного принципа предполагает: 1) единообразный конституционный подход регламентации вопроса о разграничении предметов ведения и полномочий между

² См., например: *Авакьян С. А.* Конституционное право России : учебный курс : учеб. пособие : в 2 т. М., 2010. Т. 2. С. 99–100 ; *Конституционное право : учебник / отв. ред. В. И. Фадеев. М., 2014. С. 105.*

Федерацией и ее субъектами; 2) наличие единых законодательных правил регулирования взаимоотношений федеральных органов государственной власти и органов государственной власти субъектов Федерации (постановление КС РФ от 15 июля 1996 г. № 16-П³).

В 1997 г. КС РФ назвал принцип равноправия «доминирующим» в статусе субъектов РФ (постановление КС РФ от 14 июля 1997 г. № 12-П⁴).

В 2006 г. КС РФ расширил трактовку содержания принципа равноправия субъектов РФ, указав, что он означает: 1) установление на федеральном уровне единых правил регулирования взаимоотношений между федеральными органами государственной власти и всеми субъектами Федерации; 2) признание равного финансово-правового статуса всех субъектов РФ. В основе этого статуса – финансово-бюджетная самостоятельность субъектов Федерации (определение КС РФ от 13 июня 2006 г. № 194-О⁵). Как верно замечает А. А. Плющ, конституционно-правовой статус субъекта Федерации предполагает также и равноправие во взаимоотношениях с иными субъектами права (в том числе местным самоуправлением, субъектами международного права, отдельными индивидами и их объединениями), а также наличие определенных гарантий статуса⁶.

При этом авторы, отстаивающие наличие реального принципа равноправия субъектов Федерации, подчеркивают, что равноправие должно распространяться на все сферы общественных отношений⁷. А. С. Морозова отмечает, что равноправие можно рассматривать в рамках равностатусности субъектов Федерации, предусматривающей равенство и прав, и обязанностей, и ответственности⁸. О наличии таких составляющих принципа равноправия субъектов Федерации пишут и другие ученые⁹. Обратим внимание на тот факт, что используемые при характеристике статуса субъектов федерации категории «равенство» и «равноправие» в данном случае вовсе не выступают в качестве синонимов. Как верно заметил М.С. Саликов, равенство субъектов Федерации нередко ассоциируется с их «одинаковостью, идентичностью», тогда как российская Конституция исходит из понятия «равноправие», а не понятия «равенство» субъектов Федерации¹⁰.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 29. Ст. 3543.

⁴ Там же. 1997. № 29. Ст. 3581.

⁵ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2006. № 5.

⁶ См.: Плющ А. А. Конституционно-правовой статус области как субъекта Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2010. С. 8.

⁷ См.: Российский федерализм. О некоторых итогах федерализации России // Российское правовое государство : итоги формирования и перспективы развития. Воронеж, 2004. Вып. 2. С. 85.

⁸ См.: Морозова А.С. Конституционно-правовая характеристика статуса субъектов Российской Федерации и их взаимоотношений с Российской Федерацией : вопросы теории : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2011. С. 7.

⁹ См.: Нифанов А. Н. Территория : конституционно-правовая феноменология государственного атрибута. Ростов н/Д., 2011. С. 65.

¹⁰ См.: Саликов М.С. О некоторых итогах федерализации России // Российское правовое государство : итоги формирования и перспективы развития. Воронеж, 2004. Вып. 2. С. 85.

В целом ряде решений КС РФ давал оценку конституционности законодательного регулирования принципа равноправия субъектов РФ. Нередко судебный конституционный нормоконтроль осуществлялся в контексте исследования регламентации вопроса о правомочности провозглашения республик в составе Российской Федерации суверенными государствами, характеризующимися наличием государственного суверенитета. Подчеркнем, что правовые позиции КС РФ относительно обозначенных вопросов весьма категоричны:

1) *только государство обладает признаками суверенитета* (постановление КС РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П¹¹). Как верно заметил в этой связи Ю.В. Ким, государственный суверенитет «характеризует качество государства как структурно-функциональной целостности, системного единства»¹²;

2) *государственный суверенитет означает верховенство, независимость, самостоятельность и полноту государственной власти на всей территории государства* (постановление КС РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П¹³);

3) *ни один субъект Федерации государственным суверенитетом не обладает*; зафиксированная на федеральном конституционном уровне конструкция «республика (государство)» не означает наличия у них государственного суверенитета (постановление КС РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П¹⁴);

4) *республики в составе Российской Федерации не вправе провозглашать себя суверенными государствами*, поскольку в противном случае это нарушило бы конституционное равноправие субъектов РФ и свело бы «на нет» возможность его практического осуществления. Поясняя данную правовую позицию, КС РФ также подчеркнул, что субъект РФ, который не обладает суверенитетом, «по своему статусу не может быть равноправным с суверенным государством» (определение КС РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О¹⁵).

Годом позднее КС РФ отметил также факт противоречия федеральной Конституции положений тех республиканских конституций (например, Республики Башкортостан), которые до настоящего момента не исключили из своего содержания нормы о суверенитете республик. При этом неконституционными, по мнению КС РФ, являются и положения республиканского законодательства, фиксирующие оговорку в отношении наличия суверенитета у республики, что он означает обладание государственной властью вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения (определение КС РФ от 6 декабря 2001 г. № 249-О¹⁶);

¹¹ Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2012. № 5.

¹² Ким Ю.В. Федеративная государственность : сущность, генезис, проблемы развития : теоретико-методологические основы : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Тюмень, 2009. С. 9.

¹³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 30. Ст. 4658.

¹⁴ Там же. 2000. № 25. Ст. 2728.

¹⁵ Там же. № 29. Ст. 3117.

¹⁶ Там же. 2002. № 4. Ст. 374.

5) республики не являются самостоятельными участниками международных отношений (постановление КС РФ от 9 июля 2012 г. № 17-П) и др.

Во вторую группу можно объединить мнения тех ученых, которые пишут о наличии отдельных различий в статусе субъектов Федерации. Однако они не касаются функциональной деятельности субъектов Федерации, а затрагивают лишь атрибутивные, формальные стороны¹⁷. И. А. Умнова, не исключая возможности наделения субъектов симметричной федерации дополнительными правами и возложения на них дополнительных обязанностей, подчеркивает необходимость наличия одинаковых условий для их реализации, говоря фактически о создании режима равных правовых возможностей субъектов Федерации¹⁸.

В идеале симметричная федерация представляет собой объединение однопорядковых субъектов (например, в ФРГ – земли). Субъекты же Российской Федерации – разнопорядковые: республики, края, области, города федерального значения, автономные образования (область и округа). Именно этот факт называется в числе доводов отнесения современной России к асимметричной федерации, статус субъектов которой различен¹⁹. Например, суждение подобного рода высказывала Л. Ф. Болтенкова, отмечая, что «неравностатусность субъектов приводит на практике к неравноправию, и наоборот – неравноправие влечет за собой неравностатусность»²⁰. Безусловно, асимметричная федерация выступает наименее удачной моделью, создавая благоприятную почву для возникновения конфликтов в федеративных отношениях.

Сказанное ранее дает основание признать, что с определенной долей условности в самом общем виде неравный конституционно-правовой статус субъектов Федерации можно представить в виде следующей формулы: «неравные права и/или обязанности».

Обосновывая отнесение Российской Федерации к числу асимметричных, Е. А. Соловьева указывает, что различия конституционно-правового статуса субъектов Федерации проявляются в количестве входящих в него элементов. В качестве примера она называет наличие учредительной власти, участие субъектов Федерации в осуществлении государственной власти на федеральном уровне, наличие государственного языка и др. Обратим внимание, что Е. А. Соловьева не ограничивается исследованием особого статуса только республик в составе Российской Федерации, а затрагивает специфические особенности статуса и иных субъектов Федерации,

А. Н. Нифанов, Е. Е. Новопавловская. Интерпретация принципов...

¹⁷ См.: Конституция Российской Федерации : комментарий / под ред. Б. Н. Топорнина, Ю. М. Батурина, Р. Г. Орехова. М., 1994. С. 35–36.

¹⁸ См.: Умнова И. А. Конституционные основы современного российского федерализма : учеб.-практ. пособие. М., 1998. С. 149.

¹⁹ См.: Нарутто С. В., Таева Н. Е., Шугрина Е. С. Конституционное право России : учебник. М., 2013. С. 218 ; Нудненко Л. А. Конституционное право России : учеб. для бакалавров. М., 2012. С. 337.

²⁰ Болтенкова Л. Ф. Российская Федерация и статус ее субъектов // Российская государственность : состояние и перспективы развития. М., 1995. С. 34.

в том числе: 1) автономных округов (в контексте допускаемой законодательством возможности их вхождения в состав иных субъектов Российской Федерации – краев и областей); 2) городов федерального значения (например, в части предоставленного права принять специальный закон²¹, регламентирующий статус г. Москвы как столицы Российской Федерации)²².

Большинство ученых основной акцент делают на особенности конституционно-правового статуса республик в составе Российской Федерации, который предполагает наличие таких элементов, которые не свойственны больше никаким иным субъектам Федерации. Ярчайшим примером тому выступает наличие собственного национального языка, употребляемого в органах государственной власти, органах местного самоуправления, государственных учреждениях республик наряду с государственным языком Российской Федерации (ч. 2 ст. 68 Конституции РФ, ч. 1 ст. 13 Конституции Республики Алтай, ч. 1 ст. 5 Конституции Республики Тыва и др.). При этом в законодательстве ряда республик можно встретить и закрепление принципа равноправия государственных языков – русского и языка соответствующей республики (например, ст. 5 Конституции Республики Адыгея, ч. 1 ст. 8 Конституции Республики Татарстан и др.). Республики должны стремиться не только к возрождению собственных национальных языков, но и к развитию и расширению их области употребления, о чем содержится прямое упоминание в текстах отдельных республиканских конституций (например, ст. 17 Конституции Республики Калмыкия).

Содержание права республики в составе Российской Федерации устанавливать собственный национальный язык раскрывается и в сформулированных КС РФ правовых позициях. Обозначенное право республик включает в себя право: 1) пользования родным языком; 2) свободного выбора языка общения, воспитания, обучения и творчества; 3) участия в культурной жизни и доступа к культурным ценностям и др. (постановление КС РФ от 27 апреля 1998 г. № 12-П²³); 4) изучение языка республик не нарушает конституционного права каждого человека на свободный выбор языка воспитания и обучения, права на образование, права родителей или лиц, их заменяющих, на выбор образовательного учреждения с определенным языком воспитания и обучения, права на получение основного общего образования на родном языке (постановление КС РФ от 16 ноября 2004 г. № 16-П²⁴) и др.²⁵

²¹ О статусе столицы Российской Федерации : закон РФ от 15 апреля 1993 г. № 4802-1 // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 19. Ст. 683.

²² См. подробнее: *Соловьева Е. А.* Конституционно-правовой статус субъектов Российской Федерации : проблема асимметрии : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 7–9.

²³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1998. № 18. Ст. 2063.

²⁴ Там же. 2004. № 47. Ст. 4691.

²⁵ См. подробнее: *Жеребцова Е. Е.* Некоторые аспекты федеративных отношений в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Право и государство : теория и практика. 2010. № 6 (66). С. 15–16.

В контексте оценки конституционности республиканского законодательства несколько по-иному обстоит ситуация с установлением республиками в составе Российской Федерации собственного гражданства. КС РФ обратил внимание законодательных органов республик в составе Российской Федерации на следующие принципиально важные моменты: 1) установление на федеральном уровне принципа единства гражданства Российской Федерации (ст. 6 Конституции РФ); 2) отнесение вопросов гражданства в Российской Федерации к исключительному ведению Российской Федерации (п. «в» ст. 71 Конституции РФ); 3) регулирование вопросов гражданства в Российской Федерации федеральным законом (ст. 76 Конституции РФ) и др. (определение КС РФ от 6 декабря 2001 г. № 250-О²⁶); 4) республиканское гражданство производно от гражданства Российской Федерации; 5) закрепление гражданства на конституционном уровне республики не означает установления в нем принципа двойного гражданства (постановление КС РФ от 30 мая 2003 г. № 9-П) и др.

Существуют весьма резкие высказывания ведущих российских конституционалистов по вопросу о наличии гражданства республик в составе Российской Федерации. Так, В. Н. Витрук в сформулированном особом мнении к постановлению КС РФ от 24 ноября 1995 г. № 14-П²⁷ отметил, что «сохранение и культивирование» республиканского гражданства «может провоцировать распространение деления этого института на другие субъекты Российской Федерации, что не отвечает принципам реальной федерации» и положениям федеральной Конституции.

Особенности статуса республик в составе Российской Федерации, как заметил КС РФ, обусловлены, прежде всего, наличием исторических, национальных и иных критериев их развития и вовсе не означает неравноправия субъектов Федерации (постановление КС РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П²⁸).

К сожалению, объем проводимого нами исследования не позволяет в полной мере охарактеризовать все аспекты принципа равноправия субъектов РФ. Однако позволим сделать следующие выводы:

1) на современном этапе развития науки конституционного права отсутствует единство мнений относительно характера России с точки зрения конституционно-правового статуса ее субъектов;

2) юридическое равноправие субъектов РФ нельзя отождествлять с их фактическим равенством, поскольку юридически все субъекты РФ равноправны, что означает их право:

– принимать основополагающий, учредительный документ – конституцию либо устав;

– формировать собственное законодательство, которое не должно противоречить федеральному;

– определять свое территориальное устройство – в данном случае уместно сделать небольшое пояснение, касающееся используемой тер-

²⁶ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 48. Ст. 4692.

²⁸ Там же. 2000. № 25. Ст. 2728.

минологии. В частности, относительно республик в составе Федерации их внутреннее устройство именуется КС РФ «национально-территориальным» (определение КС РФ от 1 декабря 2005 г. № 365-О²⁹), а иных субъектов РФ – «административно-территориальным» (определения КС РФ от 29 января 2009 г. № 51-О-О³⁰, от 19 октября 2010 г. № 1426-О-О³¹);

– создавать собственные государственные органы, базирующиеся на принципе разделения властей, зафиксированном в ст. 10 Конституции РФ;

– представлять свои интересы в парламенте на федеральном уровне (ч. 2 ст. 96 Конституции РФ);

– участвовать в законотворчестве на федеральном уровне (ч. 1 ст. 104, ст. 134 Конституции РФ);

– обращаться с запросами в КС РФ как по вопросам проверки конституционности, так и толкования Конституции РФ (ч. 2, ч. 5 ст. 125 Конституции РФ) и др.;

3) субъекты РФ отличаются друг от друга по различным критериям, в том числе площади территории, численности и плотности населения, экономическому потенциалу и др.;

4) наличие особенностей статуса отдельных субъектов Федерации (в частности, республик в составе Российской Федерации) не означает нарушения принципа их равноправия.

²⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 5. Ст. 634.

³⁰ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 2. Ст. 504.

Белгородский государственный национальный исследовательский университет

Нифанов А. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права

E-mail: nif@list.ru

Tel.: 8-910-328-08-64

Belgorod State National Research University

Nifanov A. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Constitutional and Municipal Law Department

E-mail: nif@list.ru

Tel.: 8-910-328-08-64

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Новопавловская Е. Е., кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин

E-mail: novopavlovskaya@gmail.com

Tel.: 8-980-520-88-44

Belgorod Law Institute of the Russian Ministry Internal Affairs named after I. D. Putilin

Novopavlovskaya E. E., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the State and Legal Disciplines Department

E-mail: novopavlovskaya@gmail.com

Tel.: 8-980-520-88-44

УДК 342.7

**ИНСТИТУТ УПОЛНОМОЧЕННОГО ПО ПРАВАМ РЕБЕНКА
В РОССИИ И ЕЕ СУБЪЕКТАХ:
ВОПРОСЫ СТАНОВЛЕНИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ**

Е. А. Бондарева, Е. А. Руднева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 августа 2015 г.

Аннотация: *исследуются вопросы становления и развития института Уполномоченного по правам ребенка в России, права и обязанности детского омбудсмена и законодательные акты субъектов Российской Федерации, закрепляющие его статус. Обращается внимание на формы взаимодействия Уполномоченного по правам ребенка с органами публичной власти, правозащитными организациями, а также вносятся предложения по совершенствованию законодательства России о детском омбудсмене и практики его применения.*

Ключевые слова: *защита прав и свобод несовершеннолетних, детский омбудсмен, Уполномоченный по правам ребенка, субъект Российской Федерации.*

Abstract: *explores the issues of formation and development of Institute of the Commissioner for children's rights in Russia, rights and duties of children's Ombudsman and legal acts of subjects of the Russian Federation, consolidating its status. Attention is drawn to the forms of interaction of the Commissioner for children's rights with the public authorities, human rights organizations, as well as suggestions for the improvement of Russian legislation on the Ombudsman for children and its application in practice.*

Key words: *protection of the rights and freedoms of minors, children's Ombudsman, the Commissioner for the rights of the child, the subject of the Russian Federation.*

Одним из приоритетных направлений правовой политики современного Российского государства является утверждение человека как личности и как гражданина, которому от рождения гарантированы фундаментальные права и равные возможности.

Конституционная система защиты прав и свобод человека и гражданина, сложившаяся в России в настоящее время, предполагает необходимость совершенствования государственных правозащитных институтов в субъектах РФ, в том числе Уполномоченного по правам ребенка.

С учреждением института Уполномоченного по правам ребенка в субъектах РФ граждане приобрели дополнительный механизм защиты своих прав – посредника между обществом и государственной властью, несмотря на отсутствие его детального правового регулирования и единой системы функционирования в современной России. Общество получило новые возможности профессиональной государственной защиты своих прав и законных интересов в случаях неправомерных действий или бездействия органов власти, их должностных лиц.

Институт Уполномоченного по правам ребенка является достаточно новым, и пока не сложилось единого мнения о его наименовании: уполномоченный по правам ребенка, комиссар по правам детей, омбудсмен по правам ребенка. Несмотря на это, самая главная функция данного института – осуществление независимого контроля за соблюдением прав ребенка, а его особенность – способность на независимой основе отстаивать права детей¹.

В Российской Федерации ребенком считается лицо, не достигшее возраста 18 лет. Правовой статус несовершеннолетних имеет свои особенности. Объем прав, обязанностей и ответственности детей зависит от возрастной категории, наличия или отсутствия гражданства соответствующего государства, нахождения под опекой или попечительством и других факторов.

Права детей прошли огромный путь, прежде чем их признали и стали защищать. Впервые о признании прав ребенка заговорил Международный союз помощи детям в 1924 г. По инициативе Ангелики Джебб в феврале 1923 г. была принята Декларация прав ребенка². Одним из приоритетных направлений деятельности Организации Объединенных Наций стала обязанность по обеспечению защиты прав детей. В 1946 г. Генеральная Ассамблея создала фонд UNICEF, целью которого было оказание помощи несовершеннолетним. В том же году был открыт филиал ООН UNESCO. Основная цель его деятельности заключалась в стимулировании активности в воспитании и профессиональном обучении. 1979 год был объявлен Международным годом ребенка. В это время начинается работа над проектом Конвенции о правах ребенка³.

Актуальность изучения, сравнения и анализа защиты прав несовершеннолетних в различных странах обусловлена, прежде всего, поиском наиболее эффективного механизма реализации интересов самой уязвимой категории населения – детей. Данное исследование поможет выявить недостатки или подчеркнуть достоинства государственной деятельности в области обеспечения правового статуса ребенка, осуществляемой в России и ее субъектах.

Прежде чем перейти к анализу рассматриваемого института в России, обратимся к истории его возникновения в зарубежных странах.

Защищать права несовершеннолетних в США стали организации по охране животных в начале 1870-х гг. Общество по предотвращению жестокого обращения с животными выступило в защиту восьмилетней Мэри

¹ См.: *Пишкова О. В.* Омбудсмен – защитник прав детей // Юрид. Россия. Федеральный правовой портал. URL: <http://law.edu.ru/org/> (дата обращения: 17.06.2015).

² См.: *Кондратьева Е.* Генезис и эволюция прав ребенка // Юрид. Россия. Федеральный правовой портал. URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp> (дата обращения: 15.06.2015).

³ Конвенция о правах ребенка : принята резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 г. № 44/25 // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 45. Ст. 955.

Уилсон, над которой практически каждый день издевались ее приемные родители, что явилось поводом для обращения в полицию. Вина матери была доказана, а сразу же после этого в 1874 г. было создано Общество по предотвращению жестокого обращения с детьми в Нью-Йорке⁴. Ему и другим подобным организациям было предоставлено право подачи иска о защите прав несовершеннолетних. С 1974 г. создаются специализированные реабилитационные органы для работы с пострадавшими детьми.

В мировой практике институт детского омбудсмана появился сравнительно недавно – 5 марта 1981 г. должность Уполномоченного по правам ребенка была введена в Норвегии. Он с самого начала определяет методы своей деятельности, задачи, вопросы компетенции и средства их разрешения. В Австралии с 1989 г. действует Бюро по делам ребенка, а в Финляндии функции Уполномоченного выполняет специальная неправительственная организация. В 1988 г. в Германии была учреждена Комиссия по правам детей, а в 1989 г. в Новой Зеландии создано Бюро Комиссара по правам детей⁵. Для этих государств примером послужила норвежская модель Уполномоченного по правам ребенка.

В России на уровне государства о статусе несовершеннолетних и защите их прав и интересов впервые заговорили в 1990 г. Именно в этот период СССР становится участником Конвенции о правах ребенка, а Россия – его правопреемницей.

Конституция РФ 1993 г.⁶ в главе 2 закрепляет широкий круг прав и свобод личности. Среди них проще всего назвать те статьи, которые не регулируют сферу прав и интересов несовершеннолетних в силу специфики субъекта этих общественных отношений, а именно: ст. 32 и 59 – положения, закрепляющие право участвовать в управлении делами государства, избирать и быть избранным, а также воинская обязанность. Несовершеннолетние не могут выступать субъектами данных правоотношений, так как они не достигли 18-летнего возраста. Все остальные права и обязанности в той или иной мере несовершеннолетний может осуществлять. Центральное место занимает ст. 38 Основного закона, закрепляющая государственную защиту материнства, детства и семьи.

В ч. 1 ст. 72 определены предметы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов: общие вопросы воспитания, образования, науки, культуры, физической культуры и спорта (п. «е»); защита семьи, материнства, отцовства и детства (п. «ж»); семейное законодательство (п. «к»).

В 1998 г. Министерство труда и социального развития совместно с рядом регионов и при поддержке UNICEF реализовало проект по введению

⁴ Права ребенка по-американски. Защита прав детей. URL: <http://iamik.ru/> (дата обращения: 17.06.2015).

⁵ См.: Кондратьева Е. Уполномоченный по правам человека (опыт Республики Польша). URL: <http://www.urvak.ru/authorsarticles/4820/1> (дата обращения: 17.06.2015).

⁶ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

соответствующей должности в регионах России. В том же году появилось пять уполномоченных, а к 2003 г. их стало 12. В пяти субъектах Уполномоченный действовал на основании специализированного закона. 29 марта 2005 г. было подписано соглашение о взаимном сотрудничестве региональных Уполномоченных по правам ребенка в интересах детей, была создана их Ассоциация⁷. Огромное значение имело принятие Указа Президента РФ от 1 сентября 2009 г. № 986 «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка»⁸.

К сентябрю 2010 г. данный институт действовал уже в 48 регионах, к 2011 г. – в 62, а к 2012 г. – в 83 регионах. В настоящее время рекомендацию об учреждении такой должности приняли все субъекты РФ.

Деятельность Уполномоченных по правам ребенка в регионах регулируется специальными законами, указами глав республик, постановлениями и распоряжениями губернаторов, а также посредством иных правовых документов. Наиболее эффективным, на наш взгляд, является принятие специального комплексного закона об Уполномоченном по правам ребенка в соответствующем субъекте.

Такие законы приняты более чем в 50 субъектах РФ. Так, Закон Новосибирской области № 410-ОЗ «Об Уполномоченном по правам ребенка в Новосибирской области»⁹ определил статус, основные направления деятельности, а также порядок назначения и освобождения от должности детского омбудсмена. Уполномоченный по правам ребенка в данном субъекте РФ назначается на должность большинством голосов от установленного числа депутатов Законодательного собрания Новосибирской области. Для обеспечения деятельности Уполномоченного по правам ребенка в данном субъекте создан его аппарат. Указанный закон является наиболее проработанным, детально закрепляющим статус Уполномоченного по правам ребенка. В большинстве же субъектов РФ данная должность учреждается и функционирует в рамках исполнительного органа или в структуре аппарата Уполномоченного по правам человека.

Опираясь на то, что детский омбудсмен наделен властными полномочиями, следует говорить о необходимости утверждения принципа независимости его деятельности. Если Уполномоченный будет зависим от каких-либо других органов власти субъекта или иных публичных институтов, то он не сможет в полной мере реализовать свои права, что негативно скажется на эффективности защиты прав несовершеннолетних.

Некоторые авторы поддерживают предложение об обязательном существовании такого принципа, отмечая, что независимость – главный принцип функционирования Уполномоченного по правам ребенка,

⁷ См.: Устинович Е. С., Фоломеева Н. В. Политико-правовые основы становления детских омбудсменов в субъектах Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 10. С. 18–21.

⁸ Рос. газета. 2009. 4 сент.

⁹ Об Уполномоченном по правам ребенка в Новосибирской области : закон Новосибирской области от 10 декабря 2013 г. № 410-ОЗ // Советская Сибирь. 2013. 17 дек.

поскольку гарантируется такими нормативными правовыми актами, как Парижские принципы, Декларация и План действий «Мир, пригодный для жизни детей». Наличие именно независимости Уполномоченного будет способствовать полноценной реализации на территории Российской Федерации требований Конвенции ООН о правах ребенка. Независимость Уполномоченного необходимо определять как свободу от влияния и вмешательства со стороны государственных органов и должностных лиц в осуществлении его профессиональных полномочий¹⁰.

Принцип независимости получил закрепление в Законе Пермского края «Об Уполномоченном по правам ребенка в Пермском крае»¹¹. В структуре аппарата Уполномоченного в соответствии с этим законом даже образован отдел по защите прав ребенка численностью не менее пяти государственных гражданских служащих. Законы об Уполномоченном по правам ребенка существуют также в Астраханской, Вологодской, Самарской и других областях и регионах страны.

В Чеченской Республике Уполномоченный по правам ребенка осуществляет свою деятельность в рамках института Уполномоченного по правам человека в Чеченской Республике, который назначает и освобождает от должности детского омбудсмена. Данная должность была введена Конституционным законом Чеченской Республики «Об уполномоченном по правам человека в Чеченской Республике»¹² в целях обеспечения эффективной защиты прав и интересов ребенка в Чеченской Республике. Аналогичным образом закреплены статусы уполномоченных по правам ребенка в Красноярском крае и Ростовской области.

В республиках, входящих в состав Российской Федерации, статус детского омбудсмена закрепляется, как правило, указами глав республик.

В Республике Алтай действует Указ Главы Республики Алтай «Об Уполномоченном по правам ребенка в Республике Алтай»¹³. В данном субъекте РФ детский омбудсмен назначается на должность и освобождается от нее Главой Республики, которому он подчинен непосредственно.

Указом Президента Республики Бурятия «Об Уполномоченном по правам ребенка в Республике Бурятия»¹⁴ данная должность учреждена в структуре Администрации Главы Республики Бурятия и Правительства

¹⁰ См.: *Шамрин М. Ю.* Административно-правовой статус Уполномоченного по правам ребенка : дис. ...канд. юрид. наук. М., 2014. С. 15.

¹¹ Об Уполномоченном по правам ребенка в Пермском крае : закон Пермского края от 28 августа 2013 г. № 231-ПК // Бюллетень законов Пермского края, правовых актов губернатора Пермского края, правительства Пермского края, исполнительных органов государственной власти Пермского края. 2013. № 34.

¹² Об Уполномоченном по правам человека в Чеченской Республике : конституц. закон Чеченской Республики от 8 февраля 2006 г. № 1-РКЗ // Вести республики. 2006. 10 февр.

¹³ Об Уполномоченном по правам ребенка в Республике Алтай : указ Главы Республики Алтай от 23 мая 2011 г. № 106-у // Звезда Алтая. 2011. 3 июня.

¹⁴ Об Уполномоченном по правам ребенка в Республике Бурятия : указ Президента Республики Бурятия от 29 октября 2010 г. № 123 // Бурятия. 2010. 3 нояб.

Республики Бурятия. В данном случае об аппарате Уполномоченного и речи быть не может: правовое, документационное, информационно-аналитическое, финансовое, материально-техническое и иное обеспечение деятельности осуществляется подразделениями Администрации Главы Республики. Аналогичные акты действуют в республиках Ингушетия, Дагестан, Марий Эл, Кабардино-Балкарская, Коми, Северная Осетия, Мордовия и Удмуртия.

Правовой статус Уполномоченного по правам ребенка в областях (субъектах РФ) определяется, как правило, нормативными правовыми актами высшего должностного лица соответствующего субъекта.

Так, 5 февраля 2010 г. губернатором Омской области был издан Указ «Об Уполномоченном при губернаторе Омской области по правам ребенка»¹⁵. Очевидно, что обеспечение деятельности возлагается на аппарат губернатора и правительства соответствующей области. Данный нормативный правовой акт достаточно фрагментарно закрепляет правовое положение Уполномоченного по правам ребенка и в большей степени копирует содержание Указа Президента РФ от 1 сентября 2009 г. № 986 «Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка».

В Сахалинской области материально-техническое и финансовое обеспечение деятельности Уполномоченного по правам ребенка осуществляет департамент управления делами губернатора и правительства Сахалинской области, предусмотрен также институт помощников, осуществляющих работу на общественных началах. Назначается и освобождается от должности Уполномоченный по правам ребенка высшим должностным лицом Сахалинской области – губернатором.

Согласно постановлению губернатора Костромской области «Об утверждении Положения об Уполномоченном по правам ребенка при губернаторе Костромской области»¹⁶ для обеспечения деятельности Уполномоченного по правам ребенка могут назначаться его представители в муниципальных образованиях, определяются права, обязанности и порядок деятельности представителей, которые осуществляют свои полномочия на общественных началах.

Статус Уполномоченного по правам ребенка в Курской области закрепляется постановлением губернатора «Об Уполномоченном по правам ребенка при губернаторе Курской области»¹⁷, который содержит лишь права и порядок назначения и освобождения от должности Уполномо-

¹⁵ Об Уполномоченном при губернаторе Омской области по правам ребенка : указ губернатора Омской области от 5 февраля 2010 г. № 7 // Омская правда. 2010. 12 февр.

¹⁶ Об утверждении Положения об Уполномоченном по правам ребенка при губернаторе Костромской области : постановление губернатора Костромской области от 10 марта 2011 г. № 31 // СП-нормативные документы. 2011. № 11.

¹⁷ Об Уполномоченном по правам ребенка при губернаторе Курской области : постановление губернатора Курской области от 1 июня 2011 г. № 204-пг // Курская правда. 2011. 4 авг.

ченного. В отличие от указанного документа в постановлении губернатора Белгородской области «Об утверждении положения об Уполномоченном по правам ребенка в Белгородской области»¹⁸ получили отражение основные задачи, принципы деятельности, функции, права и гарантии деятельности Уполномоченного по правам ребенка в Белгородской области. Но и в данном субъекте, как и в Амурской и Магаданской областях, детский омбудсмен не имеет собственного аппарата.

Существует ряд субъектов РФ, в которых правовая база, регулирующая рассматриваемый институт, достаточно скромна. Так, в Чукотском автономном округе действует только распоряжение губернатора Чукотского автономного округа от 26 февраля 2010 г. № 22-рг¹⁹, которое закрепляет лишь права детского омбудсмена.

В Воронежской области, например, такая должность, учреждена при губернаторе. Уполномоченный по правам ребенка при губернаторе Воронежской области действует на основании Закона Воронежской области от 3 июня 2013 г. № 87-ОЗ «Об отдельных мерах по защите прав ребенка на территории Воронежской области»²⁰. Непосредственно статусу детского омбудсмена посвящена лишь ст. 6, содержащая перечень его прав, и отмечается, что должность уполномоченного по правам ребенка при губернаторе Воронежской области является должностью государственной гражданской службы Воронежской области, которая учреждается в правительстве Воронежской области.

Согласно информации о работе Уполномоченного по правам ребенка при губернаторе Воронежской области с 1 января по 29 декабря 2014 г. поступило 732 обращения, из них 296 – на личном приеме. Обращения поступают также по почте (138), в электронной форме (184), а также по телефону (114). Чаще всего к Уполномоченному обращаются родители (427), иные граждане (103) и родственники детей (74). Реже всего обращаются сами дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей. В 2014 г. только одно такое обращение было направлено Уполномоченному.

Наиболее подверженными нарушениям прав несовершеннолетних являются сферы проживания с родителями, воспитания и заботы с их стороны, права на общение с родителями и другими родственниками; защиты прав детей в образовательных учреждениях, а также сфера социального обеспечения.

В ряде субъектов детский омбудсмен действует на основании законодательных актов, регулирующих либо однородные (Тюменская об-

¹⁸ Об утверждении положения об Уполномоченном по правам ребенка в Белгородской области : постановление губернатора Белгородской области от 18 января 2012 г. // Белгородские известия. 2012. 20 янв.

¹⁹ Об Уполномоченном при губернаторе Чукотского автономного округа по правам ребенка : распоряжение губернатора Чукотского автономного округа от 26 февраля 2010 г. № 22-рг // Ведомости. 2010. 5 марта.

²⁰ Об отдельных мерах по защите прав ребенка на территории Воронежской области : закон Воронежской области от 3 июня 2013 г. № 87-ОЗ // Молодой коммунар. 2013. 8 июня.

ласть)²¹, либо иные общественные отношения (Архангельская область)²². В последнем случае статусу Уполномоченного были посвящены ст. 11.1 «Замещение государственной должности уполномоченного по правам ребенка и уполномоченного по защите прав предпринимателей» и 11.2 «Порядок освобождения лица, замещающего государственную должность заместителя губернатора Архангельской области, министра Архангельской области, уполномоченного по правам ребенка, уполномоченного по защите прав предпринимателей, от должности». И только 14 ноября 2014 г. на основании ранее указанных статей был принят специализированный областной закон²³.

Если обратиться к зарубежному опыту правового регулирования рассматриваемого института, то основным нормативным правовым актом, предусматривающим права несовершеннолетних в США, выступает федеральная Конституция. В преамбуле определена значимость статуса будущих поколений: «Мы, народ Соединенных Штатов, с целью образовать более совершенный Союз, установить правосудие, гарантировать внутреннее спокойствие, обеспечить совместную оборону, содействовать всеобщему благоденствию и закрепить блага свободы за нами и потомством нашим провозглашаем и устанавливаем настоящую Конституцию для Соединенных Штатов Америки»²⁴. В Основном законе ребенок рассматривается как полноправная личность, в нем указан лишь один запрет для несовершеннолетних – участие в выборах. Штаты принимают свое законодательство, в каждом из них приняты свои нормативные правовые акты по защите прав несовершеннолетних.

Следует отметить, что США подписали Конвенцию о правах ребенка, но не ратифицировали ее. В США юноши и девушки, заручившись согласием родителей, имеют право идти на военную службу с 17 лет, а согласно Конвенции детьми являются человеческие существа, не достигшие 18 лет, не имеющие права служить в армии.

Во всех штатах США закрепилось правило о сообщении гражданами в правоохранительные органы о плохом или жестоком обращении с несовершеннолетними. Это даже получило название – система обеспечения благополучия ребенка, которая подразумевает, что соседи или просто проходящие мимо люди могут позвонить в полицию и сообщить, что ребенок находится дома один. В 18 штатах такая реакция закреплена как обязанность. Когда начинается расследование по такого рода делам, функции следователя возлагаются на сотрудников Агентства защиты де-

²¹ О защите прав ребенка : закон Тюменской области от 7 мая 1998 г. № 24 // Тюменские известия. 1998. 2 июня.

²² О статусе лиц, замещающих государственные должности Архангельской области в исполнительных органах государственной власти Архангельской области : областной закон от 20 мая 2009 г. № 30-3-ОЗ // Волна. 2009. 27 окт.

²³ Об Уполномоченном при губернаторе Архангельской области по правам ребенка : закон Архангельской области от 14 ноября 2014 г. № 211-12-ОЗ // Там же. 2014. 25 нояб.

²⁴ Конституции зарубежных стран : сборник. М., 2012. С. 181.

тей: опрос родителей, заявителей, свидетелей, детей, направление на медицинское освидетельствование и т.д. В случае выявления фактов дурного обращения с детьми могут быть приняты следующие меры: отобрание детей для помещения в приют, определение под опеку другой семьи на время расследования, направление родителей на консультацию с психологом, лишение родительских прав. Последнее осуществляется только по решению суда соответствующего штата. Обратим внимание, что в США существует именно термин «дурное обращение с ребенком» – это действия родителей, опекунов или одного из них, которые привели к смерти, серьезному физическому или эмоциональному ущербу, к эксплуатации ребенка, либо к возникновению риска для жизни и здоровья ребенка. Делами об изнасиловании несовершеннолетних, нанесении им побоев занимается полиция.

В российском законодательстве используется понятие «жестокое обращение» и упоминается в ст. 156 Уголовного кодекса Российской Федерации²⁵. В данной статье предусмотрена ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетнего родителем или иным лицом, на которое возложены эти обязанности, а равно педагогическим работником или другим работником образовательной организации, медицинской организации, организации, оказывающей социальные услуги, либо иной организации, обязанной осуществлять надзор за несовершеннолетним, если это деяние соединено с жестоким обращением с несовершеннолетним. Согласно п. 11 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 мая 1998 г. № 10 «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с воспитанием детей»²⁶ под жестоким обращением понимается не только осуществление родителями физического или психического насилия над несовершеннолетними, но и применение недопустимых способов воспитания, а именно: грубое, пренебрежительное, унижающее человеческое достоинство обращение с детьми, оскорбление или эксплуатация детей.

В Соединенных Штатах эмансипация несовершеннолетнего связана со вступлением в брак, службой в армии с 17 лет или в случае, если суд штата придет к выводу о необходимости «развода» с родителями (это официальный термин, используемый во всех штатах) в целях защиты его интересов. Для осуществления «развода» необходимо достижение возраста 14 лет, наличие собственного заработка и сложная семейная ситуация.

Часть 1 ст. 27 Гражданского кодекса Российской Федерации²⁷ закрепляет, что лицо по достижении 16 лет, работающее по трудовому догово-

²⁵ Уголовный Кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (с изм. от 30.03.2015) //Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954 ; 2015. № 13. Ст. 1811.

²⁶ Рос. газета. 1998. 10 июня.

²⁷ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 52-ФЗ (с изм. от 06.04.2015) // Рос. газета. 1994. 8 дек. ; 2015. 8 апр.

ру или занимающееся предпринимательской деятельностью, может быть объявлено полностью дееспособным. Данное решение принимается органом опеки и попечительства с согласия родителей, усыновителей или попечителей. Но бывают случаи, когда официальные представители ребенка не дают своего согласия на эмансипацию. В такой ситуации спор разрешается судом. Полная дееспособность наступает также в случае заключения брака до наступления совершеннолетия.

Таким образом, в сфере защиты прав несовершеннолетних в России и США имеются определенные различия:

во-первых, момент защиты прав несовершеннолетних. Согласно положениям Конвенции о правах ребенка, участником которой является Российская Федерация, дети приобретают ряд основополагающих прав с момента рождения. С этим же моментом совпадает и начало их защиты. В США права ребенка защищаются еще в утробе матери: запрет аборта на поздних сроках беременности закреплен на законодательном уровне;

во-вторых, объем правоспособности лиц, не достигших 18 лет, а также основания эмансипации различны;

в-третьих, органы, осуществляющие защиту прав несовершеннолетних. В США такие функции чаще всего возлагаются на сотрудников Агентства защиты детей, которые наделены полномочиями следователей. Штаты создают также свои органы по защите прав ребенка, которые могут отличаться друг от друга и осуществлять разные функции. В судебном порядке такие дела разрешаются в последнюю очередь. В России существует ряд специализированных органов: Уполномоченный по правам ребенка как на федеральном, так и региональном уровнях, комиссии и инспекции по делам несовершеннолетних и др.;

в-четвертых, строгость наказания. В США в основном делается ставка на общественное порицание и работу психолога с преступником. В России же за преступление против несовершеннолетних можно получить реальный срок отбывания в местах лишения свободы, что определяет карательный характер наказания. В связи с этим нашей стране, с учетом ее особенностей, будет полезен опыт США в части создания системы обеспечения благополучия ребенка и эффективная работа психологов во всех случаях нарушения прав данной категории граждан. Подобная система поможет выявлять факты грубого и жестокого обращения с детьми, а психологическая помощь позволит посмотреть на проблему не только с правовой точки зрения.

Правовое положение Уполномоченного по правам ребенка в отдельных субъектах РФ имеет свои особенности, состоящие в следующем:

1. Форма нормативного правового акта, закрепляющего статус данного лица. Это могут быть специальные законы соответствующих субъектов Федерации об Уполномоченном по правам ребенка, указы, постановления и распоряжения высшего должностного лица субъекта Федерации, законодательство об охране детства, а также об Уполномоченном по правам человека.

2. Порядок назначения и освобождения от должности. Уполномоченный по правам ребенка может назначаться и освобождаться от должности

сти законодательным органом государственной власти субъекта, высшим должностным лицом, а также Уполномоченным по правам человека в конкретном субъекте Федерации.

3. Место института Уполномоченного по правам ребенка в системе публичной власти. Уполномоченный по правам ребенка может находиться в структуре аппарата Уполномоченного по правам человека, в рамках государственного органа исполнительной власти, а также в виде самостоятельной структуры, формируемой региональным парламентом.

4. Система принципов организации и деятельности данного института. Не во всех актах, регулирующих деятельность Уполномоченного по правам ребенка, указан принцип независимости.

Это основные, лежащие на поверхности, проблемные вопросы правового регулирования статуса Уполномоченного по правам ребенка.

Для разрешения указанных противоречий и устранения неточностей, а также в целях придания законотворчеству субъектов РФ в рассматриваемом вопросе определенного единства необходимо принять Федеральный закон «Об Уполномоченном по правам ребенка в Российской Федерации». Данный закон, в частности, должен определить основы организации и деятельности рассматриваемого института как на уровне государства, так и на уровне субъекта РФ. На наш взгляд, наиболее предпочтительным является участие регионального парламента в процедуре назначения и освобождения от должности детского омбудсмена.

Основными направлениями взаимодействия уполномоченных по правам ребенка в субъектах РФ и иных правозащитных институтов могут стать следующие:

а) методическое сотрудничество между Уполномоченным при Президенте РФ по правам ребенка и уполномоченными по правам ребенка в субъектах РФ в сфере выявления типичных нарушений прав и свобод человека и гражданина, причин и условий, вызвавших данные нарушения, а также восстановления нарушенных прав;

б) обращение уполномоченных по правам ребенка в субъектах РФ к зарубежным омбудсменам и в международные правозащитные органы с запросами, предложениями с целью защиты или восстановления прав российских детей в случаях, когда их права были нарушены на территориях иностранных государств;

в) создание единой базы данных о результатах рассмотрения жалоб уполномоченными по правам ребенка в России и ее субъектах, тем самым предоставить возможность обеспечить доступ населения к информации о деятельности указанных лиц, в том числе о результатах проверок, проведенных ими, рекомендациях по восстановлению нарушенных прав, совершенствованию законодательства и правоприменительной практики;

г) сотрудничество Уполномоченного при Президенте РФ по правам ребенка и уполномоченных по правам ребенка в субъектах РФ, а также зарубежных омбудсменов и международных правозащитных организаций при совместном осуществлении образовательных программ в сфере прав и свобод человека и гражданина.

Указанные нововведения позволят создать единую централизованную систему уполномоченных по правам ребенка на территории России, а также обеспечить стабильность и повысить эффективность деятельности уполномоченных, что в результате отразится на качестве защиты прав несовершеннолетних посредством рассматриваемого института.

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

Руднева Е. А., магистр кафедры конституционного права России и зарубежных стран

E-mail: rudneva.liza@yandex.ru

Voronezh State University

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

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

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

Rudneva E. A., Master of the Constitutional Law of Russian and Foreign States Department

E-mail: rudneva.liza@yandex.ru

УДК 94(47)

НАЧАЛО ИСТОРИИ РОССИЙСКОГО ПАРЛАМЕНТАРИЗМА И МНОГОПАРТИЙНОСТИ

Е. Г. Пономарев

Ставропольский государственный педагогический институт

Поступила в редакцию 21 декабря 2015 г.

Аннотация: рассматривается начало зарождения парламентской реформы Российской империи, положенное Высочайшим рескриптом от 18 февраля 1905 г., подписанным Николаем II. Анализируется сложный процесс обсуждения и учреждения важнейших законов и актов государственного строительства (Манифест 17 октября 1905 г. «Об усовершенствовании государственного порядка», Манифест 6 августа 1905 г. «Об учреждении Государственной Думы», «Основные государственные законы Российской империи» от 23 апреля 1906 г. и др.), принятых под натиском революции, ставших правовой основой превращения России в конституционную монархию с многопартийной политической системой.

Ключевые слова: Государственная Дума, парламентаризм, многопартийность, император, самодержавие, государственное устройство, реформа, политическая система, революция, правотворчество, манифест.

Abstract: in this article the foundation of origin of parliamentary reform of the Russian Empire laid by the Highest rescript of February 18, 1905 the signed Nicholas II is considered. The author analyzes difficult process of discussion and establishment of the major laws and acts of the state construction (The Manifesto on October 17, 1905. «About improvement of the state order», the Manifesto on August 6, 1905. «About Establishment of the State Duma», «The basic state laws of the Russian Empire» of April 23, 1906, etc.), accepted under the pressure of revolution, become a legal basis of transformation of Russia into constitutional monarchy with multi-party political system.

Key words: State Duma, parliamentarism, multi-party system, emperor, autocracy, state system, reform, political system, revolution, law-making, manifesto.

Первая русская революция, вопреки противоречивости ее оценок, является одним из этапных событий отечественной истории. Кровавые события в столице Российского государства в январе 1905 г. не могли не потрясти фундамент государственной власти, всколыхнув народные массы и всю правящую элиту. Под давлением «снизу» и «сверху» на эти события самодержец «Всея Руси», державший в своих руках поводья власти, не имел возможности уйти от ответственности реакции на произошедшие события.

Несмотря на якобы неучастие в расстреле мирной демонстрации императора 9 января 1905 г., не могло не заставить его предпринять действия, направленные на попытку ухода от социального взрыва, который мог разрушить всю структуру власти. В связи с этим 18 февраля 1905 г. Николай II подписал сразу несколько противоречащих друг другу доку-

ментов. В первом – Манифесте – намерения правителя были достаточно жесткими и решительными. В нем призывалось к искоренению «крамола». Царь грозил всяческими карами вождям «мятежного движения» и требовал «усугубить бдительность по охране закона, порядка и безопасности»¹.

Во втором – Указе – гражданам России и организациям дозволялось подавать в Совет министров петиции об «усовершенствовании государственного благоустройства». В данном случае политическая активность масс оценивалась уже не как «крамола» и «движение», направленные против устоев государственного строя, а трактовались как положительное желание россиян, вызванное «радением об общей пользе и нуждах государственных»². Таким образом жесткость и агрессия Манифеста нивелировались положениями Указа. В этом, очевидно, русский царь видел свою историческую миссию быть отцом народа, строгим, но справедливым.

Этими двумя актами законотворческая активность императора 28 февраля не завершилась. На заседании Совета министров в Царском селе Николай II подписал Высочайший рескрипт на имя министра внутренних дел А. Г. Булыгина. В нем государь выразил желание «...привлечь достойнейших, доверием народа облеченных, избранных от населения людей к участию в предварительной разработке и обсуждении законодательных предположений»³. К концу дня чаша весов в размышлениях и сомнениях царя склонилась в пользу «ослабления демократии».

С этого момента, по мнению многих историков, можно начать отсчет зарождения парламентской системы в нашей стране. Рескрипт стал толчком к подготовке реформы политической власти и государственного управления.

16 марта 1905 г. Николай II выступил с инициативой обсуждения возможных решений по этому вопросу, обратившись с запросом к министру внутренних дел А. Г. Булыгину. Министр не замедлил ответить императору, очевидно, понимая важность поручения, и приступил к его выполнению в высшей степени ответственно, что следует из достаточно пространной цитаты его письма к императору: «По всеподданнейшему докладу моему Вашему Императорскому Величеству благоугодно было в 16 день марта месяца Высочайше повелеть мне немедленно приступить к составлению первоначальных предположений как о порядке привлечения избранных от населения людей к участию в предварительной разработке и обсуждении законодательных предположений, так равно о ближайшем круге предметов их ведения и формах и способах их совещаний; по изготовлении же таковых предположений и подробных к ним объяснений внести весь труд для ближайшего согласования с общими

¹ Полное собрание законов Российской империи : собр. третье. Т. 25, отделение первое, № 26803. СПб., 1908. С. 132.

² Там же. С. 136.

³ *Лазаревский Н.* Законодательные акты переходного времени 1904–1908 гг. СПб., 2010. С. 22.

видами правительства в Совете министров. Во исполнение сего имею счастье представить при сем на благовозрение Вашего Императорского Величества соображения мои по сему предмету и вместе с тем испрашиваю указаний Вашего Императорского Величества на предмет передачи таковых на рассмотрение и обсуждение Совета министров»⁴. Следует подчеркнуть, что А. Г. Булыгин с первых же шагов намеревался по совету царя пойти по пути привлечения к законотворчеству широкие слои населения, избранные демократическим путем. Данная переписка позволяет сделать вывод, из которого следует положительная оценка Николая II такого подхода. Документ, хранящийся в Российском государственном историческом архиве, подтверждает единство демократического принципа. «На подлинном Собственноручно Его Императорским Величеством изображено: “Согласен”. Рукою Министра Внутренних Дел написано: “Его Величество собственноручно изволил начертать: “Согласен”. 23 Мая 1905 г. Царское Село. Гофмейстер Булыгин”»⁵.

До начала открытия Государственной Думы первого созыва 27 сентября 1906 г. была проведена большая подготовительная работа по выработке документов, регламентирующих статус и полномочия первого российского парламента. Предстояло также четко определить его место в системе государственного устройства страны. К сожалению, следует констатировать, что все благие демократические помыслы государя и его министра на практике очень быстро превратились в бюрократическую рутину, к которой так привыкла государственная машина. Высшие чиновники были не способны опуститься до уровня советов с простым народом. Подобных традиций в правотворчестве страны, веками разделенной непреодолимыми сословными барьерами, быть не могло.

Вопреки первоначальным намерениям эта задача была возложена на Особые комиссии и Особые совещания, работавшие в закрытых режимах. Все было под покровом секретности. К участию в обсуждении вопросов государственного устройства допускался лишь узкий круг из числа высших чиновников с позволения государя.

Согласно решению императора, имеющиеся мнения должны были быть рассмотрены в ходе особых секретных совещаний под руководством императора, состоявшихся в 1905–1906 гг. На этих совещаниях рассматривался широкий круг проблем, связанных с реформой государственного устройства России: порядок выборов и полномочия Государственной Думы и Государственного совета, возможности образования политических партий и пределы их деятельности, полномочия монарха, основные государственные законы Российской империи⁶. В совещаниях участвовал

⁴ РГИА. Особое делопроизводство по выборам в Государственную Думу и в Государственный совет. Ф. 1327. Ед. хр. 19124.

⁵ Пономарев Е. Г., Шаповалов В. А. Становление многопартийности в России : исторический опыт и современность. СПб., 1999. С. 42.

⁶ См.: Чичагов Л. М. Петергофские совещания о проекте Государственной Думы : Петергофское совещание о проекте Государственной Думы под личным его Императорского Величества председательством. Пг., 2012 ; Царскосельские

ограниченный круг лиц: великие князья, руководители ключевых министерств и главных управлений, наиболее влиятельные члены Госсовета, ряд общественных деятелей, доказавших лояльность и преданность самодержавию. Состав его не был строго постоянным, однако представление о нем может дать список лиц «Мемории Особого совещания для рассмотрения дополнительных к узаконениям о Государственной Думе правил. 3, 4 и 12 октября 1905 г.», текст которой сохранился в государственном архиве (имена приводятся в той транскрипции и в том порядке, как они даны в архивном документе): А Булыгин, Граф Сольский, К. Победоносцев, Эдуард Фриш, А. Половцов, О. Рихтер, Н. Чихачев, Н. Герард, А. Сабуров, Граф А. Игнатъев 2, Граф Витте, Князь М. Хилков, П. Лобко, Иван Голубев, Граф Ламзборф, Николай Таганцев, Вл. Верховский, Владимир Глазов, А. Редигер, Князь А. Оболенский, В. Коковцов, Барон Иксуль, П. Шванебах, А. Стишинский, С. Манухин, Н. Воеводский, С. Рухлов, Д. Трепов, П. Харитонов⁷. Дискуссии показали, насколько велик оказался разрыв между высшими государственными сановниками и либеральной оппозицией, в котором доминировали воззрения, близкие к европейскому «новому либерализму».

Теоретические разработки и концепции идеологов либерализма нашли практическое воплощение в политической программе Конституционно-демократической партии и Партии «17 октября». Общественная жизнь России начала революции, старта реформ государственной власти характеризуется активной риторикой всех политических партий. В либеральных изданиях она особенно обострилась в период нарастания кризиса летом 1905 г. – зимой 1906 г. Наряду с уже принятыми правовыми актами, обсуждение подхлестнули Закон от 6 августа 1905 г. о Государственной Думе, Манифест от 17 октября 1905 г. и др. С принятием этих документов либералы считали задачи первой русской буржуазно-демократической революции выполненными в связи с установлением в стране конституционного строя и многопартийной системы.

Как следствие противоречий, назревающих в российском обществе в целом и высших слоях власти, в частности в ряде «Высочайших» правовых актов 1905–1906 гг. о статусе и формировании Государственной Думы, сочетаются, а затем и продолжают усиливаться две противоположные концепции, заложенные первыми актами царя. Демократическая концепция была продолжена в Манифесте от 6 августа 1905 г. «Об учреждении Государственной Думы». В нем объявлялось, что «настало

совещания : протоколы секретного совещания под председательством бывшего императора о расширении избирательного права // Былое. 1917. № 3. С. 235 ; Царскосельские совещания : протоколы секретного совещания в апреле 1906 г. под председательством бывшего императора по пересмотру основных законов // Там же. № 4. С. 183 ; Царскосельские совещания : протоколы секретного совещания в феврале 1906 г. под председательством бывшего императора по выработке учреждений Государственной Думы и Государственного совета // Там же. № 5/6. С. 289.

⁷ РГИА. Особое делопроизводство по выборам в Государственную Думу и в Государственный совет. Ф. 1327. Ед. хр. 19125.

время... призвать выборных людей от всей земли Русской к постоянному и деятельному участию в составлении законов, включив для этого в состав высших государственных учреждений особое законосовещательное установление, коему предоставляется предварительная разработка и обсуждение государственных доходов и расходов»⁸. Создать данное представительство предполагалось «не позднее половины января 1906 г.»⁹.

На следующем этапе подготовки формирования российского парламента встал вопрос о процедуре организации избирателей и выборщиков. Это регламентировали следующие правовые акты: от 6 августа 1905 г. «Положение о выборах в Государственную Думу», от 18 сентября 1905 г. «Правила» о применении «Положения», от 11 декабря 1905 г. Высочайший указ «Об изменениях и дополнениях Положения о выборах в Государственную Думу». Избирательные права граждан рассматривались и регулировались «Указом» от 11 декабря 1905 г. и Высочайшим указом «Об ограждении свободы и правильности предстоящих выборов» от 8 марта 1906 г.

Консервативная тенденция постоянно подталкивала законодателей возвращаться к пересмотру статуса Думы в направлении ограничения ее полномочий, о чем свидетельствуют акты: от 20 февраля 1906 г. «Учреждение Государственной Думы», от 9 марта 1906 г. «Правила о бюджетной работе Думы». Таким образом, опасность утери власти и всех рычагов государственного управления вынужденно подталкивала Николая II подписывать «Высочайшие указы», дарующие народу права и свободы. Вместе с тем он понимал, что может оказаться «у последней черты», перейдя которую, возврат будет невозможен, и готовил пути к желанному отступлению или хотя бы ограничению нежелательных для самодержавия последствий.

Последним шагом назад на пути уступок демократии стали «Основные законы». Но и этот ключевой правовой акт победы первой русской революции зарезервировал положения, предусматривавшие возможности отхода назад, по мере преодоления политического кризиса.

23 апреля Николай II подписал важнейший конституционный документ «Основные государственные законы Российской империи». Это произошло за несколько дней до начала работы первой Государственной Думы. По справедливому мнению специалистов, определенная поспешность была вызвана стремлением царя не упускать из своих рук законодательную инициативу и предотвратить обсуждения и принятие парламентом столь важных правовых актов. Последнее могло посеять в сознании российской общественности аналогии ее с Учредительным собранием, потребность в котором давно обсуждалась политическими партиями. Основные законы 1906 г. закрепляли государственное устройство Российской империи (ст. 1, 2); государственный язык (ст. 3); существо вер-

⁸ Полное собрание законов Российской империи : собр. третье. Т. 25, отд. первое, № 26803. С. 636.

⁹ Там же. С. 639.

ховной власти (ст. 4–25); порядок законодательства (ст. 84–97); принципы организации и деятельности центральных государственных учреждений (ст. 98–124); права и обязанности российских подданных и условия деятельности их организаций (ст. 69–83); положение о православной церкви (ст. 62–66); и др.¹⁰ Устранялось определение самодержавия как неограниченного, устанавливалось, что император будет осуществлять законодательную власть в единении с Государственной Думой и Государственным советом. Отныне меры, принимаемые правительством во время прекращения занятий Государственной Думой и Государственным советом, теряли силу без последующего их одобрения законодательными палатами и не могли вносить изменения в «Основные законы» и «Учреждения» представительных органов, а также положения о выборах в них. Основные законы четко разделяли законодательную и исполнительную власти, провозглашали независимость власти судебной¹¹.

В дореволюционной и советской литературе десятилетиями шли дебаты о том, были ли в России конституция и конституционный строй. Возобладало мнение о том, что, хотя ряд статей придавал «Основным законам» внешне характер конституционного строя, все преобразования проводились «в чисто контрреволюционных целях», поэтому «нет никаких оснований считать Россию конституционной монархией», поскольку «Основные законы» носили лжеконституционный характер. Представляются более аргументированными выводы П. Н. Милокова, В. В. Леонтовича, С. Ольденбурга, С. Г. Пушкарева о том, что Россия в 1906 г. получила конституцию и превратилась в думскую монархию. Исключительными прерогативами царя оставались почин пересмотра «Основных законов», высшее государственное управление, руководство внешней политикой, а также инициатива объявления войны и заключение мира, верховное командование вооруженными силами, военное законодательство, объявление местности на чрезвычайном, исключительном или военном положении, право чеканки монеты, назначение и увольнение министров, помилование осужденных и общая амнистия.

Базовая конструкция правовой основы выборов в Государственную Думу и деятельности партий в ходе выборов была создана основными государственными законами, принятыми 23 апреля 1906 г.

Таким образом, российский парламентаризм зарождался в сложной политической борьбе. С февраля по октябрь 1905 г. длился подготови-

¹⁰ Полный свод законов Российской империи : книга 1. СПб., 1911.

¹¹ Васильева Н. И., Гальперин Г. Б., Королев А. И. Первая российская революция и самодержавие (государственно-правовые проблемы). Л., 1975. С. 129 ; Ананьич Б. В., Дякин В. С. Кризис самодержавия в России : 1895–1917 гг. Л., 1984. С. 297 ; Леонтович В. В. История либерализма в России : 1762–1914 : исследования новейшей русской истории. М., 1995. С. 423 ; Милоков П. Н. Очерки по истории русской культуры. Ч. 1 : Население, экономический, государственный и сословный строй. СПб., 2011. С. 213 ; Ольденбург С. С. Царствование императора Николая II. М., 1992. С. 309 ; Пушкарев С. Г. Обзор русской истории. М., 1991. С. 351.

тельный период, полный противоречий и сомнений со стороны всех политических сил. Гранью между первым этапом и окончательным переломом в пользу реформы стал Манифест 17 октября 1905 г.

До этого правящая элита надеялась на возможно более полное сохранение традиционных устоев, старалась ограничиться попыткой смонтировать в структуры неограниченной монархической власти законосовещательную Государственную Думу. Манифест 17 октября означал окончательный разрыв с прошлым, продемонстрировал намерение, пусть и вынужденное, конструировать новую для России конфигурацию власти.

К концу 1905 г. к дискуссии с позиций праволиберальных взглядов подключилась партия октябристов – Союз 17 октября. Ее лидеры последовательно проводили линию на возможно более полное сохранение традиционных структур государственного управления страной.

Манифест «Об усовершенствовании государственного порядка»¹² стал ключевым документом, заложившим основы новой политической системы Российской империи. С момента первого шага в направлении превращения России в конституционную монархию прошло долгих восемь месяцев. Этот срок говорит о том, как непросто, в какой ожесточенной борьбе и сомнениях далось императору его решение. На наш взгляд, в этом заслуга и здравомыслие не столько убежденного монархиста Николая Романова, сколько нарастающий размах революции, грозящей опрокинуть российское самодержавие. Инстинкт самосохранения оказался выше политических амбиций царя. Без серьезных уступок и компромиссов власть было уже не удержать.

Гражданам России впервые гарантировались «незыблемые основы гражданской свободы»¹³, расширялся круг избирателей, но самое главное и принципиально меняющее политическую систему страны – это учреждение российского парламента в облике Государственной Думы. Самодержавная власть и лично Николай II приняли на себя обязательство, «чтобы никакой закон не мог воспринять силу без одобрения Государственной Думы»¹⁴.

Таким образом, основные принципы новой конфигурации политической власти были определены, по крайней мере, на ближайшие десять лет.

¹² Полное собрание законов Российской империи : собр. третье. Т. 25, отд. первое, № 26803. С. 754.

¹³ Там же.

¹⁴ Там же.

Ставропольский государственный педагогический институт

Пономарев Е. Г., доктор юридических наук, заведующий кафедрой истории и права

E-mail: PonomarevE@yandex.ru

Tel.: 8(8652) 91-83-64; 8(8652) 23-58-29

Stavropol State Teacher Training College

Ponomarev E. G., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the History and Law Department

E-mail: PonomarevE@yandex.ru

Tel.: 8(8652) 91-83-64; 8(8652) 23-58-29

УДК 340.11

ПРАВОПОНИМАНИЕ И СУЩНОСТЬ ПРАВА
КАК ПРЕДМЕТ ДИССЕРТАЦИОННОЙ РАЗРАБОТКИ
(ОПЫТ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ)

Е. А. Апольский

Ставропольский университет

Поступила в редакцию 13 января 2016 г.

Аннотация: анализируются цели, задачи, содержание и результаты магистерских и докторских диссертаций по государственному праву, защищенных в императорских российских университетах, предметом исследования в которых выступали вопросы правопонимания и сущности права.

Ключевые слова: диссертация, государственное право, теория права, сущность права, университет, Российская империя.

Abstract: the article analyzes the goals, objectives, content and results of master's and doctoral theses in state law, protected in the imperial Russian universities, where the subject of study were understanding and essence of the law.

Key words: thesis, state law, theory of the law, essence of the law, university, Russian empire.

Занимаясь проблемами аттестации научных кадров в дореволюционной России, невозможно не обратиться к анализу целей, задач, содержания и результатов магистерских и докторских диссертаций, защищенных в императорских российских университетах в XIX – начале XX в. Данный научный багаж привлекает к себе внимание не только оригинальностью исследований и качеством проводимых в те времена научных работ, но и практической составляющей: систематизация и классификация научных результатов, полученных авторами в диссертациях по различным отраслям юридической науки, позволит со временем создать общую базу данных форм научного знания (гипотез, научных идей, концепций, понятий, теорий). Это, в свою очередь, даст возможность уже в наше время объективно определять новизну и актуальность проводимых исследований, а также качество получаемых новых научных результатов.

В настоящей статье рассмотрим магистерские и докторские диссертации по государственному праву, предметом исследования в которых являлись проблемы сущности права и правопонимания. Именно это, казалось бы несовместимое сегодня сочетание государственного (конституционного) права и общей теории права, и привлекло наше внимание. Подробный анализ причин появления диссертаций с таким предметом исследования был проведен ранее¹, здесь же кратко отметим, что подоб-

¹ См.: Апольский Е. А. Особенности правового регулирования становления и развития науки государственного права в Российской империи // Вестник Сев-КавГТИ. 2015. Т. 1, № 3 (22). С. 97–101.

ная ситуация образовалась в силу отсутствия возможности проводить диссертационные исследования по специальности «Общая теория права» или «История права», в результате в Российской империи теоретики и историки права получали степени магистра или доктора государственного права.

В указанный выше период было защищено восемь диссертаций с обозначенным предметом научной разработки, анализ которых в хронологическом порядке начнем с докторского исследования **К. А. Неволлина** «Рассуждение о философии законодательства у древних», защищенного в Санкт-Петербургском университете в 1835 г.

Работа представлена в виде анализа трех периодов: 1) от Фалеса до Сократа; 2) эпоха Сократа и его школы; 3) эпоха греческой философии у римлян и восточных народов. Результаты философского исследования К. А. Неволлин представил в «общем обозрении», начав с обоснования тезиса о том, что «развитие древней философии было направлено к тому, чтобы постигнуть безусловное превосходство духа пред природою, разумного пред неразумным, внутреннего пред внешним ...сие же самое направление мы примечаем и в философии законодательства»².

Сравнение учения Аристотеля и Платона приводит ученого к выводу, что «Аристотель, несмотря на различие, положенное им между добродетелью, правдой и дружелюбием, между правдою распределяющею и правдою возмездия, в своих исследованиях о предметах законодательства вообще не отдалается от начал философии Платоновой... Если с одной стороны общий союз государственный у Аристотеля не уничтожает отношений частной жизни – союза семейственного, частной собственности, различия занятий по различию полов, то с другой – сии отношения поставляются в строгой зависимости от государства как от одного органического целого»³.

Завершается работа указанием на время окончания Древнего мира. Резюмируя анализ этого момента, автор подчеркивает, что Древний мир завершился только как внешне видимое явление. «Внутреннее, духовное начало, сосредоточило наконец в себе всю жизнь древних народов. При владычестве новой религии, среди новых народов оно породило из себя новый порядок вещей и, воссоздав союз семейственный, гражданский, государственный, проникнуло живым духом своим все отношения общежития. Постигнуть сие новое образование человеческого общества и связать древнее с новым – есть предмет философии нашего времени»⁴.

Исследование *сущности права* провел **И. В. Кашиница** в докторской диссертации, защищенной в 1872 г. в Санкт-Петербургском университете. Автор ограничился в работе «общим критическим обозрением главных направлений в истории понятий о праве», а главную задачу своего труда обозначил как «относительное пополнение пробелов или же исправление

² Неволлин К. А. Рассуждение о философии законодательства у древних. СПб., 1835. С. 98.

³ Неволлин К. А. Указ. соч. С. 99–100.

⁴ Там же. С. 106.

недостатков прежних трудов на поприще исследования сущности права, на сколько это требуется нынешним положением теоретической и практической жизни народов»⁵.

Перед началом работы поставлен ряд вопросов: а) соответствует ли исследование сущности права и определение понятия о нем измененному положению юридических и общественных наук вообще; б) не следует ли воспользоваться результатами, приобретенными в сфере общественных наук, для разъяснения сущности права; в) должно ли постоянно, на все будущие времена, опираться в этом отношении только на римское право или на идеальную и дедуктивную философию? Ответы на них и составляют основу диссертации.

Рассматривая выводы, сделанные автором в диссертации, нельзя не отметить четкую структуризацию работы, когда каждая предыдущая глава является предпосылкой и необходимым шагом перед новой главой на пути решения общей задачи. Наиболее интересен подход исследователя к определению отраслей права на основе его сущности.

Так, за основу систематики права взяты воззрения представителей исторической школы (Савиньи, Пухта) как наиболее соответствующие действительному историческому развитию права. Для определения системы права выбран принцип деления «самого общества на главные формы или союзы, а именно: государство, международный союз, церковь»⁶. Эти три главные сферы, по мнению ученого, соответствуют трем главным отраслям права: право в государстве, международное право, церковное право.

В работе обосновывается мнение о месте уголовного и международного права в системе права. В частности, усматривая в уголовном праве перевес государственного элемента, автор причисляет эту отрасль права «скорее к праву публичному, чем к частному»⁷, а международное право он уравнивает с церковным, говоря, что в «новейшие времена выделился точнее тот обширнейший общественный союз, который мы называем международным... право этого союза выделилось и приобрело характер отдельной отрасли, отличающейся также от права “в государстве”»⁸. Такова концепция выделения элементов системы права, предложенная И. В. Кашница в докторской диссертации.

Естественному праву и его развитию у греков и римлян посвящена магистерская диссертация **К. Н. Яроша** на тему: «История идеи естественного права. Ч. 1: «Естественное право» у греков и римлян», защищенная в Харьковском университете в 1881 г.

В первой главе содержится обоснование значения и пользы изучения философии права, по результатам которого автор утверждает: 1) всякое философское и политическое учение, как бы оно ни казалось далеким от окружающей действительности, состоит постоянно с нею в ближайшей

⁵ Кашница И. В. О сущности права. Варшава, 1872. С. 4, 7.

⁶ Там же. С. 194.

⁷ Там же. С. 193.

⁸ Там же. С. 194.

связи (например, «Республика» Платона, по утверждению Платона, есть идеал, едва ли достижимый смертными, хотя внимательный взор различает множество нитей, связующих это фантастическое построение с действительной почвой тогдашнего политического быта); 2) философские и политические учения, имея корни в действительной жизни, оказывали на нее обратное действие. Соответственно, цель исследования: «проследить лишь одну струю в общем течении философско-юридической мысли, а именно: определить смысл и историческое развитие идеи так называемого “естественного права”»⁹.

Вторая глава диссертации собственно и является основным исследованием, в ходе которого анализируется идея естественного права в Греции и Риме посредством рассмотрения первобытной эпохи, восточной цивилизации, народов прогрессивных и неподвижных, зачатков греческой мудрости, изучения учений софистов, Сократа, Платона, Аристотеля, циников и эпикурейцев, стоицизма, скептицизма.

В заключительной части работы К. Н. Ярош изучает историю идеи естественного права в Риме, роль и значение Цицерона в этом процессе, а также отмечает два момента: а) Цицерону принадлежит «честь и слава» в том отношении, что он твердо поднял в Риме знамя «*naturam sequi*», переданное ему из рук в руки греческой философией; он хотел рассматривать право не в зеркале и в отражении, а в его объективной действительности, не в кодексах, где оно записано, а в психическо-общественной жизни людей, где оно рождается, живет и развивается; б) Цицерон в итоге сбился в определении понятия природы и сущности идеи естественного права, оставил идею естественного права в основных ее чертах почти в таком же положении, в каком ее унаследовал¹⁰.

Рассмотрев учение стоиков и определив проявления стоической идеи «естественности жизни», автор основное внимание уделил рассмотрению учения римских юристов о естественном праве и определил главные свойства (признаки) идеи естественного права по трудам римских юристов: «естественное право есть право, вытекающее из природы вещей; одинаково относящееся ко всем людям в силу единства человеческой природы; действующее (по той же причине) у всех народов; всегда справедливое – так как вытекает из сущности того, что подлежит его регулированию; всегда прочное и неизменное, как прочно и неизменно одинаковое следствие из одинаковых оснований»¹¹. Сравнивая вклад римских юристов и стоической философии, К. Н. Ярош отыскивает сходства в их учениях, но отдает предпочтение более весомому влиянию стоицизма на классическую юриспруденцию.

Докторская диссертация **Н. Е. Чижова**, защищенная в Новороссийском университете в 1891 г., посвящена решению двух основных задач:

⁹ Ярош К. Н. История идеи естественного права. Ч. 1 : «Естественное право» у греков и римлян. СПб., 1881. С. 24–26.

¹⁰ См.: Там же. С. 190.

¹¹ Там же. С. 255–256.

«1) дать систематическое обозрение политико-юридической теории Штейна и 2) поставив теорию Штейна в ряду других научных теорий, представить очерк современной немецкой юридической литературы»¹². Программа исследования в соответствии с задачами представлена этапами: а) изложение политико-юридической теории Штейна; б) обозначение условий и обстоятельств, среди которых возникла теория Штейна; в) определение места, занимаемого Штейном в истории юридических учений, определение отношения юридической теории Штейна к теориям, предшествовавшим и сопутствовавшим его учению. Таким образом, работа имеет характер всестороннего обозрения, на наш взгляд, качественного и всестороннего, с многочисленными группировками положений и основных тезисов рассматриваемых теорий и учения Штейна.

Критикуя представителей школы естественного права, автор категорично заявляет, что природа права не может быть понята через изучение только отдельного человека, т.е. на почве индивидуальной психологии, как это делала естественная школа и некоторые современники автора. По его мнению, «как продукт совместной жизни людей и как один из ее элементов право уяснится только на основании социальной, народной психологии, значение которой стало признаваться только в самое последнее время»¹³. Остальные аргументы против школы естественного права указаны в следующем виде:

а) право вытекает не из сущности каждой отдельной личности, а из их взаимодействия;

б) право является не только изречением разума, но и произведением совокупного действия многих общественных сил, среди которых человеческий разум является только одним из моментов;

в) нет и не было всегда вечного, неизменного и универсального права у всех народов¹⁴.

В результате систематизации учений в немецкой науке выделены три направления: историческое, критико-догматическое и социологическое, не исключающие, а дополняющие друг друга¹⁵. В трудах Н. Е. Штейна Чижев отмечает сочетание объективизма и субъективизма, происшедшее вследствие стремления Штейна построить свою положительную политико-юридическую теорию на философско-политических и юридических воззрениях предшествовавших ему философов субъективного направления (во главе с Гегелем)¹⁶.

Анализ классификации наук, по Штейну, позволил Н. Е. Чижову выдвинуть *научную идею* о невозможности разделения знания на философское и положительное, а также об отсутствии самостоятельного значения

¹² Чижев Н. Е. Право и его содержание по учению Лоренца фон Штейна. Изложение политико-юридической теории Лоренца фон Штейна. Одесса, 1890. Ч. 1. С. 1.

¹³ Там же. С. 195.

¹⁴ См.: Там же. С. 195–196.

¹⁵ См.: Там же. С. 398.

¹⁶ См.: Там же. С. 399–400.

философии права и вхождении этой науки в область общей теории права: «Не должно быть места в науке разделению знания на философское и положительное, потому что знание едино. Речь может быть только о научном знании, предметом которого являются не сущности, а явления, не то, что должно быть, а что есть, что происходит... Все сказанное относится к философии права и науке права. Если бы даже философия права не занималась сущностью права, а имела дело с установлением системы права и юридических наук, с изучением общей связи юридических наук и с уяснением природы права на основании познания социальных законов, то и в таком смысле она излишняя, потому что все сейчас перечисленное составляет содержание науки права вообще, которая не мыслима без системы, которая раскрывает законы сосуществования и преемственности юридических явлений, сводя массу юридических явлений к возможно меньшему количеству законов. В данном случае задачи и содержание философии права суть задачи и содержание науки права или, выражаясь точнее – общей теории права»¹⁷.

В диссертации представлено также и авторское *понятие* права через обозначение природы права в его существенных признаках. Понятие права сводится к следующему: право есть совокупность норм, выражающих могущество общества над индивидом, исходящих от центрального органа совместной жизни, признанных юридическими, преследующих интересы совместной жизни, ограничивающих деятельность людей и охраняемых чаще всех других норм организованным физическим принуждением¹⁸. Здесь же аргументирован и тезис о необходимости включения частного права в сферу публичного, что влечет освобождение права от особенных частных интересов: подчинение частного права публичному означает, по мнению автора, не восстановление поглощения личности государством, а только то, что государство отводит индивиду определенную сферу, в которой он с дозволения государства свободен, пока эта свобода не будет отнята или же ограничена государством.

Обстоятельные выводы, представленные Н. Е. Чижовым, были обусловлены методологией исследования и его характером. Ученый ограничивался только краткими критическими замечаниями по поводу выдающихся моментов политико-юридической теории Штейна с целью обратить внимание на то, что теория права может быть образована не на основании только догмы права, а на уяснении отношения между нормой права и реальными явлениями социальной жизни. Своеобразие исследования заключается в том, что параллельно выполнению основной задачи, автор формулирует собственную точку зрения и формы научного знания на интересные ему вопросы.

Спустя 18 лет вопросы сущности права поднимал и анализировал **Н. И. Палиенко** в докторской диссертации «Учение о существе права и правовой связанности государства» (Харьковский университет, 1908 г.).

¹⁷ Там же. С. 416.

¹⁸ См.: Там же. С. 427.

Основную задачу исследования автор видит в «выяснении и оценке тех выводов, к которым пришло современное правоведение по вопросу о существовании права»¹⁹, а также в рассмотрении проблемы правовой связанности государства, обязательности права для субъекта и органов государственной власти. В главах первой, второй и третьей рассматриваются идеи естественного права, а также историческое и позитивное направление в правоведении и возрождение доктрины естественного права. Заключительные четвертая и пятая главы посвящены понятию права и вопросам правовой связанности государства.

Среди результатов диссертации в первую очередь представлен тезис о понимании роли доктрины абсолютного естественного права, которая состоит в том, что:

а) естественное право требовало и содействовало освобождению от массы цепей, которыми люди веками были скованы телесно и духовно;

б) естественное право добивалось защиты частного права каждого, независимо от его веры, национальности и общественного положения;

в) оно самым энергичным образом содействовало коренной реформе уголовного законодательства в смысле гуманности и правомерности уголовного процесса;

г) оно содействовало освобождению части Европы от кастового строя, феодальных порядков, патримониального деспотизма и невыносимой опеки полицейского государства;

д) положительным произведением естественно-правовой идеи является «правовое государство» со всеми его конституционными гарантиями;

е) исследуя сущность права и раскрывая содержание и характер отдельных его отраслей, доктрина естественного права, несомненно, содействовала выяснению существа права и более правильной систематизации права²⁰.

Данные положительные результаты реализации идеи естественного права не помешали, однако, автору высказать мысль о том, что «несмотря на всю... культурную историческую роль идеи естественного права, доктрина абсолютного естественного права страдала такими недостатками, которые неизбежно должны были привести к ее падению с развитием научных знаний, даже независимо от всякой политической реакции против радикализма естественно-правовых учений»²¹.

По ходу анализа исторического и позитивного направления в правоведении Н. И. Палиенко делает важный вывод относительно взаимоотношений двух подходов к пониманию права: «Признанием лишь положительного права правом современная позитивная юриспруденция устранила тот дуализм в понимании права, который обуславливался различием права естественного и права положительного, но таким образом далеко не разрешила всех проблем, которые поставлены были

¹⁹ Палиенко Н. И. Учение о существовании права и правовой связанности государства. Харьков, 1908. С. 1.

²⁰ См.: Там же. С. 61–62, 65.

²¹ Там же. С. 71.

в естественно-правовой философии в связи с признанием естественного права и которые последняя так или иначе разрешала именно путем такого признания; и так как даже по основному вопросу о существовании права и его определении в самой позитивной юриспруденции далеко не было достигнуто единения, то всем этим открыт был путь для той критики позитивного направления в юриспруденции, а затем и для новой защиты естественного права»²².

Интересна также оценка автором новейшего направления идеи естественного права и общий вывод о ее значении. Он говорит, что основными задачами представителей как старого, так и нового течения естественно-правовой школы было нахождение идеального права, придать юриспруденции идеалистическое направление, найти идеальный критерий права, наконец, противостоять позитивному праву.

Н. И. Палиенко одобрительно оценивает утверждение о том, что естественное право действует и обуславливает положительный правопорядок как идеальный или психический фактор социальной жизни, но сомневается в правильности формулировки основной мысли сторонниками естественно-правовой теории. При этом возникает основной вопрос, подлежащий выяснению в данной сфере, – можно ли естественное право считать правом в объективном смысле (общеобязательным регулятором общественных отношений, защищенным силой государственного принуждения)? После своих изысканий ученый приходит к выводу о том, что естественное право, понимаемое как «идеальное право», «мыслимое право», «недействующее право древних народов», не есть особый вид права, отличный от права положительного. *Концепция* понимания естественного права такова: естественное право – это лишь идеал положительного права или воображаемое положительное право идеальной ценности; речь идет о фикции, воображаемом, мыслимом праве со всеми присущими праву атрибутами.

Автор считает, что невозможно признать верными и истинными конечные социальные этические или правовые идеалы, выдвигаемые различными сторонниками естественно-правовой школы, в чем отчасти, пусть и в более смягченном варианте, повторяет позицию Н. Е. Чижова, высказанную им в докторской диссертации «Право и его содержание по учению Лоренца фон Штейна».

С целью сформулировать определение права ученый пытается найти классовое понятие права, необходимое для отграничения правовых явлений от всех прочих. Обозрев определения права по содержанию норм, источнику происхождения, по их характеру и функциям, Н. И. Палиенко говорит об отсутствии их общей применимости и общепризнанности. С другой стороны, он обсуждает определения права, основанные на принудительном его характере, принимает их за наиболее верные и приводит свое *понятие* права: «Право представляет собою внешне-императивные для субъектов определенного общения или формально-принудительные

²² Палиенко Н. И. Указ. соч. С. 108.

нормы их взаимоотношений»²³. Таким образом, все нормы, имеющие подобный характер в сознании отдельных индивидов либо целых групп индивидов, будут их правом, а все нормы, лишённые этого характера, хотя по воззрениям или желанию тех или других субъектов или целых общественных групп они должны были бы получить такой характер, не могут быть названы правом (рациональным или естественным), а должны именоваться лишь правовыми идеалами.

Заключительная часть исследования посвящена выяснению вопроса о правовой связанности государства, которую, по мнению Н. И. Палиенко, следует искать не в самоопределении государства как субъекта, носителя общественной власти, а «в определении его другими, в нормативном сознании той массы лиц, которую в конструкции государственных отношений противопоставляют государству как подданных и граждан, и с которыми государство как субъект властвования мыслится состоящим в юридических отношениях»²⁴. Поэтому делается вывод, что нормы и законы, которые устанавливаются государством как носителем общественного властвования, являются внешними императивными нормами также и для него самого, потому что обязательность их для государства зиждется не на государственной лишь власти или конструируемой юристами воле государства, а обуславливается тем психологическим фактором, который в огромной мере обуславливает и саму силу государства, его власть, т.е. признанием со стороны подвластных²⁵.

Очередное исследование в рамках философии права провел **В. А. Савальский**, защитив в Московском университете в 1909 г. магистерскую диссертацию на тему «Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др.».

Характеризуя предмет исследования, автор ограничил его изучением проблемы «возвращения к Канту», решая спор между неохристианцами и марбургской школой, как двумя наиболее влиятельными направлениями критицизма²⁶. Исходная гипотеза В. А. Савальского состояла в том, что «если вообще необходимо «возвращение к Канту», то искомым Кант дан не у неохристианцев, а в марбургской школе и только в ней»²⁷.

Для выполнения поставленной задачи в первом томе (который, собственно, и является магистерской диссертацией) представлен разбор этико-юридической проблемы в философской системе Германа Когена. Для это последовательно изложены: 1) предварительные замечания об основных понятиях критической философии Когена; 2) основные понятия теории опыта в отношении их к этической проблеме по учению Когена в его трактате «Теория опыта Канта»; 3) проблема обоснования этики по учению Когена в его трактате «Обоснование этики Канта»; 4) «Система

²³ Палиенко Н. И. Указ. соч. С. 260.

²⁴ Там же. С. 337.

²⁵ См.: Там же. С. 337.

²⁶ См.: Савальский В. А. Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др. М., 1909. Т. 1. С. III.

²⁷ Там же.

философии» Когена как классификация наук и логическое место этики и юриспруденции в этой системе; 5) этика чистой воли Когена как научная этика, как логика общественных наук и как критика силы юридического суждения.

Изучение «Системы философии» Когена как классификации наук и обозрение логического места этики и юриспруденции в этой системе приводит автора к окончательному положению: «Существующие в литературе возражения против оснований научного идеализма Когена не колеблют ни его оснований, ни тех следствий, которые из них логически вытекают. Поэтому и те черты «Этики чистой воли» ... что Этика чистой воли есть научная этика, есть логика общественных наук, есть критика юридической силы суждения – все эти черты остаются имеющими всю силу и значение»²⁸.

Подводя общие итоги исследования, В. А. Савальский указывает, что во всех затронутых Когеном вопросах примкнул к нему, и лишь только проблема религиозной философии могла бы быть решена в духе научного идеализма несколько иначе²⁹.

Хронологически последними своими исследованиями проблем социальной физики в XVII столетии отметил **Е. В. Спекторский**, защитив магистерскую и докторскую диссертации соответственно в 1910 г.³⁰ в Дерптском (Юрьевском) университете и в 1917 г.³¹ в Московском университете.

Объемное комплексное исследование автор связал с большинством своих прежних работ, в которых поднимал и решал вопросы относительно понятия социологии, трактовки ее как социальной физики и т.д. Говоря о методологической и теоретической основе своих работ, Е. В. Спекторский отметил, что марбургская школа неокантианства во главе с Г. Когеном и П. Наторпом не может считаться плодотворной в силу отвлеченной «трансцендентальной» гносеологии³². Основное же внимание обращено на генетическое исследование проблем науки.

Предметом работы является «история целей, средств и результатов проблемы социальной физики в XVII веке»³³. Все исследование состоит из трех частей: нового мировоззрения, новой теории науки и нового обществоведения. Первый том (магистерская диссертация) охватывает первые две части и раскрывает «настоящую историческую картину своеобразного позитивного рационализма XVII века», при том что, по словам Е. В. Спекторского, он не проповедовал научного и философского рецидива, не провозглашал стремления вернуться назад к XVII в., а лишь пытался исправить установившиеся по традиции неправильное понимание

²⁸ Савальский В. А. Указ. соч. С. 221.

²⁹ См.: Там же. С. 349.

³⁰ См.: Спекторский Е. В. Проблема социальной физики в XVII столетии. Варшава, 1910. Т. 1 : Новое мировоззрение и новая теория науки.

³¹ См.: Там же. Киев, 1917. Т. 2.

³² См.: Там же. Т. 1. С. 7.

³³ Там же. С. 9.

научных стремлений этого века и напомнить его своеобразную манеру мыслить и понимать³⁴.

Выводы автор отдельно не группировал, поэтому можно встретить лишь промежуточные заключения и тезисы, выдвигаемые Е. В. Спекторским по ходу исследования в магистерской диссертации (первой части труда). К примеру, обозревая XVII в., автор отдает ему должное, однако не призывает возвращаться к его достижениям. В отношении вечных вопросов гносеологии рационалистам XVII в. отдается предпочтение перед учениями XVIII и XIX столетий. Интересен и вывод относительно определений как вспомогательного приема при познании и одного из главных источников познания у рационалистов XVII в. Период упадка значения определений автор связывает с «увлечением новым историческим духом», а обращение к определениям представителей некоторых сфер науки называет анахронизмом. Последним обстоятельством объясняется в исследовании и неудача, логическая несостоятельность, иногда нелепость многих определений права, государства, хозяйства, общества и т.д.³⁵ В целом же магистерская диссертация как первый этап комплексного исследования социальной физики XVII в. представляет описательный характер с критическими замечаниями в рамках поставленных задач.

Во втором томе, ставшем докторской диссертацией, Е. В. Спекторский подробно останавливается на новых идеях в обществоведении XVII в. (рассмотрены: новаторы XVII в. и их научная программа, новое естественное право, проблема универсальной науки), вопросе об источниках научного новаторства в XVII столетии (автор коснулся старого и нового в науке XVII в., рационализма и гуманизма, рационализма и протестантизма, рационализма и нового естествознания), рациональной психологии и рациональной социологии.

К сожалению, в докторской диссертации также не содержится общих выводов, итоговых тезисов, поскольку автор задумывал, судя по его словам, и третий том своей «Социальной физики XVII в.». В первом томе, говоря о задачах и плане исследования, он анонсировал и третью часть, в которой предполагалось рассмотреть поставленную в XVII столетии проблему социальной физики как применение новой теории к человеческому общежитию. Таким образом, обе диссертации Е. В. Спекторского посвящены социологии, явились промежуточными стадиями комплексного исследования, не завершеного автором в силу политических (революционных) событий и последующей эмиграции.

По итогам рассмотрения представленных диссертаций можно сделать определенные выводы.

1. По своему содержанию анализируемые работы относятся к общей теории права (либо философии права). Защищались данные диссертации по специальности «государственное право» по причине отсутствия специальностей по общей теории права и истории права для получения

³⁴ См.: Спекторский Е. В. Проблема социальной физики в XVII столетии. Т. 1. С. 234.

³⁵ См.: Там же. С. 9.

степени магистра и доктора права в нормативных правовых актах Российской империи.

2. Единичные диссертационные исследования по проблемам сущности права и правопониманию (восемь за весь дореволюционный период) косвенно свидетельствуют о том, что отечественная наука общей теории права находилась на этапе своего становления, не представляла стройной системы научных знаний.

3. В рассмотренных работах выявлены и классифицированы формы научного знания, сформулированные авторами, однако их количество минимально, а в некоторых исследованиях они не представлены вовсе. В восьми диссертациях выявлены: а) *концепции*: выделения элементов системы права (И. В. Кашница, 1872 г.); понимания естественного права (Н. И. Палиенко, 1908 г.); б) *научная идея* о невозможности разделения знания на философское и положительное, а также об отсутствии самостоятельного значения философии права и вхождении этой науки в область общей теории права (Н. Е. Чижов, 1891 г.); в) *понятие* права (Н. Е. Чижов, 1891 г.).

4. Представляется, что работу по анализу, выявлению и систематизации форм научного знания необходимо продолжить и воплотить в единую базу данных новых научных результатов, полученных в диссертациях по отраслям юридической науки в Российской империи.

Ставропольский университет

Апольский Е. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры истории и теории государства и права

E-mail: apolski@mail.ru

Тел.: 8-905-468-64-17

Stavropol University

Apolski E. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the History and Theory of State and Law Department

E-mail: apolski@mail.ru

Tel.: 8-905-468-64-17

ПОНЯТИЕ РАСШИРИТЕЛЬНОГО И ОГРАНИЧИТЕЛЬНОГО ТОЛКОВАНИЯ ПРАВА

Е. Ю. Тихонравов

Юридический институт Сибирского федерального университета
(г. Красноярск)

Поступила в редакцию 13 ноября 2015 г.

Аннотация: в литературе по правоведению предмет исследования настоящей публикации является дискуссионным. Некоторые ученые полагают, что расширительное и ограничительное толкование права составляет интерпретационную деятельность. Другие специалисты утверждают, что оно приводит к созданию новых юридических предписаний. В статье предпринята попытка преодолеть указанное противоречие и выявить верное понимание распространительного и ограничительного толкования права. Более того, в публикации продемонстрировано соотношение расширительной интерпретации юридических правил и аналогии закона. Приведены также примеры обращения зарубежных и отечественных судов к распространительному и ограничительному толкованию права. Подвергнуто критике осуществляемое некоторыми правоведами отождествление упомянутой интерпретации с систематическим толкованием правовых норм.

Ключевые слова: распространительное, ограничительное и систематическое толкование права; созидательная юридическая фикция; аналогия закона; пробел в праве.

Abstract: contradicting opinions have been expressed concerning the issue of the present paper. Some scholars maintain that extensive and restrictive construction of law lies within the boundaries of interpretation. Others argue that it leads to the creation of new legal rules. The article attempts to resolve this contradiction by determining correct understanding of extensive and restrictive interpretation. Moreover, the relationship between extensive interpretation and analogia legis is demonstrated. Finally, the author challenges the view that identifies extensive and restrictive interpretation with systematic construction of law.

Key words: extensive, restrictive and systematic interpretation of law; creative legal fiction; analogia legis; gap in the law.

Расширительное (распространительное) и ограничительное (рестриктивное) толкование права известно юриспруденции давно: к этой интерпретации обращались еще римские юристы.

Опираясь на их работы, В. М. Хвостов описал распространительное толкование права следующим образом: «Если окажется, что автор нормы... придал своей мысли слишком узкую редакцию в словах»¹, то «область применения нормы приходится расширить за пределы буквальной ее редакции, чтобы осуществить вполне мысль, которую имел в виду ав-

¹ Хвостов В. М. Опыт характеристики понятий *aequitas* и *aequum jus* в римской классической юриспруденции. М., 1895. С. 15.

тор ее»². Иными словами, юристы «просто должны применять существующую норму к случаям, не отвечающим условиям ее буквальной редакции, но согласным с ее смыслом»³.

Ограничительная интерпретация права предполагает иное. По выражению В. М. Хвостова, нередко «римский юрист... указывает на необходимость сузить... область применения нормы сравнительно с слишком широко сформулированной буквальной редакцией ее»⁴. Если же в таком случае «практик-юрист будет строго держаться буквы, которая получена нормой от создавшего ее источника права, и будет принимать во внимание лишь те условия, которые нашли упоминание в тексте нормы, то он будет прилагать ее и к... случаям, которые вовсе не имел в виду законодатель при создании норм»⁵.

Изложенное позволяет понять условие, необходимое для осуществления расширительного и ограничительного толкования права. Речь идет об отсутствии формулирования в юридической норме предписания должного поведения, которое суверен желал в ней закрепить.

В этой ситуации рассматриваемая интерпретация требует от структур государственной власти руководствоваться «действительным смыслом» указанного правила⁶. Сказанное означает, что им надлежит сначала выявить, а затем реализовать на практике предписание должного поведения, которое суверенная власть желала в данной норме воплотить.

Упомянутый «действительный смысл» юридического правила устанавливается путем различных методов толкования права. Причем в научной литературе нет единого мнения, какие именно из них должны применяться для достижения выделенной цели. По идее А. Ф. Черданцева, определению «действительного смысла» юридического правила способны служить все приемы толкования права⁷. Однако Е. В. Васьковский полагал, что грамматический метод является здесь неподходящим⁸.

Выполненное описание исследуемой концепции толкования обнаруживает содержащееся в этой доктрине противоречие. С одной стороны, здесь утверждается, что суверенной власти не удалось сформулировать в юридическом правиле предписание должного поведения, которое она желала в отмеченной норме закрепить, а с другой – постулируется, что упомянутое предписание возможно выявить путем интерпретации действующего права.

Очевидно, что из функционирующих правовых норм невозможно извлечь предписание должного поведения, которое в них суверенной властью не сформулировано.

² Там же.

³ Там же. С. 100.

⁴ Там же. С. 16.

⁵ Там же. С. 105.

⁶ См.: Васьковский Е. В. Руководство к толкованию и применению законов. М., 1997. С. 31, 77; Черданцев А. Ф. Толкование права и договора. М., 2003. С. 279.

⁷ См.: Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 284.

⁸ См.: Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 53, 77.

Правда, некоторые правоведы полагали, что «действительный смысл» юридического правила поддается установлению при изучении не только действующего права, но и другого материала. Последний, по словам Е. В. Васьковского, «может быть добыт... из объяснительных записок и мотивов к законам, из протоколов заседаний редакционных комиссий и законодательных учреждений, из сочинений, мемуаров и переписки составителей законов, из исторических и юридических исследований и т.д.»⁹. Данный материал юрист именовал «внешними источниками»¹⁰.

Приведенные идеи Е. В. Васьковского едва ли верны. В самом деле, суверенная власть формулирует предписания должного поведения общего характера, рассчитанные на многократное применение, исключительно в правовых нормах. Причем эти юридические правила получают свое закрепление и выражение только в определяемых ею формальных источниках права¹¹, куда «внешние источники», если использовать терминологию Е. В. Васьковского, не включаются¹². Иными словами, в упомянутом этим специалистом материале сформулированные сувереном отмеченные предписания должного поведения отсутствуют. Следовательно, выявить их с помощью анализа «внешних источников» нельзя.

Таким образом, предписания должного поведения, формулируемые в результате обращения к распространительному и рестриктивному толкованию права, не укладываются в содержание действующих юридических норм.

Аналогичную по смыслу точку зрения отстаивал С. А. Дробышевский. По его убеждению, расширительное и ограничительное толкование права предоставляет «правоприменителю возможность проводить в жизнь предписания должного поведения, отличающиеся от тех, которые составляют содержание правовых норм»¹³.

Подобный результат для интерпретационной деятельности нехарактерен, поэтому распространительное и рестриктивное толкование права к ней не относится.

Предписания, создаваемые путем изучаемого толкования, нарушают законность. Она, как известно, подразумевает обязанность государства действовать на точном основании правовых норм¹⁴.

Однако это нарушение законности происходит скрытно. Ведь предписание, вырабатываемое посредством распространительного или рестриктивного толкования правовой нормы, формулируется под видом ее применения. Последнее же постулируется осуществляемым в соответствии с «действительным смыслом» этого юридического правила.

⁹ Васьковский Е. В. Указ. соч. С. 57.

¹⁰ См.: Там же.

¹¹ См.: Дробышевский С. А., Данцева Т. Н. Формальные источники права. М., 2011. С. 43.

¹² См.: Там же. С. 46.

¹³ Дробышевский С. А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Красноярск, 1995. С. 27.

¹⁴ См.: Шершеневич Г. Ф. О чувстве законности // Учен. зап. Император. Казан. ун-та. 1898. Кн. 2. С. 63.

Изложенное позволяет прийти к заключению. Расширительное и ограничительное толкование права следует классифицировать в качестве разновидности так называемой созидательной юридической фикции. Она есть «любое суждение, которое скрывает или стремится утаить факт того, что под видом применения в конкретном случае действующей правовой нормы соответствующий государственный орган создает и реализует предписание, не укладывающееся в содержание упомянутого юридического правила»¹⁵.

С помощью созидательных фикций оказывается решенной важная для государства задача. Деятельность выполняющих функцию правоприменения государственных органов по формулированию не укладывающихся в содержание действующего права предписаний воспринимается населением как законная.

Данное обстоятельство, несомненно, положительно сказывается на эффективности правового регулирования. Во всяком случае здесь исключается следование массой человеческих индивидуумов, подчиненных суверенной власти, примеру должностных лиц, отчасти не считающихся с действующими юридическими правилами¹⁶.

Применение созидательных фикций расширительного и ограничительного толкования права должно быть подчинено двум правилам. Во-первых, при решении вопроса о необходимости обращения к изучаемой интерпретации следует сравнивать две вещи. Имеются в виду зло и польза от использования указанного толкования. Зло заключается в нарушении законности. Польза состоит в разнообразных благах, достигаемых посредством формулирования предписаний, не укладывающихся в содержание функционирующих правовых норм.

Эти предписания надлежит создавать в случае, когда такая линия поведения приносит государству больше пользы, чем вреда¹⁷. От их выработки следует отказаться в противоположной ситуации.

Во-вторых, содержание упомянутых предписаний должно определяться исходя из современных целей суверенной власти. Для уяснения отмеченных устремлений требуется обратиться к праву в его формальных источниках, другим правовым актам, политическим документам, научным работам по политологии и юриспруденции, сведениям, распространяемым в средствах массовой информации.

Использование созидательных фикций расширительного и ограничительного толкования права приводит к неодинаковым результатам. Так, предписания, сформулированные с помощью распространительной интерпретации правовых норм, нацелены на регламентацию общественных отношений, которые юридическими правилами не регулируются.

¹⁵ Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Способы восполнения пробелов в праве. М., 2014. С. 23.

¹⁶ См.: Изречения Конфуция, учеников его и других лиц. СПб., 1910. С. 72, 73–74.

¹⁷ См.: Локк Д. Сочинения. М., 1988. Т. 3. С. 356–357.

Как известно, данный результат характерен для всех способов восполнения пробелов в праве¹⁸, поэтому расширительное толкование правовых норм тоже относится к упомянутым приемам.

Действительно, в качестве такого метода указанная интерпретация санкционируется суверенной властью отдельных государств. Например, в Гражданском кодексе Греции 1940 г. сказано: «В случаях, непредусмотренных статутом, решения судов основываются либо на распространительном толковании юридических правил или статей договора, либо на их применении по аналогии, либо на общих принципах права»¹⁹.

Отечественная судебная практика тоже причисляла расширительную интерпретацию правовых норм к приемам преодоления юридических лакун. Например, Правительствующий сенат в деле Бронштейна 1897 г. подчеркнул: «Суду не предоставлено право восполнять пробелы в обязательных постановлениях разных общественных учреждений (например, городских дум) путем распространительного их толкования»²⁰.

По-видимому, выполняемая последним правовосполнительная функция подтолкнула некоторых правоведов к отождествлению расширительной интерпретации правовых норм с другим способом преодоления юридических лакун. Имеется в виду аналогия закона.

Например, к указанным юристам принадлежала Е. В. Епифанова. По ее мнению, «расширительное толкование можно определить как завуалированную форму реализации аналогии... закона»²¹.

Подобного отождествления придерживался также И. И. Аносов. Об этом свидетельствует заданный им вопрос: «Да и кто, строго говоря, может провести отчетливую границу между аналогией и распространительным толкованием закона?»²².

Вряд ли изложенные суждения Е. В. Епифановой и И. И. Аносова соответствуют действительности. В самом деле, аналогия закона, как и расширительная интерпретация правовых норм, является созидательной фикцией, которая служит преодолению юридических лакун²³. Однако сокрытие создания и реализации правовосполняющего предписания осуществляется этими приемами юриспруденции по-разному. Речь идет о следующем.

Ранее было показано, что предписание, вырабатываемое посредством распространительного толкования правовой нормы, формулируется под

¹⁸ См.: Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Указ. соч. С. 66–70.

¹⁹ Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. N. Y., 2006. P. 407.

²⁰ Дубровин Ф. П. О размерах допустимости аналогии при применении уголовного закона (окончание) // Журнал Министерства юстиции. 1899. № 6. С. 28.

²¹ Епифанова Е. В. Аналогия в уголовном праве : история и современность // Актуальные проблемы экономики и права. 2008. № 1. С. 116.

²² Аносов И. И. Заметки к вопросу о применении аналогии в уголовном праве // Бюллетень Среднеазиат. гос. ун-та. 1926. № 5. С. 9.

²³ См.: *Pospisil L. J. Anthropology of Law : a Comparative Theory*. N. Y., 1971. P. 21–22 ; *Lundmark T. Charting the Divide between Common and Civil Law*. N. Y., 2012. P. 81 ; Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю. Указ. соч. С. 112–122.

видом ее применения. Последнее же постулируется осуществляемым в соответствии с «действительным смыслом» этого юридического правила.

При аналогии закона отмеченное утаивание достигается иначе. В деле, возникшем по поводу пробела в праве, формулирование преодолещающего эту лакуну предписания скрывается под видом применения юридического правила, которое регулирует аналогичный случай²⁴.

Выявленная разница между аналогией закона и расширительным толкованием правовых норм позволяет сделать вывод. Отождествление этих двух приемов юриспруденции недопустимо.

Результат ограничительного толкования права имеет иной характер. Здесь под видом применения определенного юридического правила скрывается создание предписания, в соответствии с которым упомянутая правовая норма оказывается частично либо полностью неприменимой к общественным отношениям, на регулирование которых она направлена.

Использование расширительного и ограничительного толкования права распространено в судебной практике стран англо-саксонской правовой семьи. Например, рестриктивная интерпретация юридических норм легла в основу решения Верховного суда США по делу *Church of the Holy Trinity v. United States* 1892 г.²⁵

Суть тяжбы заключалась в следующем. В 1880 г. в США был принят статут, запрещающий физическим и юридическим лицам «любым способом содействовать или способствовать перемещению либо миграции любого иностранца или иностранцев в США... в соответствии с соглашением или договором... на выполнение работ и оказание услуг любого рода на территории США...». При этом установленный запрет не распространялся на актеров, художников, преподавателей, певцов и домашних работников.

В 1887 г. одна из церквей Нью-Йорка заключила соглашение с английским пастором Варреном. В соответствии с этим договором он переехал в США и возглавил упомянутое религиозное учреждение.

Через некоторое время федеральный обвинитель обратился в Окружной суд южного округа Нью-Йорка. Он потребовал привлечь церковь к ответственности за нарушение статута 1880 г.

Рассматривая дело, суд подчеркнул, что установленный законом запрет распространяется на выполнение работ и оказание услуг именно любого рода. Более того, деятельность Варрена не составляла перечисленные в статуте исключения. Поэтому требование федерального обвинителя было удовлетворено.

Церковь опротестовала принятое решение в Верховном суде США. Он признал, что случай охватывается «буквой» статута 1880 г., а доводы Окружного суда южного округа Нью-Йорка «очень убедительны». Тем не менее решение последнего было отменено. При этом Верховный суд США использовал следующую аргументацию.

²⁴ См.: *Дробышевский С. А., Тихонравов Е. Ю.* Указ. соч. С. 112–115; 118–122.

²⁵ См.: *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 459 (1892). Retrieved from. URL: <http://supreme.justia.com/us/143/457/case.html>

«Является известным принципом, что случай может подпадать под букву статута и все же лежать вне этого акта, ибо указанная ситуация не охватывается ни духом закона, ни намерением его авторов... в сборниках судебных решений полно дел, иллюстрирующих применение данного правила. Это не есть замещение воли законодателя волей судьи, так как часто в статуте используются слова общего значения, слова достаточно широкие, чтобы охватить анализируемый вопрос, тем не менее, изучение всего законодательства, условий, сопутствующих принятию статута, или абсурдные результаты, которые следуют из придания словам столь широкого значения, показывают, что безрассудно полагать, будто легислатура намеревалась включить рассматриваемую ситуацию в сферу действия статута».

Исходя из цитированных рассуждений, Верховный суд США приступил к выявлению цели, достижение которой преследовал закон 1880 г. Здесь прежде всего было установлено, что образовавшийся в США до принятия этого акта приток неквалифицированной, дешевой рабочей силы из-за рубежа привел к ухудшению уровня жизни американских граждан, занятых физическим трудом.

Затем Верховный суд США исследовал законодательную историю статута 1880 г. Из доклада комитета Палаты представителей следовало, что данный закон задумывался в качестве меры против наплыва в США иммигрантов, готовых за бесценок выполнять неквалифицированный физический труд.

Члены же комитета по образованию и труду Сената в своем докладе отметили, что они сформулировали бы иначе текст обсуждаемого билля. Речь идет о замене выражения «работы и услуги» на «физические работы и услуги». Такая поправка, по мнению сотрудников упомянутого комитета, лучше отвечает цели, ради достижения которой задумывался этот закон.

На основании изложенного Верховный суд США пришел к выводу: «Осуществленное [Окружным судом южного округа Нью-Йорка] толкование [статута 1880 г.] не может быть признано верным. Это тот случай, где было обнаружено конкретное зло, ввиду которого легислатура использовала термины общего характера с целью объять все проявления данного зла, а затем неожиданно выяснилось, что употребленная таким образом общая терминология настолько широка, что охватывает ситуации и действия... намеренный запрет которых в законодательном порядке не мог бы произойти. В таких обстоятельствах является обязанностью судов заявить, что, какой бы широкой ни была формулировка статута, деяние, хотя и подпадающее под букву, не обнимается намерением законодательного органа и поэтому не может охватываться самим статутом».

Таким образом, Верховный суд США выработал в данном деле предписание должного поведения, которое суверенная власть в статуте 1880 г. не закрепила. Причем это установление оказалось реализованным под видом применения отмеченного закона.

Интересно отметить, что упомянутое решение Верховного суда США было принято в 1892 г. Но еще годом ранее Конгресс внес поправки в закон 1880 г., согласно которым «священники любых конфессий» дополнили перечень перечисленных в этом статуте исключений²⁶.

Аналогичные дела можно обнаружить и в отечественной судебной практике. Например, в п. 2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16 «О свободе договора и ее пределах» сказано: «Норма, определяющая права и обязанности сторон договора, является императивной, если она содержит явно выраженный запрет на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного этой нормой правила (например, в ней предусмотрено, что такое соглашение ничтожно, запрещено или не допускается, либо указано на право сторон отступить от содержащегося в норме правила только в ту или иную сторону, либо названный запрет иным образом недвусмысленно выражен в тексте нормы).

Вместе с тем из целей законодательного регулирования может следовать, что содержащийся в императивной норме запрет на соглашение сторон об ином должен толковаться ограничительно. В частности, суд может признать, что данный запрет не допускает установления сторонами только условий, ущемляющих охраняемые законом интересы той стороны, на защиту которой эта норма направлена.

Так, ч. 4 ст. 29 Федерального закона от 2 декабря 1990 г. № 395-1 «О банках и банковской деятельности» установлен запрет на одностороннее изменение кредитной организацией порядка определения процентов по кредитному договору, заключенному с заемщиком-гражданином, однако это не означает, что запрещено одностороннее изменение указанного порядка, вследствие которого размер процентов по кредиту уменьшается.

Статья 310 ГК РФ допускает согласование в договоре права на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора только в случаях, когда договор заключается в связи с осуществлением обеими его сторонами предпринимательской деятельности. Цель данной нормы состоит в защите слабой стороны договора. Следовательно, подразумеваемый в ней запрет не может распространяться на случаи, когда в договоре, лишь одна из сторон которого выступает в качестве предпринимателя, право на одностороннее изменение или односторонний отказ от договора предоставлено стороне, не являющейся предпринимателем»²⁷.

Как видно из цитированного постановления, Высший Арбитражный Суд РФ посредством ограничительного толкования права сформулировал два предписания, не укладывающихся в содержание действующих юридических правил. Причем одно из них, а именно изложенное в по-

²⁶ См.: *Manning J. F.* The Absurdity Doctrine. 116 Harvard Law Review 2428 (2003).

²⁷ О свободе договора и ее пределах : постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14 марта 2014 г. № 16. URL: http://arbitr.ru/as/pract/post_plenum/106573.html

следнем предложении предыдущего абзаца, в 2015 г. получило законодательное закрепление в п. 2 ст. 310 Гражданского кодекса РФ 1994 г.²⁸

На расширительном толковании права основывается постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 марта 2012 г. № 14340/11. Это решение было принято в связи с требованием региональной общественной организации «Водно-моторный клуб «Маяк»» отнести ее к потребителям, для которых расчет тарифов на электрическую энергию производится аналогично тарифной группе «население».

В соответствии с п. 27 Методических указаний по расчету регулируемых тарифов и цен на электрическую (тепловую) энергию на розничном (потребительском) рынке, утвержденных приказом Федеральной службы по тарифам от 6 августа 2004 г. № 20-э/2, такая возможность устанавливалась лишь для семи категорий потребителей. Клуб «Маяк» ни к одной из них не относился. Поэтому Служба по государственному регулированию цен и тарифов Калининградской области упомянутое требование не исполнила.

Клуб обжаловал отказ службы в судебном порядке. Решением Арбитражного суда Калининградской области его требования были удовлетворены. Тринадцатый арбитражный апелляционный суд и Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа оставили это решение без изменения.

Рассматривая заявление службы о пересмотре в порядке надзора указанных судебных актов, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ пришел к следующему выводу. «Установив, что вся приобретаемая клубом электрическая энергия используется гражданами – собственниками помещений для хранения лодок и маломерных судов исключительно на коммунально-бытовые нужды, суды при удовлетворении заявленных требований допустили расширительное толкование перечня некоммерческих объединений граждан, приравняваемых к тарифной группе «население». Такое толкование соответствует установленному пунктом 27 Методических указаний общему критерию отнесения потребителей электрической энергии к категории «население», заключающемуся в использовании этой энергии на коммунально-бытовые нужды. Неупоминание в Методических указаниях... объединений граждан – собственников помещений для хранения лодок и маломерных судов (эллингов) в числе некоммерческих объединений граждан, приравненных к категории потребителей «население», не может являться основанием для отказа в отнесении клуба к указанной категории потребителей, если упомянутыми гражданами электрическая энергия используется исключительно для коммунально-бытовых нужд, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности»²⁹.

²⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая : федер. закон от 30 октября 1994 г. № 51–ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

²⁹ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 6 марта 2012 г. № 14340/11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Таким образом, в соответствии с предписанием, выработанным судебными органами путем распространительного толкования права, клуб был приравнен к тарифной группе «население». Причем суды претворили в жизнь это не укладывающееся в содержание действующих правовых норм установление под видом применения п. 27 Методических указаний.

Как демонстрируют представленные иллюстрации, отечественные трибуналы при обращении к расширительной и ограничительной интерпретации права не констатируют, что она вызвана некорректной формулировкой юридических правил. Причиной тому, по-видимому, является то, что эффективность правового регулирования в немалой степени обеспечивается авторитетом суверенной власти, а следовательно, государственным органам необходимо стремиться к тому, чтобы он всегда находился на самом высоком уровне. Если авторитет окажется подорванным при изобличении суверена в неспособности надлежащим образом выполнять свои функции, то подвергнется ущербу и эффективность осуществляемого в государстве правового регулирования.

Отсюда следует, что судебным органам необходимо воздерживаться от констатации ошибочного и неправильного формулирования юридических правил суверенной властью. Соответствующая этому принципу практика российских судов заслуживает одобрения.

Кроме того, она характеризуется еще одной чертой. Нередко отечественные трибуналы заявляют о недопустимости распространительного или ограничительного толкования права. Например, в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» сказано: «В соответствии со статьей 63 УК РФ перечень отягчающих наказание обстоятельств является исчерпывающим и расширительному толкованию не подлежит»³⁰.

Запрет на рестриктивную интерпретацию юридических правил установил, например, Конституционный Суд РФ. В одном из своих решений он подчеркнул: «Ограничения конституционного права на жилище могут быть установлены в конституционно значимых целях только федеральным законом, но не могут следовать из него по умолчанию или на основании ограничительного толкования его норм»³¹.

Невозможность в приведенных случаях расширительной и рестриктивной интерпретации юридических правил объясняется следующими обстоятельствами. Здесь вред от нарушения законности, который заключается в формулировании предписаний, не укладывающихся в содержание функционирующего права, превышает пользу от их создания.

³⁰ О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 11 января 2007 г. № 2. URL: <http://www.rg.ru/2007/01/24/nakazaniya-dok.html>

³¹ По делу о проверке конституционности статьи 7 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» в связи с жалобой граждан А. С. Епанечникова и Е. Ю. Епанечниковой : постановление Конституционного Суда РФ от 11 апреля 2011 г. № 4–П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

В правоведении выработаны и другие теоретические подходы к распространительному и рестриктивному толкованию правовых норм. Так, И. Бентам писал: «В любом из этих двух случаев истолковать так закон – суть изменить его: интерпретация используется здесь в качестве эвфемизма для изменения»³². Ведь «расширить старый закон значит фактически создать новый; так же как и ограничить старый закон – частично его отменить»³³.

Близкие идеи отстаивали некоторые отечественные специалисты. Например, В. К. Ткаченко заявлял, что «как распространительное, так и ограничительное толкования вносят изменения в смысл нормы. Они... корректируют закон. Можно даже сказать, что они позволяют применять закон не в тех случаях или не к тем лицам, которые им предусмотрены»³⁴.

Подобного взгляда придерживались С. Мыльников и А. В. Наумов. По их словам, «трудно согласиться с встречающимся в юридической литературе мнением о том, что распространительное (и ограничительное) толкование не вносит никаких изменений в действительный смысл нормы. На наш взгляд, оно корректирует закон»³⁵.

Аналогичное заключение сделал Р. Д. Рахунов, изучая расширительную интерпретацию права. По его мнению, такое толкование «есть, в сущности, установление новых норм»³⁶.

Представленные воззрения И. Бентама, В. К. Ткаченко, Р. Д. Рахунова, С. Мыльникова и А. В. Наумова обладают двумя недостатками. Прежде всего никто из упомянутых специалистов не сформулировал аргументацию, обосновывающую их цитированные суждения.

Вдобавок созданные путем расширительного и ограничительного толкования права предписания нельзя назвать результатом правотворчества, которые никогда не являются тождественными по сфере действия юридическим правилам.

Действительно, если правовая норма является обязательной для всех ситуаций в государстве, подпадающих под нее, то установление, выработанное посредством рассматриваемой интерпретации, должно быть проведено в жизнь только в деле, по которому вынесено решение. Таким образом, едва ли возможно признать верной трактовку распространительного и рестриктивного толкования права, отстаиваемую И. Бентамом, В. К. Ткаченко, Р. Д. Рахуновым, С. Мыльниковым и А. В. Наумовым.

Иное понимание рассматриваемой интерпретации предложил А. Ф. Черданцев, который допускал «ограничительное и распространи-

³² *Bentham J. Of Laws in General. L., 1970. P. 163.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ткаченко В. К. Толкование уголовного закона в практике Пленума Верховного Суда СССР // Советское государство и право. 1988. № 4. С. 80.*

³⁵ *Мыльников С., Наумов А. В. Пределы судебного толкования уголовного закона // Советская юстиция. 1977. № 11. С. 21.*

³⁶ *Рахунов Р. Д. Аналогия в советском уголовном процессе // Правоведение. 1971. № 2. С. 75.*

тельное толкование норм, вытекающее из их системности»³⁷, когда «законодатель не нарушил правил законодательной техники, четко и правильно сформулировал нормы права»³⁸.

По мнению А. Ф. Черданцева, пример распространительного толкования права «дает ч. 3 ст. 5 УПК РСФСР: «Прекращение дела по основаниям, указанным в пунктах 3 и 4 настоящей статьи, не допускается, если обвиняемый против этого возражает. В этом случае производство по делу продолжается в обычном порядке». Здесь, – утверждал А. Ф. Черданцев, – законодатель употребил термин, значение которого уже объема понятия, вытекающего из действительного смысла нормы права. Из систематического способа толкования следует, что указанным правом обладает не только обвиняемый (как это видно из непосредственного понимания статьи), но и подозреваемый, а также законные представители обвиняемого или подозреваемого»³⁹.

Такой трактовки расширительной и ограничительной интерпретации юридических норм придерживались также Н. И. Матузов и Ю. А. Гаврилова. Н. И. Матузов заявлял: «В ст. 6 Конституции РФ фиксируется, что российские граждане обладают на ее территории равными правами и несут равные обязанности. А как быть с иностранцами и лицами без гражданства, находящимися на нашей территории? Распространяется ли данная норма на них, обязаны ли они, в частности, соблюдать законы Российской Федерации? Разумеется, да. Следовательно, толкуем данную норму расширительно. Это тем более ясно, если сопоставить ее с ч. 3 ст. 62 Конституции РФ (систематический способ), в которой записано, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами»⁴⁰.

По словам же Ю. А. Гавриловой, «согласно части 2 статьи 125 Трудового кодекса РФ отзыв работника из отпуска допускается только с его согласия. Однако в силу части 3 этой же статьи не допускается отзыв из отпуска работников в возрасте до 18 лет, беременных женщин и работников, занятых на работах с вредными и (или) опасными условиями труда. Поэтому в названном случае общее положение об отзыве работника из отпуска с его согласия нужно толковать ограничительно. В тексте части 2 статьи 125 Трудового кодекса РФ упоминаются все работники, но во взаимосвязи с частью 3 указанной статьи законодателем, на самом деле, мыслится более узкий их круг за счет текстуального изъятия из общего перечня определенных категорий работников»⁴¹.

Охарактеризованная практика рассмотрения расширительного и ограничительного толкования права в рамках систематического под-

³⁷ Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 286.

³⁸ Там же.

³⁹ Там же.

⁴⁰ Малько А. В., Матузов Н. И. Теория государства и права : учебник. М., 2004. С. 353.

⁴¹ Гаврилова Ю. А. Толкование права по объему : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2008. С. 83–84.

верглась критике в научной литературе. Например, по убеждению М. Г. Авдюкова, к распространительной и рестриктивной интерпретации юридических правил «не имеют отношения случаи, когда норма права извлекается из ряда статей одного или нескольких нормативных актов (систематическое и логическое толкование)»⁴².

Приведенный вывод следует признать верным. О его правильности свидетельствуют следующие аргументы, которые, правда, М. Г. Авдюков в цитированной работе не изложил.

Иллюстрации, которые А. Ф. Черданцев, Н. И. Матузов и Ю. А. Гаврилова представили в качестве примеров расширительного и ограничительного толкования права, предполагают вполне определенное понимание данных видов интерпретации. Суть последнего заключается в объединении в одну логически стройную систему разнообразных суждений, которые уже сформулированы в формальных источниках права.

Очевидно, что в этом случае совпадают объемы традиционных для юриспруденции понятий: распространительного и рестриктивного толкования, с одной стороны, и систематической интерпретации – с другой. Причем все приведенные категории исключают деятельность по формулированию предписаний, не укладывающихся в содержание действующего права.

Однако едва ли целесообразно называть одно и то же явление правового регулирования двумя разными терминами, поскольку многозначность любого из них неизбежно вносит путаницу в науку. Вот почему для именованного объединения в одну логически стройную систему разнообразных суждений, уже изложенных в формальных источниках права, целесообразно использовать только термин «систематический способ толкования».

Что же касается распространительного и рестриктивного видов интерпретации правовой нормы, то этим феноменам следует придать иной смысл. Имеется в виду их понимание в качестве созидательных юридических фикций, отстаиваемое в этой статье.

Таковы основные выводы исследования расширительного и ограничительного толкования права. Некоторые из них, например сформулированное в предыдущем абзаце заключение, обладают научной новизной. Поэтому настоящая публикация способна породить дискуссию, которая внесет вклад в изучение рассматриваемой проблематики.

⁴² Авдюков М. Г. Принцип законности в гражданском судопроизводстве. М., 1970. С. 29.

*Юридический институт Сибирского
федерального университета (г. Красно-
ярск)*

*Тихонравов Е. Ю., кандидат юриди-
ческой наук, доцент кафедры теории и
истории государства и права*

E-mail: tikhonravov@hotmail.com

Тел.: 8-391-206-23-52

*Siberian Federal University School of
Law (Krasnoyarsk)*

*Tikhonravov E. Yu., Candidate of Legal
Sciences, Associate Professor of the Theory
and History of State and Law Department*

E-mail: tikhonravov@hotmail.com

Tel.: 8-391-206-23-52

СИМВОЛИЗМ В ПРАВЕ

Н. С. Гончарова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 26 декабря 2015 г.

Аннотация: анализируется проблема символизма в праве, рассматривается символика в содержании права и символизм самого права как социального явления, выделены формы символов, используемых в нормах права, раскрывается значение символизма в праве.

Ключевые слова: символизм в праве, символ, правовой символ, форма права, словесные символы, неязыковая символика.

Abstract: the article analyzes the problem of symbolism in law, considered the symbolism of the content rights and the symbolism of the law as a social phenomenon, marked form of symbols used in the law, revealed the value of symbolism in law.

Key words: symbolism is the right, symbol, the legal character of the right form of verbal symbols, non-linguistic symbols.

Символизм в праве неоднократно подвергался анализу со стороны представителей различных наук¹. Тем не менее данную проблему нельзя считать полностью исследованной, поскольку система символов, используемых в правовом регулировании общественных отношений, весьма динамична и требует постоянного внимания исследователей. Данная тематика затрагивается также учеными при рассмотрении других, более широких, тем юриспруденции.

Право является базовым социальным регулятором, обеспечивающим общественный порядок и общественную безопасность посредством официально закрепленной системы правил поведения. Признание за правом такого свойства, как символизм, и рассмотрение его в целом как символической системы позволяет не только представить право как символ порядка, равенства, справедливости, но и выделить символику в его содержании, исследовать правовые символы, этимологически относящиеся к иным формам общественного сознания, сферам жизнедеятельности, предопределять уровень правового развития общества.

Остановимся на специфике символизма применительно к содержанию права.

Право во всех своих проявлениях существует в языковой форме. Юридические предписания приобретают качества нормативного правового регулятора лишь постольку, поскольку фиксируются в официальных

¹ См., например: *Власенко Н. А.* Язык права. Иркутск, 1997; *Вопленко Н. Н.* Правовая символика // Правоведение. 1995. № 4/5. С. 71–73; *Исаев И. А.* Символизм правовой формы : историческая перспектива // Правоведение. 2002. № 6 (245). С. 4–10; *Никитин А. В.* Правовые символы : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999.

письменных текстах, издаваемых государственными органами в строго определенном порядке.

Правовая материя условна и изменчива. Она не возникает сама по себе, а целенаправленно создается человеком, который стремится организовать свою жизнь в соответствии с определенными правилами, способными обеспечить развитие общества на началах свободы и справедливости, упорядочить отношения между людьми, гарантировать защищенность их интересов, а также верное, разумное разрешение споров и социальных конфликтов². Действительно, «предписания законов искусственны»³, о чем еще в V в. до н.э. говорил древнегреческий мудрец Демокрит. В этом можно легко убедиться на собственном опыте. Каждый человек, вовлеченный в правовую сферу, понимает, что в мире права учитываются не все поступки человека, а только в соответствии с той или иной абстрактной моделью поведения, закрепленной в соответствующем законе. И чем совершеннее будет данная модель, чем лучше продумано типовое построение правомочий, обязанностей и ответственности субъектов в данной правовой системе, тем больше возможностей откроется для того, чтобы предоставить человеку эффективную правовую защиту.

Властно установленные предписания, дозволения и запреты отображают действительность. Поэтому мир права существует параллельно миру реальному. В правовом пространстве вместо конкретных людей появляются их проекции – абстрактные фигуры обвиняемого, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и т.д. со всем комплексом прав и обязанностей, установленных в законодательстве. «И любая ситуация, если только она подлежит правовому воздействию, в принципе может быть приведена к виду, допускающему юридическое толкование и квалификацию»⁴. Следует подчеркнуть, что справедливое разрешение конфликтов с помощью правовых средств возможно лишь в том случае, если для каждого реального участника ситуации абстрактные фигуры подобраны правильно, в строгом соответствии с законом и фактическими обстоятельствами дела.

В области юриспруденции первостепенное значение принадлежит форме. По мнению С. С. Алексеева, именно в этом заключается необычность права⁵. Форма права – это способ, с помощью которого закрепляются (находят внешнее выражение) нормы права⁶, это форма именно права как отдельного явления, которая показывает, как организовано содержание права и выражено вовне, каким способом государство создает, фик-

² См.: *Губаева Т. В.* Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. М., 2010. С. 5.

³ Там же. С. 6.

⁴ Там же.

⁵ См.: *Алексеев С. С.* Тайна права. Его понимание, назначение, социальная ценность. М., 2001. С. 13–14.

⁶ Источник права. URL: http://ru.wikipedia.org/wiki/Источник_права (дата обращения: 24.12.2015).

сирует ту или иную норму права, в каком виде эта норма доводится до сознания людей.

Для юриста крайне важно различать, с одной стороны, конкретный фактический материал, а с другой – искусственно созданные правовые категории, конструкции и вообще все то, что «представляет право «вовне», а главное – организует содержание права, воплощает его в юридических структурах»⁷.

«Право всегда утверждает и отрицает, оно формулирует и требует – для того чтобы люди знали, что утверждено и что отринуто, и сознавали формулируемое требование»⁸. В таком случае должны быть найдены способы выражения юридических предписаний, дозволений и запретов. Эти способы, на наш взгляд, должны отвечать определенным требованиям, а именно: обладать такими свойствами, как наглядность, ясность, иметь в большинстве случаев материальное выражение, должны быть рассчитаны на понимание их определенными категориями людей. Кроме того, данные способы должны обладать некой условностью, необходимой для передачи абстрактного смысла юридических понятий. Перечисленными качествами в полной мере и обладают символы, которые издавна используются людьми для получения, передачи и хранения информации.

«Только в символической форме создаются и существуют идеальные объекты, образующие искусственный мир права. Именно эта форма придает праву объективную реальность»⁹, делает его строго определенным, воплощает в себе определенное юридическое содержание. Таким образом, можно утверждать, что в нормах права символы имеют место в двух формах: 1) в словесных символах (слова, предложения, текст); 2) с помощью неязыковой символики (жесты, действия, предметы).

На разных стадиях правового развития общества соотношение этих символических форм было неодинаковым.

В древнейшую эпоху преобладали неязыковые символы, а слова использовались лишь в дополнение к элементам ритуала, широко применявшимся в процессе создания и реализации юридических норм. Например, в Древнем Египте судьба обвиняемого зависела от результатов взвешивания на особых весах, к которым предварительно обращались с магическим заклинанием, чтобы точно определить степень и характер поступка.

По представлениям древних греков, богиня Дике, которая олицетворяла справедливость и право, держала в руке меч, чтобы преследовать преступника¹⁰.

Восточные славяне также считали, что меч охраняет порядок и закон, отсекает в символическом поединке с неправдой все недостойное.

⁷ Алексеев С. С. Указ. соч. С. 13–14.

⁸ Ильин И. А. О сущности правосознания // Соч. : в 10 т. М., 1994. Т. 4. С. 160. URL: http://www.odinblago.ru/filosofiya/ilin/o_sushnosty_pravosozn/2/ (дата обращения: 24.12.2015).

⁹ Губаева Т. В. Указ. соч. С. 8.

¹⁰ См.: Там же. С. 9.

Удар тупой стороной меча расценивался как тяжкое оскорбление чести. И фиксирующая обычное право Русская Правда устанавливала, что если пострадавший отвечает на такое оскорбление, то он не считается виновным¹¹.

Весы, меч и другие неязыковые символы, исторически сложившиеся на уровне обычаев и традиций, весьма наглядно представляли определенную правовую идею. Таким образом, на ранних ступенях человеческого развития право довольно часто выступает в форме, наиболее доступной для понимания людей. Эта форма «заключалась в чувственных, осязаемых, физических, реальных знаках, поражающих воображение и бросающихся в глаза»¹².

Со временем соотношение указанных символических форм изменилось. В современных условиях в качестве средства фиксации, хранения и передачи юридически значимой информации активно используются не только неязыковые знаки, но и словесные символы. «В правовой сфере слово никогда не бывает пустым звуком»¹³. Под каждым словом в тексте правовой нормы подразумевается строго определенное юридическое понятие со своим особым содержанием. Возможна ситуация, при которой тот, кто допустил какую-либо неточность в высказывании, рискует проиграть дело даже при изначально хороших шансах на успех. Различные дефекты словесной формы: нарушение правил о языке судопроизводства, неточные формулировки обвинения, невыполнение требований закона относительно составления и содержания приговора, неправильное толкование норм материального права, ошибочные записи в протоколе судебного заседания, некорректная постановка вопросов в суде присяжных – могут повлечь отмену судебных решений. Напротив, ясная словесная форма – обязательная предпосылка высокого качества законов и необходимое условие внедрения четких юридических начал в жизнь общества. Вместе с тем широкое применение имеют и символы, выраженные в виде предметов, действий, например государственные награды, денежные банкноты с точки зрения их номинальной стоимости, вставание во время исполнения государственного гимна и др.

В ситуации, когда необходимо быстро донести требования до значительного числа субъектов, именно символическая форма служит для обеспечения краткости, унифицированности, доступности, экономии языковых средств и, следовательно, эффективности действия правового веления.

Символизация есть выражение обобщенного смысла, абстрактного содержания через наглядную модель¹⁴. Она позволяет в предельно краткой условной форме выразить необходимую информацию о юридических особенностях ситуации. Вместо подробного письменного текста или устного разъяснения правовых требований перед субъектами возникает на-

¹¹ См.: Губаева Т. В. Указ. соч. С. 9.

¹² Вопленко Н. Н. Указ. соч. С. 72.

¹³ Венгеров А. Б. Теория государства и права. М., 2000. С. 341.

¹⁴ См.: Вопленко Н. Н. Указ. соч. С. 71.

глядный образ необходимого отношения к ситуации. Примером может служить форменная одежда должностных лиц, изображение государственного герба на документах.

По мнению И. А. Исаева, символизм правовой формы заключается не столько во внешних и материальных знаках, сколько в динамизме и многозначности отражения им правовой реальности. Хотя право и отражает ту реальную ситуацию, в которой оно существует, однако делает это в преломленном виде, а сами правовые формы обладают значительной спецификой по сравнению с другими формами социального и культурного бытия. В большей мере символический характер правовых форм обусловлен стремлением их создателей сделать данные формы максимально емкими и содержательными, выражающими исчерпывающее число различных смыслов и предписаний¹⁵.

Специфической формой выражения правовых велений являются правовые символы, которые производны от символов общесоциальных и представляют собой чаще всего «правовое опосредование знаковых кодифицированных регуляторов общественных отношений, исторически сложившихся на уровне обычаев и традиций»¹⁶.

Правовые символы в правовой системе современной России выступают эффективным средством правовой коммуникации – процесса передачи правовой информации от правотворческого органа через правоприменителя к конкретному индивиду.

«Правовые символы как наглядные средства экономии правового воздействия способствуют снятию информационного (прежде всего, текстового) перегруза»¹⁷. В силу своей образности они укореняются в сознании граждан даже на подсознательном уровне, что, в свою очередь, способствует преодолению отчуждения между государством и обществом, повышению легитимности и преемственности государственной власти.

Мир правовых символов – это своеобразная дополнительная информация о правовом регулировании в том смысле, что она не может заменить основную, выражающуюся в нормах законодательства. Ее назначение состоит в том, чтобы привлечь внимание субъектов, предупредить их о правовых последствиях, констатировать юридическую значимость действий.

Правовой символ несет в себе определенный образ какого-либо действия, события, отношения, который имеет условный характер. Его условность выражается в «своеобразной фиктивности, приблизительности изображения и подачи основной идеи правового регулирования». Изображение тюремной решетки вызывает вполне определенные ассоциации, но при этом конкретную информацию о деталях и тонкостях уголовно-исполнительного законодательства из этого символа получить невозможно. Условность правового символа заключается в «схватывании» в правовой

¹⁵ См.: Исаев И. А. Указ. соч. С. 4.

¹⁶ Вопленко Н. Н. Указ. соч. С. 71.

¹⁷ Шарно О. И. Правовые символы как средства правоприменительной техники : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2014. С. 4–5.

ситуации им самого главного в приблизительном виде. Юридическая реальность, таким образом, подменяется условным образом. Условность символов «позволяет акцентировать, выделить характерные явления, передать именно основной смысл происходящих событий, не обязательно копируя и повторяя жизнь»¹⁸.

И. А. Ильин отмечал, что «нелеп и опасен такой порядок жизни, когда смысл права выражается слишком сложно, запутанно и непонятно»¹⁹. Чтобы таких сложностей не было, на помощь как раз приходят символы. С одной стороны, правовые символы служат необходимой предпосылкой повышения четкости, определенности, лаконичности правового материала, а выступая средством законодательной техники, значительно повышают формальную определенность права и точность изложения юридического текста. С другой стороны, они воздействуют на сознание людей и регулируют их поведение в правовой сфере, обуславливая образность и доступность права для общества, «упрощая и схематизируя правовые явления»²⁰. При этом ясная, четкая формулировка правовых норм служит предпосылкой высокого качества закона.

Помимо того, что содержание права пронизано символами, так и «само право в целом воспринимается людьми как символ справедливости и порядка, согласования интересов и целостности общества»²¹.

Исходя из изложенного выше, следует различать понятия «правовой символизм» и «правовой символ». Понятие правового символизма шире, так как помимо условных образов, имеющих более или менее четко зафиксированное в законе правовое содержание (собственно правовых символов), включает в себя и символизм права как социального явления.

Вопрос о символизме в праве непосредственно связан с процессами реализации права. Как показывает анализ правотворческой и правоприменительной практики, без использования символов вряд ли возможно эффективное регулирование общественных отношений. Элементы юридической символики выступают в качестве средства более точного воспроизведения определенной области правового регулирования. Это еще раз подтверждает, что символизм является неотъемлемой чертой права.

Явления правовой символики многообразны и вошли в жизнь современного общества как действия и знаки, регулирующие общение людей.

Познание природы правовых символов, их роли в механизме правового регулирования, проникновение в их сущность, содержание, форму и особенности, послужит необходимой предпосылкой оптимизации правотворческой деятельности: авторы законопроектов смогут более продуктивно использовать в текстах официальных документов правовую сим-

¹⁸ *Вопленко Н. Н.* Указ. соч. С. 72.

¹⁹ *Ильин И. А.* Указ. соч. С. 160.

²⁰ *Гарашко А. Ю.* Символьность как имманентное свойство права. URL: http://lomonosov-msu.ru/archive/Lomonosov_2015/data/7165/uid30254_report.pdf (дата обращения: 25.12.2015).

²¹ *Капицын В. М.* Символы в праве и глобализация // Нравственные императивы в праве. 2012. № 1. С. 49–57.

волику, сопоставляя исторические, экономические, культурные и иные особенности общества со смысловыми значениями правовых символов.

Рассмотрение права с точки зрения присущего ему свойства символизма обусловит, на наш взгляд, возможность воздействия на правовую культуру и повышения ее уровня за счет ясности и наглядности выражаемого через символы правового материала. Исследование влияния данного феномена на различные составляющие как самого права, так и иных социальных регуляторов будет способствовать установлению новых взглядов на уже устоявшиеся в науке дефиниции и формулированию принципиально новых понятий.

Воронежский государственный университет

Гончарова Н. С., аспирант кафедры уголовного права

E-mail: g_natascha123@mail.ru

Voronezh State University

Goncharova N. S., Post-graduate Student of the Criminal Law Department

E-mail: g_natascha123@mail.ru

УДК 347.122

ПРИЗНАНИЕ ПРАВА:
СПОСОБ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВ
ИЛИ ПРЕДВАРИТЕЛЬНЫЙ ВОПРОС?

О. А. Поротикова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 25 декабря 2015 г.

Аннотация: анализируется соотношение категорий «признание права» как способа защиты гражданских прав и «иска о признании» как процессуальной категории. Обсуждается проблема необходимости существования признания права в качестве самостоятельного способа защиты гражданских прав. Предпринята попытка понять, какова сфера применения и цели признания права в судебном порядке.

Ключевые слова: признание права, иски о признании, способы защиты гражданских прав.

Abstract: in the article the author analyzes a ratio of the categories «Declaration of the right» as way of protecting civil rights and «action for declaration of a right» as procedural category. The problem of need of existence of declaration of the right as an independent way of protecting civil rights is discussed. The author makes an attempt to understand, what scope of application and the purposes of declaration of the right in a court proceedings.

Key words: declaration of the right, action for declaration of a right, way of protecting civil rights.

2016. № 1

98

Признание права названо первым в числе универсальных способов защиты гражданских прав в ст. 12 Гражданского кодекса РФ, но содержание, цели и условия применения этого способа защиты не установлены законодателем. Отсутствие законодательных требований к данному способу защиты вызывает затяжные и бесплодные дискуссии в доктрине, а также разрозненные, непоследовательные правоприменительные акты как высших судов, так и судов нижестоящих инстанций. Для практикующего юриста «признание права» стало одной из излюбленных тактик при обращении в суд, поскольку в этой «мутной воде» можно получить искомое судебное решение намного проще, чем заявляя вполне определенные законодателем иски, например виндикационный.

Разбираясь с сущностью признания права, словно поднимаешь старое покрывало с полюбившегося семейству дивана, его так долго не трогали, не вытряхивали, не стирали, не заменяли другим, что перестали критически к нему относиться. Любой, кто его поднимает и выносит на свет божий, обнаруживает дыры, выцветание, безвкусицу, пыль, а, самое

главное, что диван без покрывала современной, чище, удобнее. Приношу извинения за отвлеченный и ненаучный образ, но он лучше всего передает ощущение от прочтения работ в этой области, ссылки на привычность, некритичное отношение к закреплению его в законе. Образ точен еще и потому, что создается впечатление определенного страха перед срыванием пледа с дивана (он же там всегда лежал!), а вдруг без него будет только хуже?

При этом ученые называют целый ряд проблем, сопряженных с квалификацией и применением признания права как способа защиты. В материальном праве неясно, насколько этот способ должен быть универсален, в какой сфере частных отношений он применим, как его нужно сочетать с иными способами гражданско-правовой защиты. В процессуальном праве вопросов не меньше: кто может обращаться с иском о признании права и к кому; как быть, если конкретный ответчик отсутствует; что является предметом требования, к какому виду исков его следует относить; какова природа судебного акта, признающего право?

Если этот способ вызывает столько вопросов у самых разных специалистов, может быть он не на своем месте?

В настоящей статье не стоит задача – ответить на все вышеназванные вопросы; цель более приземленная – определить место признания права в системе способов защиты гражданских прав и оценить его самостоятельность в таком качестве.

Начнем традиционно с анализа действующей нормы ГК РФ о способах защиты гражданских прав. Статья 12 ГК РФ призвана обозначить круг способов защиты, применимых к любым нарушенным правам участников гражданских правоотношений. Вывод делается из того, что норма расположена в Общей части кодекса и не содержит привязок к отдельным подотраслям или институтам. Перечень, изложенный в норме, не исчерпывающий, поскольку он заканчивается фразой «иными способами, предусмотренными законом», что указывает еще на невозможность для субъектов отношений прибегать к нормативно непомеченным способам защиты прав.

Прежде чем перейти к грамматическому и логическому толкованию текста указанной статьи, отметим, что понятия «защита гражданских прав», «способы защиты» не конкретизированы законодателем, что вынуждает использовать для их объяснения выводы науки. Это замечание крайне важно для дальнейших рассуждений о природе и самостоятельности требования о признании права в качестве способа защиты.

«Защита права» как юридический термин исследовался в науке гражданского права неоднократно, детально и всеохватно¹, однако это не привело в итоге к общепризнанному подходу к его пониманию. Как часто бывает в цивилистической науке, убедить друг друга в чем-либо спорящим сторонам не удается. Значительный камень преткновения в попытках определить юридическое понимание защиты связан

¹ См.: Андреев Ю. Н. Механизм гражданско-правовой защиты. М., 2010.

с моментом, когда о защите может идти речь. Для одних это момент противоправного посягательства, т.е. нарушение или реальная угроза нарушения субъективного права². Для других к защите можно прибегнуть ранее нарушения права или без его нарушения³. От исходного представления о природе защиты права зависят и все дальнейшие рассуждения: если возможна защита только от конкретного посягательства на субъективное право, то требования о защите всегда будут направлены на восстановление нарушенного права и на принятие мер по компенсации неудобств правообладателя; если же считать, что защита не связана напрямую с нарушением субъективного права, то она может заключаться в любом обращении к государству для фиксации прав, к нотариусу за удостоверением, к суду с самыми разными заявлениями, в том числе и бесспорного порядка.

Гражданский кодекс РФ устанавливает, что суд осуществляет защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав (ч. 1 ст. 11). С одной стороны, это позволяет утверждать, что законодатель примкнул к первой группе ученых, связывающих защиту с посягательством. Правильно или нет поступил законодатель, ученые продолжают обсуждать, в связи с этим важен ответ на вопрос: суд занимается только защитой прав? Возможно, у суда есть иные функции, например функции констатирования, установления фактов, восстановления документов? То есть вполне возможно, что в суд можно обращаться не только для защиты нарушенных прав. В процессуальном законодательстве предусмотрены отчасти такие возможности суда, причем в бесспорном порядке, без нарушения права заявителя. От ответов на данные вопросы зависит квалификация требования о признании права как в гражданско-правовом, так и в процессуальном смысле.

Хочется присоединиться к мнению Ю. Н. Андреева, что «термин «защита гражданских прав» содержит как материально-правовой, так и процессуально-правовой аспект, однако большее внимание следует уделять гражданско-правовой характеристике понимания права на защиту как основе процессуальной деятельности управомоченных органов по защите нарушенных или оспариваемых прав»⁴.

Представляется, что защита в материально-правовом смысле должна пониматься крайне узко и буквально. Защита – это воздействие субъекта, право которого нарушено, на правонарушителя своими собственными действиями (самозащита) или через обращение к государственному принуждению (юрисдикционная защита), с целью восстановить нарушенное право или компенсировать потери и неудобства от нарушения. Иначе ис-

² См.: *Тархов В. А.* Гражданское право. Общая часть : курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 260 ; *Чечот Д. М.* Субъективное право и формы его защиты. Л., 1965. С. 17 ; *Вершинин А. П.* Способы защиты гражданских прав в суде. СПб., 1997.

³ См.: *Грибанов В. П.* Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 109 ; *Осталоюк Н. В.* Понятие и формы защиты гражданских прав. Особенности нотариальной защиты гражданских прав // *Юрист.* 2006. № 4.

⁴ *Андреев Ю. Н.* Механизм гражданско-правовой защиты. М., 2010. С. 19–22.

кажется смысл слова «защита», начинает совпадать с множеством близких, но иных терминов, таких как «гарантии», «обеспечение», «охрана» и др. Главный признак защиты – реакция на нарушение права, а цель – склонение нарушителя к восстановлению нарушенного или компенсации потерь управомоченного лица.

Что именно следует понимать под оспариванием права, нужно еще поразмышлять. Если оспаривание выражено в действиях, то они неминуемо будут нарушать субъективное право, мешать его осуществлять. Если же форма оспаривания будет вербальной, то ради чего признавать право, чтобы заставить замолчать? Если же отрицает право орган или лицо, которые не могут исследовать доказательства и поэтому отправляют субъекта в суд, то результатом разбирательства будет не признание права, а понуждение к совершению необходимого действия соответствующим органом.

Существует следующая оценка оспаривания права, предложенная М. А. Рожковой применительно к защите права на недвижимое имущество: «...именно лицо, оспаривающее указанное право, должно заявить требование о несоответствии закону государственной регистрации права собственности (или ограниченного вещного права) и доказать отсутствие этого права (права собственности или ограниченного вещного права). Таким образом, заинтересованное лицо должно оспаривать зарегистрированное право собственности (или ограниченного вещного права), предъявляя это требование к регистрирующему органу и собственнику (правообладателю)»⁵. Думается, что это утверждение может быть верно не только для понимания оспаривания права на недвижимость (в силу публичной достоверности записи в реестре), но и для движимых вещей, поскольку оспаривание не предполагает бездействия, следовательно, оно может быть выражено в виде иска к лицу, считающему себя собственником.

Применительно к признанию права почти повсеместно отмечается, что оно имеет место тогда, когда «соответствующее право оспаривается либо не признается третьими лицами, что, в свою очередь, означает спор относительно наличия права у заинтересованного лица»⁶; «любое заинтересованное лицо, которое на момент обращения в суд за защитой может подтвердить свое право, наличие которого не признано кем-либо из участников правоотношений (речь идет о признании обязательственных, интеллектуальных и корпоративных прав)»⁷; «иском

⁵ Рожкова М. А. Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2006. С. 202.

⁶ Лалытов Д. Н. Особенности признания права как способа защиты гражданских прав // Журнал рос. права. 2013. № 9. С. 60–71. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ Василевская Л. Ю. Иск о признании права : проблемы юридической квалификации // Право и бизнес : сб. статей I ежегодной Междунар. науч.-практ. конф., приуроченной к 80-летию со дня рождения профессора В. С. Мартемьянова / под ред. И. В. Ершовой. М., 2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

о признании истец добивается подтверждения, т.е. установления определенности правоотношений в случае оспаривания их существования или содержания, либо объема»⁸.

Цитирование можно продолжать и далее, но даже из приведенных точек зрения видно, что признание права не связывается с каким-либо конкретным его нарушением. Лицо, от которого мы защищаемся, заявляя требование о признании права, только лишь усомнилось в его существовании либо содержании, либо объеме.

Неужели сомнения какого-то лица в наличии или отсутствии у другого лица права должны оцениваться с юридической точки зрения как основание для заявления требования в суд? Не слишком ли расширительно? В действительности, при желании обратиться в суд с требованием о признании права, мы имеем в виду, что наше право нарушено еще чем-то, кроме сомнений в его наличии. При этом будет иметь значение либо *кто* не признает право, либо *как* именно право не признают (отбирают вещь, публикуют ваш рассказ под своим именем, проводят собрание акционеров без вашего участия и пр.). Например, если сомнения в наличии права выражает нотариус, отказываясь выдать свидетельство о праве на наследство, или Росреестр не регистрирует права на недвижимое имущество, то «сомневающийся» и не признающий права орган или должностное лицо блокирует все действия по распоряжению и многие по использованию имущества, а также лишает возможности осуществлять право.

Возникают два последовательных вопроса: возможно ли нарушить субъективное право лица только одним лишь его непризнанием? Допустимо ли защищаться, когда право еще не нарушено? Ответы на эти вопросы в литературе даются самые противоречивые.

Чаще всего в качестве обоснования положительного ответа приводят аргумент о закреплённости этого способа защиты в ГК РФ. Между тем данный аргумент для научной дискуссии бессмыслен, поскольку она (дискуссия) ведется для совершенствования текста кодекса и более эффективного регулирования гражданских отношений. Аналогично можно оценить доводы в пользу признания права как способа защиты, основанные на примерах из судебной практики: суды вынуждены выносить решения на основе действующих норм, в том числе ст. 12 ГК РФ о признании права, но это не значит, что так должно быть, что нет смысла в совершенствовании законодательства.

Особенно ярко неубедительность приведенных аргументов видна в тех работах, в которых, с одной стороны, обоснованно критикуется самостоятельность признания права для обязательственных отношений, а с другой – оправдывается самостоятельность этого способа защиты для вещных прав. Так, Л. Ю. Василевская последовательно и безупречно анализирует признание права в обязательственных отношениях и приходит к следующему выводу: «...установление факта существования обязательственного правоотношения (следовательно, и признание субъек-

⁸ Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды). М., 1981. С. 13.

ективного права из обязательства) представляет собой только одно из обстоятельств, подлежащих доказыванию (оспариванию) по делу. Оно, на наш взгляд, не может рассматриваться как самостоятельный способ защиты, поскольку применение его в данном случае противоречит существу обязательственных правоотношений и не способствует достижению основной цели защиты гражданских прав: восстановлению положения, существовавшего до нарушения права (восстановлению нарушенного права), и возможности его беспрепятственного осуществления»⁹.

Вместе с тем в той же работе она отмечает: «Законопроект¹⁰ «разрешает» доктринальный спор в пользу обособления требования о признании права от виндикационного и негаторного требований. Так, в п. 4 ст. 228 законопроекта указано: «Виндикационный иск не может быть заявлен, если имеются основания для заявления иска на основании статьи 232 (статья о признании вещного права. – Л. В.) настоящего кодекса. Аналогичное правило сформулировано в п. 4 ст. 231 законопроекта: «Негаторный иск не может быть заявлен, если имеются основания для заявления исков, предусмотренных статьями 228 (статья о виндикационном иске. – Л. В.), 232 ...настоящего кодекса». То же самое предписание содержится и в п. 4 ст. 232 законопроекта: «Иск о признании вещного права не может быть заявлен, если имеются основания для заявления иска, предусмотренного статьей 228 настоящего кодекса». Это означает, что требование о признании права является самостоятельным способом защиты всякого нарушенного субъективного гражданского права, включая и вещное право (прежде всего право собственности)»¹¹.

В данном случае аргументом в пользу самостоятельности признания права как способа защиты вещных прав выступает указание даже не на закон, а на проект изменений в закон. Думается, что убедительным его признать нельзя.

Примеры, когда признание права имеет самостоятельное юридическое значение, приводят обычно применительно к вещным правам на недвижимость, имея в виду случаи, когда право на вашу вещь зарегистрировало за собой иное лицо. Е. А. Суханов в параграфе, написанном им для учебника по гражданскому праву, выражает убеждение в том, что споры о наличии или отсутствии вещного права на объекты недвижимости всегда сводятся к спорам о правильности записи в едином Реестре прав на недвижимое имущество, т.е. должны разрешаться путем заявления иска о признании права, а не о виндикации или реституции¹². С

⁹ Василевская Л. Ю. Указ. соч.

¹⁰ На основе Концепции развития гражданского законодательства РФ был разработан проект федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ, а также отдельные законодательные акты Российской Федерации, в том числе в раздел «Вещное право».

¹¹ Василевская Л. Ю. Указ. соч.

¹² См.: Гражданское право : учебник : в 4 т. Т. 2 : Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права / под ред. Е. А. Суханова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С.183–184.

ним соглашаются многие, в частности В. В. Витрянский, отмечающий, что применительно к правам на недвижимость защита прав надлежащего собственника невозможна без рассмотрения судом его требования о признании права¹³.

Вместе с тем, даже применительно к защите права собственности на недвижимое имущество, где права тесно связаны с государственной регистрацией, признание права в качестве самостоятельного требования вызывает большие сомнения.

Если другое лицо значится в Реестре собственником вашей вещи, то должно быть требование об оспаривании записи, а при его рассмотрении суд исследует все доказательства и установит, кому право принадлежит. Если недвижимое имущество, помимо прочего, выбыло из владения собственника, необходимо виндицировать, а в ходе процесса о виндикации истец должен доказать свое право на вещь. В случаях, когда виндикация не применима, например трудно говорить о выбытии из владения, то действия, из-за которых лицо будет обращаться в суд, будут попадать под иск об устранении препятствий в осуществлении права (негаторное требование).

Близкую автору по данному вопросу точку зрения отстаивают К. И. Скловский¹⁴ и М. А. Ерохова¹⁵. Они, по-разному аргументируя, приходят к выводу, что требование о признании права является частью предмета доказывания по виндикационному или негаторному искам. Однако К. И. Скловский, разделяя сомнения в самостоятельности исков о признании права, пишет, что «я все же вынужден признать, что исключить этот иск из повседневной практики невозможно»¹⁶.

Среди ученых, занимающихся проблемами признания права, многие готовы признать неэффективность такого способа защиты в обязательственных правоотношениях в отрыве от иных требований, в частности от присуждения к исполнению обязанности в натуре, взыскания неустойки или убытков, расторжения договора и пр. При этом перенести аналогичный вывод в сферу абсолютных, в частности вещных, прав почти никто не решается именно из-за привычности таких исков для слуха и глаза юриста.

Думается, необходимо серьезно обсудить вопрос о том, чтобы исключить признание права из ст. 12 ГК РФ, не рассматривать его универсальным и самостоятельным способом защиты гражданских прав. Для этого

¹³ См.: *Витрянский В. В.* Актуальные проблемы судебной защиты права собственности на недвижимость // *Гражданское право современной России / сост. О. М. Козырь, А. Л. Маковский. М., 2008. С. 26–27.*

¹⁴ См.: *Скловский К. И.* Об условиях предъявления иска о признании права собственности // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 1. С. 39.*

¹⁵ См.: *Ерохова М.* Комментарий к постановлению Пленума ВАС РФ от 12 октября 2006 г. № 54 «О некоторых вопросах подсудности дел по искам о правах на недвижимое имущество» // *Хозяйство и право. 2007. № 2. С. 17.*

¹⁶ *Скловский К. И.* *Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М., 2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».*

нужно исходить из того, что в функции суда входит не только защита прав, тогда обращение в суд для участников гражданских отношений может быть мотивировано следующими причинами:

– нарушением принадлежащих им прав (требование будет о защите и восстановлении);

– оспариванием принадлежащего лицу права заявленным иском иным лицом (доказывание права будет служить цели отказа в удовлетворении заявленных против управомоченного лица требований);

– отказом государственных органов совершить определенное действие для управомоченного лица в связи с непредоставлением необходимых документов или при сомнении в их подлинности (требование о понуждении органа к совершению необходимого действия, а подтверждение права любыми средствами доказывания – только средство для удовлетворения такого требования);

– затруднительностью для управомоченного лица подтвердить обстоятельство (факт), имеющий юридическое значение (суд будет заниматься установлением факта);

– необходимостью восстановить документ, который в административном порядке восстановить не представляется возможным (судебный акт заменит собой какой-то документ или обяжет определенный орган выдать новый, определенного содержания).

Приведенный перечень можно еще продолжить, остановимся только для того, чтобы пояснить, что непосредственно защита от суда требуется не всегда, нередко требуется содействие в реализации субъективных прав, которые не нарушены. Следовательно, гражданско-правовые способы защиты (как универсальные, так и специальные) в процессе могут найти отражение только в связи с действием суда по реакции на нарушение. Остальные требования, адресованные суду, не должны рассматриваться материальным правом как средства защиты.

Требование, которое принято называть как «признание права», нередко оказывается только вопросом доказывания при рассмотрении иного требования, предварительным вопросом, от которого зависит, подлежит ли иск удовлетворению или нет.

Например, никому не кажется странным, что заявляя иск о разделе совместно нажитого имущества супругов, истец не просит суд сначала признать за ним право общей совместной собственности, а затем право индивидуальной собственности на присужденное имущество. Суд сам ставит данный предварительный вопрос о наличии совместной собственности на каждое имущество, оценивает представленные доказательства, а далее удовлетворяет требование о присуждении.

Аналогично дело должно обстоять и в корпоративном праве. Если лицу препятствуют в участии в управлении обществом, то нет смысла в самостоятельном требовании о признании права на долю или права на акции. Суд поставит вопрос о наличии права у истца как предварительного вопроса для констатации его нарушения и последующего удовлет-

ворения иных заявленных требований (например, о признании решения собрания недействительным).

Вещное право – тоже не исключение, поскольку интерес управомоченного лица не может сводиться только к подтверждению судом его права, он будет касаться либо истребования имущества, либо устранения препятствий в пользовании и распоряжении вещью. Возможно, что утрачены или вызывают сомнения документы о праве, но тогда нет смысла в защите, а есть смысл в содействии в их восстановлении или замене судебным актом. Можно выразить солидарность в этом вопросе с коллегами, которые предлагают вести речь не столько об иске о признании, сколько об установительном иске или иске о корректировке ЕГРПН¹⁷.

Рассмотрим действующий перечень способов защиты в ст. 12 ГК РФ с позиций системного толкования. Наряду с «признанием права» в перечне универсальных способов защиты прав названы еще три способа, начинающихся со слова «признание» – признание оспоримой сделки недействительной, признание недействительным решения собрания, признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления.

Использование в правовых текстах одинаковых терминов для обозначения различных явлений – не редкость. Но в данном случае, не у всех правоприменителей и исследователей есть уверенность, что это различные по природе явления. Так, не только в процессуальной литературе¹⁸, но и в литературе цивилистической¹⁹ можно прочесть, что все эти виды признаний рассматриваются как разновидности «признания права» и (или) «иска о признании». Как же соотносятся способы защиты гражданских прав, начинающиеся со слова «признание»?

Специальные нормы могут добавить к этому перечню еще ряд требований о: признании реорганизации корпорации несостоявшейся, недействительной государственной регистрации юридического лица, признании договора незаключенным, признании исключительного права, признании права отсутствующим, признании права на получение жилого помещения по договору социального найма и др.

Соотнеся признание права и все иные предусмотренные законодателем упоминания термина «признания», выясняется, что никакой логики и стройной системы нет. В одних случаях речь идет о признании фактов, в других – судебное решение должно завершить сложный юридический состав для приобретения права, в третьих случаях признание приводит

¹⁷ См.: *Егоров А. В., Ерохова М. А., Ширвиндт А. М.* Обобщение применения арбитражными судами норм ГК РФ о вещно-правовых способах защиты права // Вестник гражданского права. 2007. № 4. С. 34.

¹⁸ См., например: *Рожкова М. А.* Средства и способы правовой защиты сторон коммерческого спора. М., 2006, С. 197; *Невоструев А. Г.* Процессуальные особенности рассмотрения и разрешения жилищных дел: учеб. пособие. М., 2015.

¹⁹ См., например: *Лалытов Д. Н.* Особенности признания права как способа защиты гражданских прав // Журнал рос. права. 2013. № 9. С. 60–71. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

к прекращению или изменению правоотношения (что в свою очередь названо в ст. 12 ГК РФ в качестве самостоятельного способа защиты гражданских прав).

Требуется вдумчивое изменение текста нормы ст. 12 ГК РФ с тем, чтобы там остались только действительно универсальные способы защиты, а все специальные способы должны быть закреплены в нормах соответствующего института. Способы защиты не должны дублировать друг друга и не должны быть обстоятельствами доказывания, необходимыми для реализации конкретного способа защиты. Особого внимания заслуживает сочетание реформы норм о способах защиты гражданских прав с процессуальными формами, предусмотренными для обращения в суд. Такая реформа способов защиты гражданских прав сможет внести определенность применительно к фигурам истца, ответчика по соответствующим требованиям, способам исполнения судебных актов, а также в иные спорные процессуальные моменты, вызываемые требованиями о признании права.

Воронежский государственный университет

Поротикова О. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Тел.: 8 (473) 220-89-24

Voronezh State University

Porotikova O. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law and Process Department

E-mail: olga.porotikova@mail.ru

Tel.: 8 (473) 220-89-24

ПРИНЦИП СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ И ПРОБЛЕМА ВЫБОРА
СПОСОБА ЗАЩИТЫ ПРАВА
В ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ

А. И. Поротиков, А. С. Яковлев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 1 декабря 2015 г.

Аннотация: нередко случаи, когда истец намеренно создает повод для конкуренции требований, предпочитая один способ защиты другому, целенаправленно пытается обойти ограничения, свойственные одному из них, используя преимущества другого. Ответные меры, выработанные в судебной практике, часто влекут нарушения принципа состязательности в процессе.

Ключевые слова: способы защиты гражданских прав, конкуренция требований, состязательность.

Abstract: during the civil litigation process the plaintiff often creates an occasion for competition claims, preferring one way to protect his rights another, deliberately trying to avoid the limitations of one of them, taking advantage of the other. The efforts of the courts to reformulate of plaintiff's claims in such case break the principle of competition in the civil procedure.

Key words: protection of civil rights; competition claims; proper way of protection; competition in the civil procedure.

В судебной практике нередко случаи, когда истец, добиваясь желаемого результата (будь то взыскание денежных средств, истребование спорной вещи, признание права), последовательно предъявляя иск за иском, обосновывает свои требования разными, часто исключаящими друг друга нормативными основаниями.

Так, пытаясь вернуть имущество, переданное ответчику, истец, считая себя собственником, первоначально заявляет вещный иск об истребовании, а затем обращается с требованием о возврате, основанным на прекращенном договоре аренды, выступая теперь в роли арендодателя¹.

Чаще всего подобная неразборчивость объясняется ошибкой в праве, неверной правовой оценкой характера спорных отношений. Однако нередко за этим стоит осознанное стремление навязать другим участникам процесса тот способ защиты, который по ряду причин наиболее выгоден истцу, потому, что он облегчает доказывание, сужая его предмет, ограничивает круг возможных возражений ответчика, либо же потому, что он обеспечивает больший размер взыскания.

¹ Именно на примере соотношения виндикационного иска и иска из арендного обязательства М. В. Зимелевой была открыта дискуссия о допустимости конкуренции требований в советском гражданском праве (см.: *Зимелева М. В.* Война и право собственности // Советское право в период Великой Отечественной войны. М., 1948. С. 40–43).

Предпочитая один способ защиты другому, лицо тем самым пытается обойти ограничения, свойственные одному из них, используя преимущества другого.

Наиболее известным проявлением такого рода тактики стало обращение бывших собственников утраченного имущества с исками о его реституции в ущерб виндикации, чреватой, как известно, возражениями о добросовестности приобретателя и истечении исковой давности.

Впоследствии, когда постановлением Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П было указано на то, что виндикация и реституция не могут сосуществовать и применяться в одинаковых случаях, предполагая различный субъектный состав и набор значимых обстоятельств, истцы довольно быстро изменили линию поведения, используя иски о признании права на спорную вещь, возможность которых следует из ст. 12 ГК РФ.

Иски о признании, так же как и требования о приведении положения сторон договора в первоначальное состояние, избавляли истца от рисков натолкнуться на доводы о доброй совести ответчика и собственной нераспоротности в защите права. Достаточно лишь подтвердить, что на стороне истца возникло право, и это право не прекратилось с поступлением вещи во владение ответчика.

Собственники вещи, лишившиеся владения по собственной воле с пропуском всех возможных сроков, не пытаясь восстановить владение в суде, добивались того же результата путем внесудебных, часто самоуправных мер, предварительно заручившись судебным признанием своих прав на вещь.

Иск о признании права из вспомогательного, призванного не заметить, а подготовить будущий негативный или виндикационный процесс, довольно скоро превратился в основной способ защиты прав на вещь, потеснив ординарные вещные иски.

Пресечь обход правил о виндикации посредством иска о признании удалось не сразу. Постановлениями Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 4 сентября 2007 г. № 3039/07, от 27 мая 2008 г. № 4267/08, от 27 января 2009 г. № 10527/08, впоследствии повторенными в п. 35 постановления № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав», было введено дополнительное условие, без которого невозможно заявлять требование о признании права, не прибегая одновременно к виндикации – владение спорной вещью.

Настойчивые попытки участников оборота подыскать вещным искам менее обременительный в доказывании, безопасный в возражениях субститут среди исков, чаще всего обязательственных, заставляет вспомнить о давно известном в праве явлении конкуренции исков (требований или притязаний)², страдающим отсутствием определенности и ясности.

² На традиционное смешение понятий иска, требования, притязания и средства защиты в случаях, когда речь идет об их конкуренции обоснованно указывает М. А. Ерохова в своем диссертационном исследовании, одним из немногих в современной литературе, посвященных затронутой проблеме (см. подробнее:

Так, в широком смысле под конкуренцией понимают любую возможность лица выбирать несколько способов защиты на основании одного либо сходного состава фактов, подобную той, которой по правилам ст. 475 ГК РФ наделяется покупатель в случае передачи ему товара ненадлежащего качества.

Действительно, в широком смысле удовлетворение иска о безвозмездном устранении обнаруженных недостатков товара исключает требование об его уценке. В этом смысле такие иски соперничают друг с другом.

Однако совершаемый неудачливым покупателем выбор заметно отличается от ситуации, которую провоцирует собственник, намеревающийся любыми средствами вернуть утраченную вещь.

О конкуренции исков говорят, когда хотят описать положение, в котором истцу дозволяется в преследовании одного и того же интереса по своему выбору использовать несколько требований, взаимоисключающих друг друга и, как правило, предусмотренных разными институтами гражданского права. «Итак по общему правилу один иск исключает другой в том случае только, если оба преследуют один и тот же результат»³.

Известно, что конкуренция исков, допускаемая в странах общего права, встречается, как правило, неприятие в странах гражданского права⁴.

Допущение конкуренции требований означает, что один и тот же факт может вызвать к жизни сразу два несовместимых правоотношения, включающих, а не дополняющих друг друга. Трудно представить себе право, которое было бы и вещным, и обязательственным, обладало бы свойствами договорного и деликтного требования.

«Поскольку спорящие состоят в одном правоотношении, а спор возник по поводу определенного его нарушения, речь может идти лишь о единственном иске, но не о выборе между несколькими исками, не о конкуренции»⁵.

Помимо соображений теоретического характера против конкуренции исков приводят доводы прагматического свойства. Предоставить истцу возможность выбирать иск можно лишь за счет ответчика, который тем самым ставится в заведомо невыгодное положение, лишаящее его возможности заблаговременно подготовиться к защите, определить круг возражений, обеспечив их необходимыми доказательствами. Конкуренция чревата непредсказуемостью в защите, а значит, в осуществлении имущественных прав, сопряжена с дополнительными рисками и издержками участников оборота.

«...Если собственнику предоставить возможность на свой выбор истребовать вещь у любого лица как по договору, по которому он ее передавал,

Ерохова М. А. Конкуренция требований по Гражданскому кодексу России : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006).

³ *Гримм Д. Д.* Лекции по догме римского права. М., 2003. С. 198.

⁴ В качестве исключения со ссылкой на § 985 Германского гражданского уложения обычно называют германское право (см.: *Шанн Я.* Основы гражданского права Германии. М., 1996. С. 58 ; *Zimmermann R.* Roman Foundations of the Civilian Tradition. Juta, 1992. P. 920).

⁵ *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 664.

так и посредством виндикационного иска, т.е. допустить одновременное существование обязательственного и вещного исков, то собственник получит настолько очевидные преимущества, а гражданские отношения так дезорганизуются, что любые условные передачи вещей станут невозможными и весь гражданский оборот сведется только к простейшим сделкам купли-продажи»⁶.

Внимательное рассмотрение условий, при которых возможна конкуренция, рано или поздно приводит к проблеме юридической квалификации фактов, лежащих в основании иска, к тому, кто и как производит окончательную правовую оценку конкретной жизненной ситуации, вынесенной на судебное рассмотрение.

Выбор иска предопределяется тем, кому дано право избирать ту норму, тот институт, сквозь призму которых будет восприниматься спор, отсеиваться не имеющее отношения к делу, оставляться значимое, устанавливаться предмет доказывания. Допускать соперничество исков означает предоставлять носителю имущественного права свободу в оценке фактов, лежащих в основании заявляемого требования.

Конкуренция возможна тогда, когда пассажиру, потерпевшему в аварии, допущенной по вине незадачливого перевозчика, предоставляют решить, что с ним произошло – деликт или нарушение договора; когда собственник, желающий получить имущество у нанимателя после прекращения найма, сам определяет, важно ли то, что у ответчика когда-то имелись основания владеть спорной вещью, либо существенно лишь то, что на момент рассмотрения спора таких оснований не наблюдается.

Отрицание конкуренции исков, в свою очередь, означает, что монополией в правовой оценке фактической стороны спора обладает суд. В его власти отбросить навязываемую сторонами квалификацию обстоятельств дела, следуя известному процессуальному принципу *iura novit curia* (суд знает законы), обязывающему суд самостоятельно подыскивать подходящие правовые нормы, устанавливать их содержание, находить соответствие между абстрактным правилом и конкретным спором.

Монополия в квалификации спора, в свою очередь, ведет к тому, что всякое несоответствие правовых норм, на которые указывается в иске, представлениям суда о характере спорных отношений надлежит рассматривать как ошибку в праве, безотносительно, явилась ли таковая следствием неискренности истца в правовой материи либо осознанным, целенаправленным предпочтением одного иска другому.

Даже в том случае, когда правопорядок, последовательно проводя в жизнь принцип *iura novit curia*, отказывает сторонам в праве самим определять существо спора, ему приходится определиться с тем, как надлежит действовать суду, который не разделяет взглядов истца на правовую основу возникшего конфликта.

Реакция суда на подобную ошибку в квалификации в конечном счете зависит от того, в каких дозах в процессе сочетается инквизиционное и состязательное начала. Неверная оценка характера спорных отношений

⁶ Скловский К. И. Собственность в гражданском праве. М., 2010. С. 59.

может повлечь отказ в иске, а может заставить суд, проведя работу над ошибками, удовлетворить заявленные требования.

Известно, что в обозначении всякого действия или события, на которое истец ссылается при предъявлении иска, уже заложена его юридическая характеристика, от которой нельзя избавиться, окинув ситуацию неиспорченным правосознанием взглядом, свободным от правовых предубеждений и оценок.

В связи с этим в процессуальной науке выделяют не только фактическую, но и правовую составляющую основания иска, где фактическое основание – это совокупность юридических фактов, а правовое – указание на конкретную норму права, на которых основывается требование истца⁷.

Такое деление условно, оно призвано подчеркнуть, что фактическое и юридическое в иске составляют единое целое, обуславливая, предопределяя друг друга: описание фактической стороны дела, например причинение вреда или просрочка платежа по договору, уже включает в себя указание на конкретный правовой институт, в свете которого следует воспринимать существо происходящего.

Тем самым, определяя правовую природу спора, истец вполне осознанно формирует основание иска. Предпочитая одни нормы права другим, он вовсе не стремится затеять спор о соотношении вещных или обязательственных исков. Его цель, – обеспечивая нужное для себя решение, навязать другим участникам процесса свои представления о том, какие факты значимы для дела и какие средства защиты открыты ответчику.

Конкуренция исков, таким образом, раздвигает границы действия состязательности в процессе, подразумевая под ней не только свободу выбирать необходимые доказательства, но и право сторон представить на разрешение суда те факты, которые стороны найдут нужными, то, что А. Ф. Клейнман в свое время предложил называть распоряжением фактами в противовес распоряжению доказательствами⁸.

Для истца, добивающегося возврата имущества, к примеру, свобода распоряжаться фактами означает право самому решать, следует ли сослаться на то, что владение производилось ответчиком на основании недействительной или прекращенной сделки, и, соответственно, заявить иск из обязательства либо умолчать об этом, оформив требование как вещное.

Предположим, что в ходе судебного разбирательства в качестве его побочного эффекта суду удастся получить полную картину произошедшего, узнать фактическую подоплеку спора, существо предшествующих тяжбе отношений. При этом открывшаяся взору картина заметно отличается от той, что нашла отражение в состязательных бумагах сторон. Обнаруживается, к примеру, что истца и ответчика ранее связывало арендное

⁷ См.: Добровольский А. А. Исковая форма защиты права. М., 1965. С. 127–128; Клейнман А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. М., 1967. С. 38–39.

⁸ См.: Клейнман А. Ф. Сталинская Конституция и принципы диспозитивности и состязательности в гражданском процессе // Ученые записки МЮИ. 1939. Вып. 1. С. 89.

обязательство, которое истец при попустительстве ответчика стремится оставить незамеченным.

Тогда дальнейшее поведение суда можно при всех оговорках и промежуточных вариантах свести к двум возможным сценариям.

В одном случае судья при отсутствии возражений со стороны ответчика ограничивается фактами в том виде, в котором они представлены в иске и, проверив их на формальное соответствие представленным доказательствам, разрешает спор с применением нормы, на которой настаивает истец, если гипотеза такой нормы соответствует основанию иска.

Если ответчик заявит обоснованные возражения, что основание иска не соответствует действительным отношениям сторон, суд отказывает в иске с обычной формулировкой о ненадлежащем способе защиты: истец не смог обосновать применение нужной для себя нормы, не доказал, что между гипотезой этой нормы и обстоятельствами дела имеется соответствие, неверно распорядившись фактами⁹.

В другом случае суд, не дожидаясь возражений ответчика, вправе самостоятельно переоценить обстоятельства дела, подыскать для них закон и в результате, как это формулируется Принципом 22.2.3 трансграничного гражданского процесса, «положить в основу решения правовую квалификацию или оценку фактических обстоятельств или доказательств, не предлагавшихся стороной»¹⁰.

Принимая решение, суд не вправе отказать в иске за ненадлежащим способом защиты, но должен пойти еще дальше, и если найденная им норма позволяет достичь того же, к чему окольными путями стремится истец, – удовлетворяет иск.

Если на этом пути требуется изменить состав значимых по делу обстоятельств – ввести новые факты или отбросить старые – суд, пользуясь данной властью, без колебаний идет на это, не останавливаясь перед тем, что у сторон имеется иной взгляд на вещи, они иначе обосновывают свои требования и возражения, и вовсе не думали ссылаться на то, что стало побочным результатом исследования представленных доказательств.

Так, удовлетворяя требования подрядчика о взыскании стоимости выполненных по договору работ, суд, обнаружив, что договор подряда не содержит существенных условий, признает его незаключенным и поэтому отвергает такой договор в качестве основания требования. Однако иск все

⁹ Допустимость подобной реакции суда, посчитавшего неподобающим выбранный стороной иск, некоторое время одобрялась Высшим Арбитражным Судом. Так, в п. 1 Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения, утвержденного информационным письмом Президиума ВАС РФ от 13 ноября 2008 г. № 126, указывалось, что если лицо, передавшее имущество во исполнение недействительной сделки, обратится с требованием о его возврате из чужого незаконного владения другой стороны сделки на основании ст. 301 Гражданского кодекса Российской Федерации, суд отказывает в удовлетворении иска.

¹⁰ Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. Е. А. Виноградова, М. А. Филатова. М., 2011. С. 49.

же удовлетворяет, довольствуясь лишь фактом выполнения работ, посчитав их результат неосновательно полученным ответчиком. Либо же истребует вещь у арендатора, по своей инициативе дополнив основание иска, заявленного как виндикационный, ссылкой на договор аренды, не обращая внимание на доводы истца о недействительности, незаключенности либо прекращенности последнего.

Достоинства и недостатки каждого из описанных вариантов развития событий очевидны.

Первый кажется излишне формальным, поскольку обрекает истца обращаться в суд неоднократно, до тех пор, пока правовые взгляды истца не встретят понимание и одобрение суда. Это сопряжено с дополнительными судебными издержками, предполагает обязательное участие профессиональных представителей, способных предугадать реакцию суда.

Второй вносит в процесс элемент непредсказуемости, когда ни истец, ни ответчик, начиная спор, не могут предположить не только исход дела, но и то, как этого удастся добиться, какие выводы будут сделаны судом попутно, как принятый по делу акт скажется на спорных отношениях.

Кто знает, стал бы истец обращаться в суд, если бы знал, что заявленное им требование вопреки его намерениям будет оценено в качестве договорного, а не кондикционного иска, вызывая к жизни возражения о произведенном ранее зачете либо состоявшейся перемене лиц в договорном обязательстве, провоцируя ответчика на последующий иск об убытках из договора.

Ответчик, в свою очередь, до конца процесса пребывает в сомнении относительно того, как ему защищаться, лишь из решения узнав о том, что упустил возможность заявить о добросовестности приобретения или же пропуске срока исковой давности.

Указанную неопределенность не позволяют устранить правила, подобные ст. 133 АПК РФ и ст. 148 ГПК РФ, обязывающие суд на ранних стадиях процесса определиться с характером спорного правоотношения и подлежащим применению законодательством, поскольку правовая оценка спора судом не может ограничиться стадией подготовки дела к судебному разбирательству и завершается лишь принятием судебного акта, неоднократно подвергаясь испытаниям в вышестоящих инстанциях¹¹.

«Судья, определив характер материального правоотношения, должен предварительно сориентироваться по вопросу о том, какие нормативно-правовые акты он применит. Однако необходимо учитывать, что окончательно определить, какой нормативно-правовой акт будет применен, возможно только в судебном разбирательстве и при вынесении судебного решения»¹².

¹¹ Сходные возражения вызывает обязанность суда выносить на обсуждение вопрос о юридической квалификации правоотношения для определения того, какие нормы права подлежат применению при разрешении спора, на которую указано в п. 9 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела 1 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

¹² *Беков Я. Х.* Подготовка дела к судебному разбирательству в гражданском судопроизводстве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Главное же возражение против свободного обращения суда с правовым основанием исковых требований заключается в том, что подобное вмешательство плохо согласуется с началами диспозитивности и состязательности процесса. Решая за истца, как надлежит распорядиться фактами, составляющими предмет спора, суд рискует выйти за пределы заявленных требований.

То обстоятельство, что переквалификация так или иначе затрагивает основание иска, констатируется Г. Л. Осокиной, признающей за судом право по своей инициативе «...изменять основание иска лишь в форме его уточнения. Под таковым понимается его дополнение путем включения в состав основания иска фактов, имеющих юридическое значение для дела, но не указанных истцом, либо исключение из основания иска некоторых из указанных истцом фактов, не имеющих юридического значения для дела. Предоставление суду права уточнять фактическое основание иска обусловлено тем, что лица, заявляющие требование о защите своего или чужого права (интереса), не всегда могут правильно определить, какие факты реальной действительности имеют юридическое значение для данного дела»¹³.

Конкуренция требований в правоприменительной практике, от которой в конечном счете зависит признание этого явления, переживала разные времена, вызывая у судов неодинаковые, подчас противоположные реакции.

Самым известным примером подобной переменчивости служит судьба виндикационных и реституционных исков, их борьба и взаимодействие. Допустимая поначалу возможность истца выбрать из двух способов защиты была пресечена п. 23 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 февраля 1998 г. № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права собственности и вещных прав» и окончательно в постановлении Конституционного Суда РФ от 21 апреля 2003 г. № 6-П.

После того как иск о виндикации потеснил реституцию, было решено, что любые попытки истца при возврате спорной вещи сослаться на не подпадающие случаю нормы должны наталкиваться на отказ в иске. На это, в частности, обращается внимание судов в п. 1 информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13 ноября 2008 г. № 126 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения»: «Если лицо, передавшее имущество во исполнение недействительной сделки, обратится с требованием о его возврате из чужого незаконного владения другой стороны сделки на основании статьи 301 Гражданского кодекса Российской Федерации, суд отказывает в удовлетворении иска».

Наконец, с принятием постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29 апреля 2010 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с

¹³ Осокина Г. Л. О праве суда выйти за пределы исковых требований // Рос. юстиция. 1998. № 6. С. 40.

защитой права собственности и других вещных прав» возобладала другая крайность. Суд лишили возможности отказывать в иске ввиду неправильной квалификации спора, обязав со ссылкой на ст. 148 ГПК РФ или ст. 133 АПК РФ, в случае ненадлежащего, на его взгляд, формулирования истцом способа защиты при очевидности преследуемого им материально-правового интереса, самостоятельно определить, из какого правоотношения спор возник и какие нормы подлежат применению¹⁴.

Указанное разъяснение было распространено на вещные и на все прочие способы защиты пунктом 9 постановления Пленума ВС РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

Теперь всякое несоответствие правового основания иска характеру спорных правоотношений предписано рассматривать как заблуждение истца, которое суду надлежит исправить по собственной инициативе.

Активная роль суда, который в заботе об интересах истца обязан выбрать тому подобающее случаю средство защиты, привела к целому ряду несообразностей и уже успела вызвать обоснованную критику в литературе¹⁵.

Очевидно, что ответ на вопрос, насколько суд связан правовой квалификацией спора, предлагаемой сторонами, вправе ли он вовсе игнорировать таковую, зависит от того, как далеко в процессе простирается действие принципа состязательности. Существующее положение дел пока же указывает на преобладание следственного начала.

¹⁴ В наиболее категоричной форме этот вывод делается в постановлении Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 2665/12 по делу № А41-13623/11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ См.: *Ненашев М. М.* Способ защиты права : процессуальные вопросы. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Воронежский государственный университет

Поротиков А. И., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса, судья Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда (г. Воронеж)

E-mail: 820080@mail.ru

Яковлев А. С., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса, заместитель председателя Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда (г. Воронеж)

E-mail: ayakov@yandex.ru

Voronezh State University

Porotikov A. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law and Process Department, Judge of the Nineteenth Arbitration Appeal Court (Voronezh)
E-mail: 820080@mail.ru

Yakovlev A. S., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law and Process Department, Deputy Chairman of the Nineteenth Arbitration Appeal Court (Voronezh)

E-mail: ayakov@yandex.ru

УДК 347.1

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ В ЕВРОПЕ И США

Е. М. Адамайтис

Всероссийская академия внешней торговли

Поступила в редакцию 1 марта 2016 г.

Аннотация: *статья посвящена анализу подходов к правовому регулированию института исковой давности в разных правовых системах – романо-германской (континентальной) и англосаксонской, а также в положениях законодательства европейских государств и США. В результате исследования делается вывод о наличии в правовой регламентации рассматриваемой категории сроков в указанных правовых системах как сходств, так и отличий. В числе общих отмечаются подходы к определению начала течения сроков исковой давности, порядка их приостановления и перерыва. В качестве концептуального отличия обозначается отнесение исковой давности к материальному или процессуальному праву, что, в свою очередь, допускает или исключает применение соответствующих норм иностранных государств. В статье освещаются особенности нормативного регулирования рассматриваемого института в странах Европы и США, в результате чего делается вывод о том, что они коснулись момента начала течения сроков исковой давности, их продолжительности, возможности изменения по соглашению сторон.*

Ключевые слова: *исковая давность, англосаксонская правовая система, континентальная правовая система, коммерческое (торговое) право, дуалистическая система частного права, общие сроки исковой давности, специальные сроки исковой давности.*

Abstract: *this article is devoted to the analysis of approaches to the legal regulation of institute of the limitation period in different legal systems – continental system and common law system. The rules of law of the European states and the USA are also considered in the article. The result of the research is the conclusion about similarities and differences in legal regulation of the limitation period in the mentioned legal systems. As general characteristics the beginning of running, stay and break of limitation period are specified. Conceptual difference consists in assignment of limitation period to a substantive or procedural law. It, in turn, allows or excludes opportunity to use the relevant rules of law of the foreign states. Features of the legal regulation of the considered institute in Europe and the USA are also covered in the article and as a result it can be said that they concerned to the moment of the beginning of running of the limitation period, its duration and possibility of change by agreement of the parties.*

Key words: *limitation period; common law; continental legal system; commercial (trade) law; dualistic system of private law; general duration of limitation period; special duration of limitation period.*

Практически все национальные правовые системы признают положение о том, что на права и обязанности, принадлежащие конкретным субъектам права, оказывает влияние течение времени. В связи с этим

наиболее значительным практическим соображением является то обстоятельство, что истечение времени ухудшает состояние многих материальных вещей или делает затруднительным для восприятия их содержание. Это объективно приводит к тому, что возможность достижения цели судебного разбирательства, где эти аспекты могут играть решающую роль, оказывается под угрозой. Например, за давностью лет свидетели тех или иных обстоятельств или событий могут умереть, человеческая память — ослабеть, документы или иные вещественные доказательства могут быть утрачены или не смогут быть использованы в результате ухудшения их физического состояния¹. Указанные факторы объясняют объективную необходимость установления на законодательном уровне сроков, в течение которых заинтересованная сторона имеет право заявить о своем оспариваемом или нарушенном праве, — сроков исковой давности.

Сложными с точки зрения правоприменительной практики являются вопросы применения исковой давности к отношениям, осложненным иностранным элементом. Это может быть обосновано наличием в разных странах различных подходов к правовому регулированию рассматриваемого института. С целью создания единообразного правового пространства, позволяющего обеспечить единые или сходные правовые условия функционирования хозяйствующих субъектов², на международном уровне предпринимаются достаточно успешные попытки унификации норм, регламентирующих рассматриваемые правоотношения. Примером такой унификации может послужить разработанная в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.³ Вопросы исковой давности, наряду с указанной Конвенцией, нашли отражение в иных документах, подготовленных ЮНСИТРАЛ, в частности в Конвенции ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях, подписанной в Нью-Йорке в 1988 г.⁴ (Конвенция до настоящего времени не вступила в силу.)

В настоящее время участниками Нью-Йоркской конвенции 1974 г. (без поправок) являются 29 государств. Однако в их числе нет таких

¹ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств : в 2 т. / Е. А. Васильев [и др.]. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2008. Т. 1. С. 306.

² См.: *Вилкова Н. Г.* Унификация права международных контрактов : учеб. пособие. 2-е изд. М., 2010. С. 6.

³ Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров : заключена в г. Нью-Йорке 14 июня 1974 г. (вместе с «Протоколом об изменении Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Вена, 1980 г.)», «Статусом Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 14 июня 1974 г.)» (по состоянию на 02.05.2014) // Вестник ВАС РФ. 1993. № 9.

⁴ Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях : заключена в г. Нью-Йорке 9 декабря 1988 г. // Международное частное право в документах : сборник нормативных актов. М., 1996. Т. 1. С. 66–101.

крупных участников международного торгового оборота, как Германия, Франция, Великобритания, Италия, Испания. Конвенция была подписана СССР 14 июня 1974 г., но ни для СССР, ни для Российской Федерации она не вступила в силу. Таким образом, положения Конвенции для России как правопреемницы СССР также не являются обязательными. В результате в случае заключения договора между государствами, не входящими в число участников Нью-Йоркской конвенции 1974 г., а также если участником Конвенции является лишь одна из его сторон, в первую очередь возникает вопрос – какими нормами будет осуществляться правовое регулирование исковой давности в случае возникновения спора. Его решение во многом осложняется отличиями в подходах к регулированию анализируемого института в разных правовых системах. Кроме того, в положениях законодательства каждого государства имеет место ряд особенностей, связанных с правовой регламентацией как института исковой давности, так и иных институтов. Все они должны быть учтены в процессе правоприменительной практики, если к конкретному правоотношению подлежит применению право данного государства. Попытаемся осветить оба обозначенных вопроса: раскрыть особенности подходов к правовому регулированию института исковой давности в разных правовых системах – романо-германской (континентальной) и англосаксонской; обозначить положения зарубежного законодательства, в соответствии с которыми осуществляется регулирование данного института. Наиболее яркими представителями указанных правовых систем являются страны Европы и США. Полагаем целесообразным остановиться на общей характеристике исковой давности по законодательству данных государств.

Англосаксонская и романо-германская (континентальная) правовые системы относятся к числу старейших. Исторически англосаксонское право сложилось в Англии. С течением времени оно было распространено на территории США, Австралии, Канады, Новой Зеландии и других государств, относящихся к числу бывших колоний Великобритании. Англосаксонское право в научной литературе называют общим, поскольку в X–XIII вв. оно распространилось на территорию всего средневекового английского королевства. Особенность общего права заключается в отсутствии кодифицированных источников права, место которых занимают судебные решения (прецеденты), применяющиеся как образцы для рассматриваемых другими судами аналогичных дел. Наряду с общим правом, в течение двух последних столетий в странах англосаксонской правовой системы получило интенсивное развитие законодательство (статутное право). Его источником являются акты представительных органов государственной власти. Романо-германская правовая система берет истоки в римском праве. Ее принципиальное отличие от англосаксонской системы заключается в использовании в качестве основного источника права норм, закрепленных в законодательных актах органов государственной власти.

В правовом регулировании исковой давности для рассматриваемых правовых систем характерны следующие общие черты. Во-первых, необ-

ходимо отметить провозглашенные в гражданском процессе стран, право которых относится к указанным правовым системам, принципы диспозитивности и состязательности, предполагающие «пассивность» судов в применении исковой давности. Характерным является то, что реализация материальных прав и использование определенных процессуальных средств защиты зависит только от воли участников процесса. Таким образом, применение норм об исковой давности ставится в зависимость от воли сторон процесса; суд не наделен правом применять исковую давность по собственной инициативе. Во-вторых, общим для разных правовых систем является начало течения срока исковой давности – с момента возникновения права на иск. В-третьих, необходимо отметить законодательное закрепление института приостановления и перерыва срока исковой давности. В качестве исключения следует отметить Швецию и Норвегию, в праве которых данный институт отсутствует.

Наряду с обозначенными сходствами имеют место следующие концептуальные отличия. В странах, относящихся к континентальной правовой системе, вопросы, связанные с регулированием исковой давности, традиционно рассматриваются с позиции включения этих норм в материальное право. Это означает, что в случае истечения установленного законом срока подлежит погашению само субъективное право. Вместе с тем истечение срока исковой давности по праву стран, принадлежащих к англосаксонской правовой системе, ведет лишь к невозможности осуществить его судебную защиту, а не к погашению субъективного права как такового. Именно поэтому институт исковой давности в странах общего права принято относить не к материальному гражданскому праву, а к гражданскому процессуальному праву⁵. Указанное различие является существенным при международных сделках, поскольку по доктрине международного права в отношении вопросов процессуального права всегда подлежит применению законодательство той страны, в которой рассматривается спор, т.е. закон суда (*lex fori*). Это исключает применение в англосаксонской системе норм об исковой давности иностранных государств⁶.

Таким образом, институт исковой давности знаком праву государств, относящихся как к англосаксонской, так и романо-германской правовой системе. Концептуально подходы к правовой регламентации данного института имеют и сходства, и отличия. Общность подходов отмечается, к примеру, в определении начала течения срока исковой давности, законодательном закреплении института его приостановления и перерыва. Принципиальное отличие сводится к отнесению исковой давности к материальному или процессуальному праву, из чего определяется, возможно ли применение к возникающим правоотношениям норм законодательства зарубежных стран.

⁵ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств : в 2 т. / Е. А. Васильев [и др.]. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2008. Т. 1. С. 308.

⁶ См.: Кабанов А. А. Гражданское и торговое право зарубежных стран : вопросы, ответы и словарь терминов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб., 2011. С. 66.

Наряду с отмеченными сходствами и отличиями в правовом регулировании исковой давности, характерными для разных правовых систем, определенные особенности присущи ее регламентации в нормах права конкретных государств, круг которых в рамках настоящего исследования был сужен до стран Европы и США. Попытаемся раскрыть особенности отражения рассматриваемого института в источниках права каждого из обозначенных регионов.

Территориально современная Европа объединяет более 40 стран. Осветить особенности исковой давности, присущие каждому из европейских государств, в объеме настоящей статьи не представляется возможным. По этой причине остановимся на основных аспектах, связанных с нормативным закреплением анализируемого института в праве стран, территориально относящихся к рассматриваемому региону.

В отличие от российского права для стран континентального европейского права характерно выделение в качестве самостоятельной отрасли коммерческого (торгового) права. Особенностью коммерческого права является регламентация его нормами предпринимательской деятельности. Частноправовая система, предполагающая действие одновременно торгового и гражданского кодексов, в литературе называется дуалистической; система, при которой принят только гражданский кодекс либо таковой вообще отсутствует, – монистической⁷. Частное право разделено на две части (гражданское и торговое), например во Франции, Германии, Испании, Греции.

Дуалистическая система частного права в ряде европейских государств обосновывает отражение норм, регулирующих гражданско-правовые отношения, в том числе исковую давность в источниках как гражданского, так и торгового права. Указанный подход ярко иллюстрировался законодательством Франции, действовавшим до 2000 г., когда был принят новый Коммерческий кодекс. До этого вопросы исковой давности регулировались нормами Гражданского кодекса Франции 1804 г.⁸ (далее – ГК) и Торгового кодекса Франции 1807 г.

В современном праве европейских государств прослеживается тенденция, в силу которой, несмотря на дуализм частного права, основным источником норм об исковой давности являются гражданские кодексы. К примеру, в современном праве Франции наряду с ГК 1804 г. действует Коммерческий кодекс Франции 2000 г. Новый Коммерческий кодекс, первоначально насчитывавший более 2000 статей, принят Ордономсом правительства от 18 сентября 2000 г. № 2000-912. С его принятием 21 сентября 2000 г. прекратил почти 200-летнее действие Коммерческий кодекс Франции 1807 г. При регулировании коммерческих правоотно-

⁷ См.: Бушев А. Ю., Макарова О. А., Попондопуло В. Ф. Коммерческое право зарубежных стран : учеб. пособие / под общ. ред. В. Ф. Попондопуло. СПб., 2004. С. 19.

⁸ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) от 21 марта 1804 г. с изм. и доп. по состоянию на 01.09.2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

шений Гражданский и Коммерческий кодексы тесно взаимодействуют. В частности, в действующем французском законодательстве установлено правило, в силу которого если в Коммерческом кодексе 2000 г. или в каком-либо действующем законе не предусмотрено иное, то к коммерческим правоотношениям применяются правила об исковой давности, установленные в Гражданском кодексе⁹. Приведенный подход характерен также для Германии: положения об исковой давности содержатся в Германском гражданском уложении – *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁰ (далее – ГГУ), принятом в первоначальной редакции 18 августа 1896 г. и вступившем в силу с 1 января 1900 г. В Австрии ключевым источником норм об исковой давности является Всеобщее австрийское гражданское уложение 1811 г.¹¹ В частности, абз. 1 § 933 документа устанавливает для недвижимых вещей срок исковой давности, равный трем годам, для движимых – двум.

Вопросы исковой давности могут освещаться в законах, регулирующих определенные гражданско-правовые отношения. Так, сроки предъявления требований, вытекающих из вексельных правоотношений, содержатся в Австрийском вексельном законе 1955 г. В Швейцарии, наряду со Швейцарским гражданским кодексом (ст. 95, 454, 521, 600, 900), основным источником регулирования исковой давности является Швейцарский обязательственный закон (ст. 114–142) (далее – ШОЗ)¹².

Исковой давности может быть посвящен специальный закон. В частности, такой закон действует в Англии (*Limitation Act, 1980*)¹³. Его нормами осуществляется регламентация сроков обращения за защитой нарушенного или оспариваемого права применительно к широкому кругу правоотношений.

Определенные особенности могут быть в отношении начала течения срока исковой давности. Как было отмечено выше, по общему правилу исковая давность начинается с момента возникновения права на иск, однако из приведенного правила есть исключение. Так, в Германии в соответствии с § 199 ГГУ (в редакции 2002 г.) отправным моментом для начала исчисления общего срока исковой давности является установление момента, когда у кредитора возникло требование и когда он узнал об обстоятельствах, обосновывающих это требование, а также о личности должника, или когда он должен был об этом узнать, не проявляя грубой небрежности. Особенность права Германии в определении момента начала исчисления общего срока исковой давности заключается в том,

⁹ См.: *Захватаев В. Н.* Коммерческий кодекс Франции // Wolters Kluwer Russia. 2008. С. 6, 26.

¹⁰ *Bürgerliches Gesetzbuch, BGB.* URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/

¹¹ *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch.* URL: <https://www.ris.bka.gv.at/Geltende-Fassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622>

¹² См.: *Полевая О. С.* Исковая давность в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 99.

¹³ URL: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/58/pdfs/ukpga_19800058_en.pdf

что он начинается свое течение с окончания года, в котором имели место указанные события¹⁴.

Наличием ряда особенностей может быть охарактеризована продолжительность исковой давности. Сроки исковой давности могут быть подразделены на общие и специальные. Общие сроки, как правило, более длительные по сравнению со специальными. К примеру, законодательством Франции по гражданским сделкам установлен общий срок исковой давности 30 лет; по требованиям к подрядчику установлена 10-летняя исковая давность (ст. 2270 ГК). Статья 2270-1 ГК закрепляет правило, в силу которого «право на иски о внедоговорной гражданско-правовой ответственности погашается по истечении десяти лет со дня, когда был обнаружен причиненный вред или его усугубление». Английским законом об исковой давности 1980 г. установлен общий срок исковой давности 6-летней продолжительности по требованиям, возникающим из договоров, которые не оформлены как договоры «за печатью» (deed). Сокращенные сроки предусмотрены по отношению к требованиям из скрытых дефектов товаров. Швейцарское право исходит из использования для исков о недостатках переданной вещи специального срока исковой давности, равного одному году, что установлено в ст. 210 ШОЗ¹⁵. Общий срок исковой давности при этом составляет 10 лет¹⁶.

В сравнении с правом Российской Федерации в европейских государствах сроки исковой давности более продолжительные. Вместе с тем в современном праве прослеживается тенденция к сокращению общих сроков исковой давности. Так, после реформы обязательственного права Германии, получившей нормативное закрепление с 1 января 2002 г., общий срок исковой давности вместо ранее действовавшего 30-летней продолжительности составляет три года (§ 195 ГГУ).

Особенностью института исковой давности в странах Европы является не предусмотренная российским законодательством возможность изменения сроков обращения за защитой нарушенных или оспариваемых прав по соглашению сторон. К примеру, соглашение о сокращении или продлении срока исковой давности допускается в праве Германии (§ 202 ГГУ). Однако предоставленная сторонам автономия воли не безгранична: законодателем определены рамки как продления, так и сокращения сроков обращения с иском в суд. В частности, не допускается продление срока более 30 лет, которые прошли с определенного законом момента его начала; не допускается заключение соглашения о сокращении исковой давности по требованиям, вытекающим из ответственности за умышленные действия.

Таким образом, правовое регулирование института исковой давности в странах Европы может быть охарактеризовано как имеющее ряд осо-

¹⁴ См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / Е. А. Васильев [и др.]. Т. 1. С. 314.

¹⁵ См.: Сидоров А. Е. Предприятие как объект гражданских прав в Германии, Австрии, Швейцарии : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 136.

¹⁶ См.: Полевая О. С. Указ. соч. С. 99.

бенностей. Следует отметить, что в отличие от России для европейских государств свойствен дуализм частного права, предполагающий действие одновременно торгового и гражданского кодексов, но ключевая роль в современном праве европейских государств в правовой регламентации исковой давности отводится гражданским кодексам. Правила, в соответствии с которыми осуществляется правовое регулирование исследуемого института, могут быть включены в законы, регламентирующие определенные гражданско-правовые отношения; исковой давности может быть посвящен специальный закон. Ряд особенностей характерен для определения момента начала течения срока исковой давности.

Нормами, отличающимися по своему содержанию от предусмотренных российским законодательством, устанавливается продолжительность сроков обращения с иском в суд. Предусмотренные законодательством европейских государств сроки исковой давности по сравнению с российскими могут быть охарактеризованы как более длительные; вместе с тем в настоящее время прослеживается тенденция к их сокращению. В отличие от Российской Федерации законодательством ряда стран Европы закреплена возможность изменения сроков исковой давности по соглашению сторон.

Что касается США, то здесь одновременно действуют федеральная правовая система и 50 систем права штатов. Правовые институты федерации и штатов, несмотря на различия, имеют общие корни, которые уходят корнями в право Англии. В США произошло слияние общего права и права справедливости в единую систему прецедентного права (caselaw). Имея свою специфику и особенности, правовая система США базируется на многих юридических принципах, понятиях и институтах английского права. Поэтому она рассматривается как составная часть англосаксонской правовой системы или системы общего права¹⁷.

Источниками правовых норм, в соответствии с которыми осуществляется правовое регулирование исковой давности, являются законы штатов, а также Единообразный торговый кодекс (ЕТК)¹⁸. В силу того что сроки исковой давности определяются правом отдельных штатов, они существенно отличаются по продолжительности: в разных штатах США общий срок исковой давности колеблется от 4 до 10 лет¹⁹.

Вместе с тем в отношении определенных требований устанавливается единообразное регулирование. Оно, как правило, определяется нормами ЕТК. В качестве примера такого единообразного подхода может быть отмечен 4-летний срок исковой давности по требованиям из договора купли-продажи, закрепленный в ст. 2725 ЕТК.

Законодательством США не допускается заключения соглашений, которые приводят к усложнению применения института исковой давности.

¹⁷ См.: Гончаров А. А. Международное коммерческое (торговое) право : конспект лекций. М., 2009. С. 14–15.

¹⁸ Uniform Commercial Code. URL : https://www.michigan.gov/documents/entireucbook_18831_7.pdf

¹⁹ См.: Кабанов А. А. Указ. соч. С. 66.

сти. В частности, указанные сроки не могут быть увеличены сторонами. Сторонам предоставлено право на сокращение установленного 4-летнего срока исковой давности до одного года (ст. 2725 ЕТК).

Итак, правовое регулирование института исковой давности определяется особенностями не только правовой системы, к которой тяготеет право конкретного государства, но и спецификой его внутреннего законодательства, что приводит к формированию в разных странах различных подходов к правовому регулированию рассматриваемого института.

Исковая давность предусмотрена нормами права государств, относящихся как к англосаксонской, так и романо-германской правовой системе. При этом в правовом регулировании рассматриваемой категории сроков имеет место ряд как сходств, так и отличий концептуального характера. Общими являются подходы к определению начала течения сроков исковой давности, закреплению на законодательном уровне института их приостановления и перерыва. Концептуальное отличие определяется отношением исковой давности к материальному или процессуальному праву, чем допускается или исключается применение соответствующих норм иностранных государств.

Ряд особенностей имеет правовое регулирование исковой давности в странах Европы. Они коснулись, в частности, источников правового регулирования рассматриваемого института; момента начала течения сроков исковой давности и их продолжительности; возможности изменения сроков исковой давности по соглашению сторон.

Имея свою специфику и особенности, правовая система США базируется на многих юридических принципах, понятиях и институтах английского права. По этой причине многие правовые институты, включая исковую давность, в праве США и Англии имеют определенное сходство. Отличия во многом определяются системой законодательства США, допускающей установление разных подходов к правовому регулированию исковой давности в разных Штатах, при параллельном закреплении на федеральном уровне единообразных норм.

Всероссийская академия внешней торговли

Адамайтис Е. М., аспирант кафедры частного права

*E-mail: adamaitistis@yandex.ru
Тел.: 8-965-258-72-31*

*All-Russian Academy of Foreign Trade
Adamaitis E. M., Post-graduate Student
of the Private Law Department
E-mail: adamaitistis@yandex.ru
Tel.: 8-965-258-72-31*

УДК 342.92

ЦЕЛИ И ЗАДАЧИ ДОКАЗЫВАНИЯ В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

К. А. Павленко

*Российский государственный университет правосудия
(Центральный филиал)*

Поступила в редакцию 7 апреля 2015 г.

Аннотация: рассматриваются цели и задачи доказывания в административном судопроизводстве с учетом природы судебного доказывания и специфики административных дел. Исследуемые вопросы соотносятся с положениями Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации.

Ключевые слова: административное судопроизводство, судебное доказывание, субъекты доказывания, объективная истина, процессуальная истина, представление доказательств, бремя утверждения, Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации.

Abstract: the aims and objectives of evidence in administrative proceedings are considered, taking into account the nature of the evidence and of the specifics of administrative cases. Research questions related to the provisions of the Code of administrative proceedings in the Russian Federation.

Key words: administrative proceedings, legal evidence, subjects of evidence, objective truth, procedural truth, presentation of evidence, the burden of approval, the Code of administrative proceedings in the Russian Federation.

Вопросы теории и практики административного судопроизводства, достаточно популярные в юридической науке, в последнее время вызывают особый интерес.

Причиной тому является закрепление новой модели правового регулирования соответствующих процессуальных отношений, концентрированно выраженной в Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КАС РФ)¹. Новым КАС РФ определены в том числе категории дел, рассматриваемых в порядке административного судопроизводства, а также детализирована процедура их рассмотрения.

Указанные новеллы позволяют более глубоко исследовать нормативные основы доказывания в административном судопроизводстве, соотнести их с правовой природой доказательственной деятельности. При этом фактором, в значительной степени детерминирующим поведение субъектов доказывания, является его цель.

Цели доказывания определяются сущностью состязательного процесса и в известной степени универсальны. Характер материально-правовых отношений, породивших конкретный судебный процесс, определяет

¹ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации : федер. закон от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // Рос. газета. 2015. 11 марта.

отнесение этого дела к той или иной категории, имеющей свою специфику, в том числе в части доказывания. Таким образом, процессуальная деятельность субъектов доказывания имеет двуединую природу. В связи с этим положения КАС РФ могут быть проанализированы на предмет адекватности их природе доказывания по административным делам, но не как источник, задающий цели доказывания.

При исследовании вопросов доказывания в административном судопроизводстве целесообразно обратиться к работам о судебном доказывании как общепроцессуальном явлении, а также о доказывании в иных отраслях процессуального права.

По свидетельству многих авторов, одним из важнейших факторов, оказывающих влияние на доказательственную деятельность, является положение субъекта доказывания в процессе и в спорном правоотношении. В частности, И. Б. Михайловская указывает, что в основе юридической деятельности лежат «цели-задания» организационных структур². Под ними автор понимает психологические установки – интересы субъекта доказывания. Например, для прокурора, обратившегося с иском заявлением, доказывание по делу имеет сугубо процессуальный интерес. Если соответствующее требование было бы заявлено истцом, право которого непосредственно нарушено – доказывание также было бы направлено на реализацию процессуального интереса, в первую очередь материально-правового.

Опираясь в значительной степени на выводы И. Б. Михайловской, В. А. Новицкий усматривает цель доказывания в получении релевантного правоприменительного судебного акта³.

Однако, во-первых, едва ли обращение к термину «релевантность» в данном случае оправдано. Значение слова «релевантный» раскрывается словарями как «важный, существенный», «имеющий значение для чего-либо»⁴. В этом смысле всякий судебный акт релевантен, поскольку он влечет возникновение, изменение или прекращение материальных и (или) процессуальных правоотношений.

Во-вторых, такой взгляд позволяет внести некую ясность лишь в понимание субъективного смысла доказывания. Общепроцессуальное предназначение доказывания, не опосредованное личными интересами участников процесса, ученым не проанализировано.

Размышляя о доказывании «в субъективном смысле», В. А. Новицкий выделяет следующие доказательственные задачи:

- задача познания – получить информацию о фактах;
- задача понимания – произвести анализ фактов;

² См.: Михайловская И. Б. Социальное назначение уголовной юстиции и цель уголовного процесса // Государство и право. 2005. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ См.: Новицкий В. А. Цель и задачи судебного доказывания // Общество и право. 2010. № 1. С. 104–106.

⁴ URL: <http://dic.academic.ru> (дата обращения: 12.03.2015); URL: <https://slovari.yandex.ru> (дата обращения: 12.03.2015).

– задача убеждения – формальными средствами склонить суд к мнению субъекта, представить факты в выгодном свете⁵.

Мы поддерживаем критику такой позиции, приведенную в работе коллектива авторов во главе с В. Б. Юзефовичем⁶, по меткому замечанию которых представление фактов «в выгодном свете суду» не всегда означает стремление заинтересованного лица к тому, чтобы суд установил истину.

Выгодное для субъекта доказывания толкование фактических обстоятельств часто является неверным, искажающим действительность. В таких случаях задача убеждения, по В. А. Новицкому, может быть решена элементарным «подтасовыванием» фактов.

Подобный вывод делает доказывание деятельностью, направленной против интересов правосудия, что совершенно нелогично и не согласуется с правовой природой явления доказывания.

М. К. Треушников указывает, что понимание цели доказывания как убеждения суда в правомерности своих требований и возражений не является новым и характерно для целой плеяды отечественных процессуалистов конца XIX – начала XX в. (А. Ф. Клейнман, М. А. Гурвич, С. В. Курьлев, В. Н. Щеглов и др.)⁷, которые видели субъектами доказывания исключительно стороны, в силу чего и иные элементы доказательственной деятельности в их теории приобретали отпечаток субъективизма.

При этом М. К. Треушников склонен разделять позицию другой научной школы (К. С. Юдельсон, П. П. Гуреев, Ю. К. Осипов, В. М. Семенов и др.), относящей к субъектам доказывания всех лиц, участвующих в деле, и суд. В качестве цели судебного доказывания он предлагает понимать установление фактов и обоснование выводов о фактах и других обстоятельствах, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения в порядке гражданского судопроизводства⁸.

Доказывание при своей деятельностной сущности все же является общепроцессуальным явлением. Поэтому цель доказывания в широком смысле должна соответствовать цели отправления правосудия. Если в качестве последней можно назвать справедливое разрешение дела, то, формулируя цель доказывания, наиболее корректно обратиться к понятию истины.

Истина, являясь относительной и часто совпадая с версией отдельных участников процесса, не подтверждает правоту тех, кто видит цель доказывания в принятии желаемого судебного акта, а, напротив, ее опровергает. Все попытки представить доказывание как деятельность в субъ-

⁵ См.: Новицкий В. А. Цель и задачи судебного доказывания // Общество и право. 2010. № 1. С. 104–106.

⁶ См.: Выводы судебного юриста-2. Доказательства и доказывание в арбитражном процессе : анализ правоприменительной практики / под ред. В. Б. Юзефовича. М., 2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Гражданский процесс : учебник / под ред. М. К. Треушникова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Там же.

ективном смысле, т.е. только одного субъекта, «разбиваются» о вопрос о результате этой деятельности. Результатом какой-либо деятельности принято именовать то, чего достигает субъект в ходе деятельности⁹. Поскольку итогом доказывания в каждом деле является некая общая картина, сформированная судом на основе установленных им фактических обстоятельств, оказывать влияние на этот результат имеют возможность обе стороны, а в отдельных случаях – третьи лица, прокурор, органы государственной власти и местного самоуправления. Учитывая, что один и тот же результат является продуктом деятельности целого ряда субъектов, представлять доказывание исключительно как субъективный процесс, разделяя его на «доказывание истца», «доказывание ответчика», «доказывание прокурора» и так далее, не вполне корректно.

Одним из основных аргументов, которые приводят авторы, утверждающие, что цель доказывания – принятие желаемого судебного акта, – является ограничение круга субъектов доказывания исключительно сторонами по делу. Вместе с тем для каждой из сторон, по общему правилу оппонирующих друг другу, желаемый судебный акт свой, кардинально отличающийся один от другого. Подобная логика приводит к абсурдному выводу, что доказывание характеризуется несколькими целями, противоречащими друг другу. Изложенное свидетельствует, что распространение целей и задач доказывания в субъективном смысле на доказывание как правовой феномен недопустимо.

Исследователи, в разное время занимавшиеся разработкой проблем доказывания в процессуальных отраслях, видели его цель в постижении объективной или, как ее еще называют, материальной истины¹⁰.

Несмотря на объективность права, объективность истины как цели доказательственной деятельности может быть оспорена серьезными аргументами.

Связано это со значительными изменениями регламентации доказывания как института гражданской процессуальной или арбитражной процессуальной формы, имевшими место на рубеже прошлого и настоящего столетий. Если в соответствии с ГПК РСФСР 1964 г.¹¹ правоведа исходили из того, что суд должен, не ограничиваясь представленными материалами и объяснениями, принимать все предусмотренные законом меры для всестороннего, полного и объективного выяснения действительных обстоятельств дела, прав и обязанностей сторон, то действующее законодательство говорит несколько о другом.

⁹ URL: http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/Pedagog/krysko2/16.php (дата обращения: 13.03.2015).

¹⁰ См., например: *Бабаян К. А.* Элементы процесса доказывания по делам об административных правонарушениях в области таможенного дела // *Вестник Российской таможенной академии.* 2014. № 1. С. 111–117; *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. Т. 1 : Основные положения науки советского уголовного процесса. М., 1968. С. 295; *Юдельсон К. С.* Проблема доказывания в советском гражданском процессе. М., 1951. С. 64.

¹¹ Гражданский процессуальный кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. // *Ведомости Верховного Совета РСФСР.* 1964. № 24. Ст. 407.

В частности, в силу ч. 2 ст. 12 ГПК РФ¹² суд, сохраняя независимость, объективность и беспристрастность, осуществляет руководство процессом, разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, предупреждает о последствиях совершения или несовершения процессуальных действий, оказывает лицам, участвующим в деле, содействие в реализации их прав, создает условия для всестороннего и полного исследования доказательств, установления фактических обстоятельств и правильного применения законодательства при рассмотрении и разрешении гражданских дел. Статья 9 АПК РФ¹³ по своему смыслу идентична приведенной норме.

Таким образом, суд в угоду состязательности гражданского и арбитражного процесса лишен бремени принятия всех возможных мер к установлению фактических обстоятельств.

Такая модель породила споры среди ученых-процессуалистов. Одни авторы обосновывают направленность современной гражданской процессуальной формы на установление формальной истины¹⁴, другие указывают на предусмотренные указанными кодексами полномочия суда на истребование и обеспечение доказательств, критерии их оценки, что, по их мнению, свидетельствует о сохранении принципа объективной истины¹⁵.

Понятием истины не оперирует также и КАС РФ. Однако выраженный в нем подход к регламентации состязательных начал процесса дает пищу для размышлений о понимании истины в административном судопроизводстве.

В частности, в силу п. 7 ст. 6 КАС РФ к числу принципов административного судопроизводства относится состязательность и равноправие сторон административного судопроизводства «при активной роли суда».

Действительно, по смыслу п. 2 ст. 14 Кодекса, роль суда в административном процессе активна: он не только оказывает сторонам содействие в реализации их прав, создает условия для всестороннего и полного установления всех фактических обстоятельств, но и принимает иные необходимые меры. Особо следует отметить напрямую указанные в данном пункте меры по выявлению и истребованию доказательства по собственной инициативе.

Возможность истребования доказательств судом по своей инициативе предусмотрена иными кодифицированными актами, регламентирующими рассмотрение дел, возникших из публичных правоотношений. В

¹² Рос. газета. 2002. 20 нояб.

¹³ Там же. 27 июля.

¹⁴ См., например: *Плюхина М. А.* Истина в гражданском судопроизводстве // Рос. ежегодник гражданского и арбитражного процесса. М., 2002. № 1. С. 334–335; *Решетникова И. В.* Доказательственное право в гражданском судопроизводстве. Екатеринбург, 1997. С. 11.

¹⁵ См., например: *Боннер А. Т.* Закрепление принципа судебной истины в ГПК РФ // *Lex Russica* : науч. труды Моск. гос. юрид. ун-та им. О. Е. Кутафина (МГЮА). 2004. Т. LXIII, № 1. С. 171; *Мурадян Э. М.* Истина как проблема судебного права. М., 2002. С. 91.

частности, это предусмотрено ч. 5 ст. 66 АПК РФ. Однако по смыслу данной нормы доказательство может быть истребовано только у органов государственной власти, органов местного самоуправления, иных органов и должностных лиц и исключительно в случае непредставления ими доказательств. Таким образом, действовавшее до введения в действие КАС РФ и действующее в настоящее время правило арбитражного процессуального закона применяется лишь тогда, когда суд в силу обстоятельств дела имеет представление, какие доказательства необходимы, а административный орган уклоняется от их предоставления. По сути, в указанной ситуации у суда отсутствует свобода усмотрения, поскольку единственной возможной мерой, которую в силу АПК РФ он может принять для получения этого доказательства, является его истребование. С учетом изложенного, формулировка «по собственной инициативе», содержащаяся в ч. 5 ст. 66 АПК РФ, не должна вводить в заблуждение: инициативы здесь не так много. Таким образом, приведенная норма не свидетельствует об «активной процессуальной роли» суда.

Возможность истребования доказательств по АПК РФ и по КАС РФ следует отличать еще и по кругу лиц, у которых возможно истребование. Если в административном судопроизводстве соответствующее право суда призвано дополнительно гарантировать равноправие сторон и состязательность, то в арбитражном и гражданском процессе оно свидетельствует скорее о допустимом ограничении действия принципа состязательности при разрешении конкретной категории дел, так как истребовать доказательство суд может только у властных субъектов.

В силу нормы п. 2 ст. 249 ГПК РФ при рассмотрении дел, возникающих из публичных правоотношений, суд может истребовать доказательства по своей инициативе в целях правильного разрешения дела. Должностные лица, не исполняющие требований суда о предоставлении доказательств, подвергаются штрафу в размере до одной тысячи рублей.

Гипотеза приведенной нормы в отличие от положений арбитражного процессуального закона не предусматривает возможность истребования доказательств лишь в определенной ситуации и не ограничивает круг лиц, у которых они могут быть истребованы. Тем не менее предусмотренный нормой судебный штраф, пусть и сугубо символический, подлежит взысканию исключительно с должностных лиц.

Такое направление деятельности суда при рассмотрении административных дел, как выявление доказательств, указано в КАС РФ впервые. Более того, новеллы не привязывают право суда на выявление и истребование доказательств к какому-либо ограниченному набору оснований и предполагают возможность истребования у любого лица, ими располагающего. Перечень мер, которые имеет право принять суд для «всестороннего и полного установления фактических обстоятельств», не является исчерпывающим.

Можно заключить, что новая модель административного судопроизводства действительно базируется на активной роли суда, призванного

всеми возможными способами содействовать постижению достоверных сведений о фактической стороне дела.

Безусловно, практика может несколько нивелировать подлинный смысл, который законодатель заложил в нормы КАС РФ. Абсолютизировать полномочия суда в административном судопроизводстве не следует, и возложенное на него бремя должно находиться в состоянии баланса с процессуальными обязанностями участников дела и сроками его рассмотрения. Некоторые авторы могут заявить, что гносеологические возможности административно-судебной процедуры все равно ограничены установленными процессуальными средствами и диспозитивностью положения сторон.

Однако отрицать, что в нормах Кодекса, регламентирующих доказывание, содержится значительный потенциал для установления реальных фактов, вряд ли возможно. Указанные новеллы в большей степени, чем ранее действовавшие нормы либо действующие нормы АПК РФ об административном судопроизводстве, приближают процессуальную истину к истине материальной, демонстрируя, что именно на постижение последней направлен процесс.

Итак, из сущности явления доказывания и процессуального законодательства следует, что целью доказывания в административном судопроизводстве является установление объективной истины об обстоятельствах, имеющих значение для дела.

Данная цель детерминирует постановку ряда задач. Например, как указано выше, В. А. Новицкий выделяет стоящие перед субъектом доказывания задачу познания, задачу понимания и задачу убеждения.

Однако представляется, что с практической точки зрения ценнее определить задачи как конкретные меры, без принятия которых доказательственная деятельность не сможет достигнуть поставленной цели и оцениваться как надлежащая.

В первую очередь следует выделить задачу представления доказательств. Ее первостепенность подчеркивается нормами как КАС РФ, так и ГПК РФ, и АПК РФ. Наиболее существенные полномочия суда, выражающие его «активную роль», – выявление и истребование доказательств, призваны обеспечить решение именно этой задачи.

Согласно п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 11 «О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству»¹⁶ при выполнении задачи, связанной с представлением необходимых доказательств, судья учитывает особенности своего положения в состязательном процессе, создает условия для всестороннего и полного исследования обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Думается, данное положение сформулировано не вполне корректно: проанализировав его, можно сделать вывод, что представление доказа-

¹⁶ О подготовке гражданских дел к судебному разбирательству : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 июня 2008 г. № 11 // Рос. газета. 2008. 2 июля.

тельств является задачей суда или в том числе суда. Тем не менее оно свидетельствует о понимании представления доказательств как процессуальной задачи и связывает специфику статуса суда с потребностью в ее выполнении. Разумеется, в указанном пункте имеется в виду не задача доказывания, а задача подготовки дела к судебному разбирательству, упомянутая в ст. 148 ГПК РФ, но на практике решение этой задачи хронологически не ограничено стадией подготовки дела. Кроме того, совершенно ясно, что без должного объема доказательств существенно снижается вероятность тождества процессуальной и материальной истин. Следовательно, невыполнение задачи по представлению достаточного объема доказательств препятствует достижению цели доказывания, а выполнение, напротив, во всех случаях ему способствует.

В литературе также отмечается, что доказательственная деятельность сторон и других лиц, участвующих в деле, с точки зрения установления истины по делу имеет целью предоставление необходимых для этого данных¹⁷.

Представление доказательств неверно понимать лишь как их техническое предоставление в материалы дела. В частности, субъекту доказывания до представления доказательств необходимо их получить. В юридической науке соответствующую деятельность называют собиранием доказательств¹⁸. Процессуальным законодательством установлены основания принятия либо непринятия судом конкретных доказательств, а значит, субъекту доказывания вменена обязанность обосновать их относимость и допустимость, что подчас требует больших усилий, чем собирание доказательств. Все эти логические и технические операции направлены на решение общей задачи – собственно представление доказательств в административное дело.

Некоторые авторы выделяют такие задачи доказывания, как «проверка установления фактических обстоятельств дела судом первой инстанции», а также «установление новых обстоятельств»¹⁹. И хотя из приведенных формулировок следует, что данные ученые относят к субъектам доказывания суд, выделение указанных задач имеет определенные основания.

Установление обстоятельств дела является прерогативой суда и не является задачей доказательственной деятельности, в силу чего с соответствующими авторами мы не согласны. Однако, если речь идет об установлении достоверных фактов, оно может быть отождествлено с установлением истины, т.е. с целью доказывания.

¹⁷ См., например: *Смолина О. С.* Арбитражный процесс : доказывание и доказательства по делам об оспаривании результатов налоговых проверок. М., 2015.

¹⁸ См., например: *Андреев Ю. Н.* Ответственность государства за причинение вреда : цивилистические аспекты. СПб., 2013 ; *Шеменева О. Н.* Признания и соглашения по обстоятельствам дела в гражданском судопроизводстве. М., 2013.

¹⁹ См.: *Фокина М. А.* Реформирование и развитие институтов доказательственного права России : итоги десятилетия // Вестник гражданского процесса. 2013. № 4. С. 40–55.

Цель любой деятельности естественным образом связана с ее задачами, при этом достижение цели установления объективной истины по делу не исчерпывается решением задачи представления доказательств. Именно поэтому, на наш взгляд, следует выделять задачу надлежащего информирования суда о фактической стороне дела, для того чтобы позволить ему надлежаще оценить представленные доказательства на предмет относимости и достаточности.

О том же говорит и общепризнанная практика правоприменения. В соответствии с прецедентным правом Европейского суда доказывание осуществляется на основе достаточно веских, четких и согласующихся выводов либо неопровергнутых предположений в отношении факта²⁰.

Проанализировав задачи, указанные выше, несложно определить их соответствие «китам», на которых издавна «держалась» доказательственная деятельность – бремени утверждения и бремени представления доказательств²¹. Но для чего на субъектов доказывания может быть возложено какое-то бремя, как не для решения доказательственных задач? В связи с этим определение в качестве задач доказывания его обязательных компонентов видится весьма обоснованным.

Процессуальные задачи утверждения и представления доказательств только условно отделимы друг от друга: представление доказательств сопровождается указанием об их относимости к делу, о тех фактах, которые они подтверждают.

До недавнего времени существовали определенные основания для иного понимания задач доказывания именно по административным делам.

Например, В. Ф. Яковлев, анализируя положения третьего раздела АПК РФ, справедливо указывал: «...бремя доказывания в административных спорах лежит на соответствующих публично-правовых образованиях, и они обязаны доказать как законность оспариваемого акта, так и наличие фактических обстоятельств для принятия этого административного акта. Что касается лица, обращающегося за защитой, то очевидно, что он должен доказать, что данный акт (применительно к арбитражному судопроизводству) нарушает его законные права и интересы ...»²².

Однако вновь принятый КАС РФ закрепил модель доказывания, отличающуюся от описанной выше. В силу ч. 2 ст. 62 Кодекса административный истец, прокурор, органы, организации и граждане, обратившиеся

²⁰ По делу «Начова и другие против Болгарии», жалобы № 43577/98 и 43579/98 : постановление Большой палаты Европейского суда по правам человека от 6 июля 2005 г. // Официальный сайт Европейского суда по правам человека. URL: <http://www.echr.coe.int> (дата обращения: 02.03.2015).

²¹ См., например: *Баулин О. В.* Суд как субъект доказывания в гражданском судопроизводстве // Вестник гражданского процесса. 2014. № 5. С. 54–66 ; Курс доказательственного права : гражданский процесс. Арбитражный процесс / под ред. М. А. Фокиной. М., 2014.

²² *Яковлев В. Ф.* Избранные труды. Т. 3 : Арбитражные суды : становление и развитие. М., 2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

в суд в защиту прав, свобод и законных интересов других лиц или неопределенного круга лиц, не обязаны доказывать незаконность оспариваемых ими нормативных правовых актов, решений, действий (бездействия), но обязаны: 1) указывать, каким нормативным правовым актам, по их мнению, противоречат данные акты, решения, действия (бездействия); 2) подтверждать сведения о том, что оспариваемым нормативным правовым актом, решением, действием (бездействием) нарушены или могут быть нарушены права, свободы и законные интересы административного истца или неопределенного круга лиц либо возникла реальная угроза их нарушения; 3) подтверждать иные факты, на которые административный истец, прокурор, органы, организации и граждане ссылаются как на основания своих требований.

Обязанности, возложенные приведенной статьей, по сути, и образуют бремя доказывания по административным делам. Сложно понять, как еще можно доказать незаконность нормативного или ненормативного акта, бездействия, кроме как указав на противоречие конкретной норме закона, подтвердив нарушение прав и законных интересов конкретных лиц, а также всю фактическую сторону дела. К чему при такой модели будет сведена доказательственная деятельность властного субъекта? Вполне возможно, за ним останется лишь логическая деятельность по истолкованию норм закона и представление полученных выводов суду.

С нашей точки зрения, в указанных новеллах отчетливо виден шаг от ранее действовавшей модели возложения бремени доказывания на властный орган к общей модели доказывания, свойственной гражданскому и арбитражному процессу: «каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать обстоятельства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений», к слову, также закрепленной в ч. 1 ст. 62 КАС РФ. Имеются опасения, что данные положения сведут на нет потенциал Кодекса по установлению объективной истины и не поспособствуют защите нарушенных прав и законных интересов административных истцов и иных заявителей.

Практика применения новых положений о доказывании в административном судопроизводстве пока не может быть сформирована в достаточном объеме. Однако риск того, что доказывание по КАС РФ будет понято правоприменителем именно так, как оно понято нами, представляется весьма значительным.

Авторы, которые к числу субъектов доказывания относят суд, также выделяют бремя оценки доказательств²³. С нашей точки зрения, суд при его неоспоримом воздействии на доказательственную деятельность все же не является субъектом доказывания. Как справедливо указывает Д. В. Зотов, «субъекты доказывания должны представить, а суд отобрать... доказательства»²⁴.

²³ См., например: *Бабаян К. А.* Указ. соч. ; *Баулин О. В.* Указ. соч. ; *Ярков В. В.* Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 155.

²⁴ *Зотов Д. В.* Необходимые доказательства в гражданском судопроизводстве // Рос. юстиция. 2014. № 11. С. 68–71.

Соответственно, и оценку доказательств не следует рассматривать как задачу доказывания. Доказывание осуществляется с учетом того, что впоследствии заявленные утверждения и представленные доказательства будут подвергнуты оценке, однако сама она к доказыванию не относится.

Таким образом, при рассмотрении дел в порядке административного судопроизводства субъекты доказывания с целью установления объективной истины решают две важнейшие доказательственные задачи: 1) задачу утверждения о фактах, имеющих значение для дела; 2) задачу представления доказательств, подтверждающих заявленные утверждения, суду.

При этом решение задачи утверждения предполагает приведение субъектами доказывания определенной аргументации, а решение задачи представления доказательств – их предварительное собрание и обоснование их относимости и допустимости.

Российский государственный университет правосудия (Центральный филиал)

Павленко К. А., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского процессуального права

E-mail: pavlenkost@mail.ru

Тел.: 8-920-211-94-43

The Central Branch of the Russian State University of Justice

Pavlenko K. A., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of the Civil Procedure Law Department

E-mail: pavlenkost@mail.ru

Tel.: 8-920-211-94-43

УДК 342.9

**ЕДИНОЛИЧНОЕ И КОЛЛЕГИАЛЬНОЕ
РАССМОТРЕНИЕ В СУДАХ ДЕЛ,
ВОЗНИКАЮЩИХ ИЗ ПУБЛИЧНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ**

Ю. К. Смольянинова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 27 июля 2015 г.

Аннотация: защита прав и законных интересов заявителей при рассмотрении дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений, осуществляется посредством единоличного и коллегиального рассмотрения, случаи которых определены в законе. Однако данный вопрос не является однозначным и подлежит рассмотрению в данной статье. Автором указываются плюсы и минусы коллегиального рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений, проведена некоторая сравнительная характеристика с гражданским процессуальным и арбитражным процессуальным законодательством и сделаны соответствующие выводы.

Ключевые слова: принципы административного судопроизводства, Кодекс административного судопроизводства РФ, коллегиальное и единоличное рассмотрение дела.

Abstract: protection of the rights and legitimate interests of the applicants by hearing of cases arising from administrative and other public legal relationship is carried out by means of individual and joint consideration which cases are defined in the law. However the matter isn't unambiguous and is subject to consideration in this article. The author specifies pluses and minuses of joint hearing of cases, arising from public legal relationship, some comparative characteristic with the civil procedural and arbitration procedural legislation is carried out and the corresponding conclusions are drawn.

Key words: principles of administrative legal proceedings, Code of administrative legal proceedings of the Russian Federation, joint and individual consideration of the case.

В соответствии со ст. 47 Конституции РФ¹ никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом. Данное положение следует понимать расширительно, поскольку оно относится и к возможности рассмотрения дела коллегией судей, если таковые случаи по конкретным категориям дел закреплены в законе.

Согласно Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации² (далее – КАС РФ) данному вопросу посвящена ст. 29. В соот-

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

² Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации : федер. закон от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 10. Ст. 1391.

ветствии с ней административные дела в суде первой инстанции рассматриваются судьей единолично, если коллегиальное рассмотрение административных дел не предусмотрено настоящей статьей. Коллегиальное рассмотрение административных дел в суде первой инстанции осуществляется в составе трех судей. Круг вопросов, который предусматривает рассмотрение дела в составе коллегии судей, ограничен перечнем, указанным в той же статье. Законодатель намеренно включил данные положения, чтобы увеличить авторитетность принимаемого коллегией судей судебного решения. Дело в данном случае рассматривается более тщательно, обсуждается многосторонне, а решение выносится беспристрастно.

Российские авторы неоднократно возвращались к изучению коллегиальности, отмечая такие ее достоинства, как объективность, возможность обсуждения сложных вопросов, являющихся предметом судебного разбирательства, снижение вероятности судебной ошибки и неточностей при исследовании фактических обстоятельств дела. Данному вопросу посвящены не только обсуждения «молодого» административного судопроизводства, но и гражданского и арбитражного процессов.

Среди недостатков коллегиального рассмотрения дела можно выделить «формальность» данного принципа. Дело разрешается не коллегией, а судьей-докладчиком, к которому присоединяются другие члены коллегии. С этим сложно не согласиться, особенно учитывая мнение современных судей, подтверждающих, что нередко члены коллегии не знакомы со всеми деталями дела.

При коллегиальном рассмотрении дела большим авторитетом по отношению к остальным членам коллегии обладает председательствующий судья.

Коллегиальное рассмотрение дел в судах общей юрисдикции, которые в силу подведомственности и родовой подсудности ближе к населению, не отвечает требованиям прозрачности, поскольку сторона не узнает об особом мнении судьи, оно ей не высылается, не размещается в информационной системе. На судью же давит тайна совещательной комнаты, нарушение которой является существенным процессуальным нарушением и основанием для отмены решения в вышестоящих инстанциях, а также опасность выражения особого мнения. Кроме того, действительно отсутствует гарантия того, что двое судей коллегии, имеющие одинаковое мнение, не будут вынуждены не только уступить под давлением председателю состава, обычно назначаемому из числа наиболее опытных судей, но и скрыть или поменять свое мнение. Нелепым видится дело, в котором решение подписано всеми судьями, но при этом присутствуют два отклоняющихся мнения. То есть решение по гражданскому делу может быть принято фактически меньшинством голосов.

Кроме того, коллегиальное рассмотрение дела не отвечает в полной мере реализации принципа независимости судьи.

Гарантии процессуальной независимости судьи как носителя судебной власти проявляются в установленной законом процедуре осуществления правосудия, предусматривающей полную свободу и самостоятельность

судьи, запрете под угрозой ответственности чьего-либо вмешательства в деятельность по осуществлению правосудия, неподотчетность судьи непосредственно при осуществлении им правосудия³. При этом следует различать понятия «независимость суда» и «независимость судьи».

Независимость суда в узком смысле можно отождествить с принципом независимости судебной власти как исключения влияния на процесс исполнения судебной властью своей функции со стороны внешних факторов, а также отношении к судебной власти со стороны внешних факторов, прежде всего таких, как другие виды власти, средства массовой информации, которое выражает их невмешательство в процесс исполнения судебной властью своего предназначения⁴. Представляется целесообразным, что принцип независимости исходит из утверждения, что суд, рассматривающий дело, должен быть в равной степени независимым как от иных ветвей власти – законодательной и исполнительной, так и от сторон спора, что выступает определенной гарантией соблюдения законодательно установленной процедуры судопроизводства⁵.

Кроме того, это готовность судебной власти противостоять попыткам со стороны тех или иных субъектов, какое-либо влияние на процесс исполнения судебной властью своей функции.

Понятие «независимость судьи» имеет несколько иное содержание. Эта категория отражает способность судьи противостоять всевозможным попыткам влияния на принятие им решения в соответствии с его собственными убеждениями, что во многом зависит от личностных качеств судьи, а также его морального и нравственного уровня.

Справедливым будет замечание, что степень независимости судебной власти в целом предопределяет степень независимости отдельных судей и наоборот⁶.

Независимость судей коллегии должна означать и независимость их от председательствующего судьи. Однако о какой независимости может идти речь, когда судьи присоединяются к мнению председательствующего, поскольку он более опытный. По мнению А. П. Иващенко, «коллегиальность не дает возможности реализации процессуальной независимости судей»⁷. Таким образом, судьи связаны мнениями друг друга. Для целей правосудия важно, чтобы судья мог изменить свое мнение по делу исключительно на основании того, что он осознал правоту другого судьи,

³ См.: Яковлев В. Ф. Статус судей в условиях новых демократий : независимость по отношению к другим ветвям власти // ВВАС РФ. 1999. № 7. С. 30, 54.

⁴ См.: Марченко М. Н. Актуальные проблемы судебной власти // Рос. правосудие. 2006. № 4. С. 110.

⁵ См.: Российские судьи как профессиональная группа : социологическое исследование / В. В. Волков [и др.] ; под ред. В. Волкова. СПб., 2012. С. 38–44.

⁶ См.: Гук П. А. Независимость и судейское усмотрение // Рос. юстиция. 2008. № 11. С. 45–47.

⁷ Иващенко А. П. К вопросу о целесообразности коллегиального рассмотрения дел в арбитражном суде апелляционной инстанции // Вестник Томского гос. ун-та. Томск, 2011. С. 131–133.

а не потому, что если он останется при своем мнении, то решение по делу не будет принято⁸. У судьи, не согласного с мнением большинства, есть право на особое мнение, но это мнение не оглашается и не влияет на результаты дела. О какой эффективности судебной коллегии в данном случае может идти речь, если особое мнение судьи никоим образом не доходит до сторон.

Следует также отметить, что вызывает вопросы п. 4 ч. 2 ст. 29 КАС РФ, в соответствии с которым коллегиально рассматриваются административные дела, направленные в суд первой инстанции на новое рассмотрение с указанием на их коллегиальное рассмотрение. Каковы для этого основания? Данный вопрос в КАС РФ остается без ответа. Возможно, это «особая сложность дела», участие в деле иностранцев. Однако в случае направления дела на новое рассмотрение с участием коллегии судей, это приведет к затягиванию судебного процесса, поскольку коллегии нужно время, чтобы вникнуть в суть спора, ознакомиться с материалами дела. Вряд ли в состав коллегии будет входить тот же судья, который рассматривал дело первоначально и единолично.

Полагаем, что возможность единоличного рассмотрения судьей административных дел позволяет значительно повысить оперативность разрешения споров и снизить судебные издержки.

В пользу единоличного рассмотрения гражданских дел можно приводить разные доводы и мнения. На наш взгляд, единоличное рассмотрение дела судьей подходит для более мелких, несложных дел. Единоличный судья доступнее для сторон. Вместе с тем недостатком единоличного рассмотрения дел в современных российских условиях является то, что на одного судью оказать влияние легче, чем на трех судей. Лица, участвующие в деле, часто относятся к судьям, рассматривающим дело единолично, с подозрением и недоверием, заявляют многочисленные отводы.

Кроме того, вызывает вопросы рассмотрение дел особой сложности с участием коллегии судей. Данное положение закреплено в п. 5 ч. 2 ст. 29 КАС РФ. Категория «особая сложность» является оценочной и субъективной. Кодекс не дает ее определения. Также обстоит дело и в АПК РФ, где данная категория встречается как основание для коллегиального рассмотрения дела.

В отсутствие каких-либо ограничений, кроме субъективного мнения судьи и председателя судебного состава, практически любое дело можно отнести к категории особо сложных и рассматривать коллегиально, что едва ли можно считать обоснованным. Нельзя исключать, что указанная норма даст судьям возможность для разного рода злоупотреблений при решении вопроса о рассмотрении дела коллегиально. Для устранения неопределенности в толковании данного понятия необходимо выработать критерии, на основании которых дело можно считать особо слож-

⁸ См.: *Сметанников А. Е.* Проблемы принятия судебного акта в арбитражном и гражданском судопроизводстве при рассмотрении дела в коллегиальном составе // *Журнал рос. права.* 2005. № 3. С. 94.

ным и, следовательно, рассматривать в коллегиальном порядке. К таким критериям можно отнести отсутствие законодательного регулирования или пробелы в законе, а также единообразной судебной практики применительно к рассматриваемому делу, запутанность фактических обстоятельств дела, значительное число лиц, участвующих в деле, а также иностранных граждан.

В пользу коллегиального рассмотрения дела можно привести положения ч. 1 ст. 28 КАС РФ, в соответствии с которой состав суда для рассмотрения административного дела формируется с учетом нагрузки и специализации судей в порядке, исключая влияние на его формирование лиц, заинтересованных в исходе судебного разбирательства, в том числе с использованием автоматизированной информационной системы.

Следует отметить, что споры, возникающие из административных и иных публично-правовых отношений, отличаются разнообразием и неоднородностью предмета, субъектным составом: о расформировании избирательных комиссий, об оспаривании нормативных правовых актов органов государственной власти, о приостановлении деятельности политических партий и др. Безусловно, один судья не может охватить все категории дел и одинаково хорошо в них разбираться, тем более что судейский корпус формируется не только из опытных судей, но и из тех, кто только сдал квалификационный экзамен на должность судьи. Поэтому для этого предусмотрен механизм формирования судебной коллегии с учетом специализации судьи и его нагрузки. Разумеется, это делается в сочетании с распределением обязанностей между судьями и председателем суда.

Таким образом, не стоит однозначно относиться к вопросу коллегиального или единоличного рассмотрения судебных дел, а рассматривать его с точки зрения разных критериев.

Воронежский государственный университет

Смолянинова Ю. К., аспирант кафедры административного и муниципального права

*E-mail: anopka28@mail.ru
Тел.: 8-951-854-73-25*

Voronezh State University

Smolyaninova Yu. K., Post-graduate Student of the Administrative and Municipal Law Department

*E-mail: anopka28@mail.ru
Tel.: 8-951-854-73-25*

ОСНОВАНИЯ ДЛЯ ВНЕСЕНИЯ ПРОКУРОРОМ ИСКОВЫХ ЗАЯВЛЕНИЙ В ЗАЩИТУ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ

В. А. Кривцов

Прокуратура Воронежской области

Поступила в редакцию 21 января 2016 г.

Аннотация: анализируются исторические аспекты участия прокурора в арбитражном процессе, проблема защиты прокурором интересов государства в арбитражном суде. Предлагается расширить перечень оснований для обращения прокурора в арбитражный суд для защиты интересов государства.

Ключевые слова: прокурор, основания участия прокурора в арбитражном судопроизводстве, публичные интересы.

Abstract: the article analyzes the historical aspects of the Prosecutor's participation in the arbitration process, the protection of public Prosecutor of the state's interests in the arbitration court. It is proposed to expand the list of grounds for appeal of the Prosecutor to the court of arbitration to protect the interests of the state.

Key words: Prosecutor, the basis of Prosecutor's participation in arbitration proceedings, the public interest.

Деятельность прокуратуры направлена на обеспечение соблюдения закона и баланса частных и публичных интересов участниками экономических отношений.

Представляется необходимым обратить внимание на понятие «публичные интересы». Это интересы общества, признанные государством и урегулированные правом. Публичный интерес выражает общие ценности, стремления общества, которые признаются государством и обеспечиваются правом, и это служит основной гарантией для существования и развития всего общества в целом.

Публичный интерес – родовое понятие для интересов общественных и государственных. По мнению Е. Абрамовой, публичные интересы характеризуются содержанием и развитием общественных отношений, которые определяют устройство государства и общества как единого организма; обеспечивают целостность и единство государства, общие принципы его устройства и организации, механизм управления социальными процессами, основанный на реализации властных полномочий; составляют сущность каждого общества, касаются всех сфер жизнедеятельности (экономики, политики, культуры и др.); закрепляют единые основы правового статуса членов общества и их взаимосвязей с государством¹.

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая : учеб.-практ. комментарий (постатейный) / под ред. А. П. Сергеева. М., 2010. С. 564.

Действующее арбитражно-процессуальное законодательство обязывает прокуроров защищать интересы граждан и государства в пределах полномочий, предоставленных ст. 52 АПК РФ. Основное содержание данного направления прокурорской деятельности составляет исковая работа, участие в судебных заседаниях и принятие мер к отмене незаконных и необоснованных судебных постановлений.

Однако так было не всегда. История участия прокурора в арбитражном процессе берет свое начало с 1988 г., когда данное право прокурора было впервые закреплено Правилами рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами². Изначально участие прокурора в Госарбитраже заключалось в возможности опротестования им актов органов государственного арбитража, если они противоречили закону, в порядке прокурорского надзора за законностью актов.

Итогом развития и совершенствования арбитражного процессуального законодательства стала возможность участия прокурора в арбитражном процессе как истца с целью защиты интересов государства и общества. С введением в действие первого АПК РФ в 1992 г.³ прокурор принимал участие в арбитражном процессе по делам об экономических спорах в случаях предъявления им иска в арбитражный суд либо принесения протеста на решение арбитражного суда. В АПК РФ 1995 г.⁴ участие прокурора в арбитражном деле сформулировано в соответствии с Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации»⁵, в котором предусмотрено его право обращения в арбитражный суд с иском в защиту государственных и общественных интересов. Однако законодателем не прописывались условия такого обращения, возможность обращения прокурора с защитой публично-правовых интересов в арбитражный суд не была конкретизирована⁶. Так, в ч. 1 ст. 41 АПК РФ 1995 г. закреплялось положение, согласно которому прокурор не вправе вмешиваться в частноправовые отношения, не соприкасающиеся с публичными интересами и их защитой.

В связи с перечисленными недостатками АПК РФ 1995 г. законодателем полномочия прокуратуры были значительно пересмотрены в

² Правила рассмотрения хозяйственных споров государственными арбитражами : утв. постановлением Совмина СССР от 5 июня 1980 г. № 440 // Свод законов СССР. 1990. Т. 10. С. 184.

³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : утв. ВС РФ 5 марта 1992 г. № 2447-1 (утратил силу) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 16. Ст. 836.

⁴ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 5 мая 1995 г. № 70-ФЗ (утратил силу) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 19. Ст. 1709.

⁵ О прокуратуре Российской Федерации : федер. закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 с изм. и доп. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 47. Ст. 4472.

⁶ См.: Белоусова Е. А. Защита публично-правовых интересов в арбитражных судах прокурором // Вестник Поволжского ин-та управления. 2015. № 2(47). С. 59.

новом УПК РФ 2002 г., в котором ст. 52 установлен исчерпывающий перечень возможностей обращения прокурора в арбитражный суд. Это – нарушения в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, затрагивающие права и законные интересы граждан, организаций и государства, связанные с принятием незаконных нормативных, ненормативных правовых актов, совершением недействительных (ничтожных) сделок. Но и эта позиция законодателя вызвала обоснованную критику и дискуссии среди ученых. В основном споры возникали по вопросу об основаниях участия прокурора в арбитражном судопроизводстве, а точнее о необходимости их расширения либо ограничения.

Некоторые авторы считают излишним вмешательство прокурора в сферу частноправовых интересов. Так, одни авторы полагают, что в тех случаях, когда прокурор вступает в судебный процесс по поводу оспаривания сделки, которая совершена юридическим лицом с государственным участием, т.е. в уставе которого есть государственная доля, это приводит к тому, что с практической точки зрения прокурор вмешивается в гражданско-правовую сферу, которая основана на принципах диспозитивности и свободы сторон⁷. Другие указывают на то, что участие прокурора в арбитражном процессе должно быть минимизировано, а в принципе исключено вовсе⁸.

Некоторые авторы считают, что участие прокурора в арбитражном процессе не соответствует положениям Конституции РФ. Так, с точки зрения Ф. Б. Байчоровой, осуществление полномочий по исковому заявлению прокурора в арбитражном суде идет вразрез с принципами Конституции РФ, а именно с принципами равенства всех перед судом и законом, диспозитивности и состязательности⁹.

А. Ю. Рожков считает излишней функцию прокуратуры по обеспечению законности, предусмотренную ч. 5 ст. 52 АПК РФ, ссылаясь на примат защиты прокурором публичных интересов и достаточно развитый институт представительства¹⁰.

Однако большинством авторов высказывается мнение о том, что права прокурора по обращению в арбитражный суд законодателем серьезно ограничены. Данная группа ученых указывает на необходимость расширения полномочий прокурора в арбитражном процессе. Предлагается предоставить прокурору право обращаться в

⁷ См., например: *Приходько И. А.* Доступность правосудия в арбитражном и гражданском процессе : основные проблемы. СПб., 2005. С. 353.

⁸ См.: *Приходько И. А., Пацация М. Ш.* Арбитражный процесс в современной России : актуальные проблемы / науч. ред. Р. Ф. Каллистратова ; предисл. В. Ф. Яковлева. М., 2002. С. 169–172.

⁹ См.: *Байчорова Ф. Б.* Полномочия прокурора в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 9. С. 24.

¹⁰ См.: *Рожков А. Ю.* Необходимость и целесообразность участия прокурора в гражданском и арбитражном процессе // Вестник Воронеж. ин-та МВД России. 2014. № 2. С. 58.

арбитражный суд в защиту публичных интересов без каких-либо ограничений.

Так, Е. Г. Стрельцова отмечала, что идея арбитражного процесса как процесса равных, спорящих о правоотношениях, возникающих в экономической сфере, в своей лабораторной чистоте, действительно не нуждалась в широких основаниях участия прокурора. Однако реальность показала совсем иное¹¹.

По справедливому замечанию О. И. Куленко, норма ч. 1 ст. 52 АПК РФ, введившая ограниченный круг дел, по которым прокуратура может обращаться в арбитражный суд, является не вполне оправданной. Автор делает вывод о том, что законодательное расширение прав прокурора по участию в арбитражном процессе является реальной гарантией судебной защиты каждого¹².

Многими правоведами указывалось на некое несоответствие частного и публичного интереса в судебных процессах с участием прокуратуры. В связи с этим В. Шобухин предлагал сделать перечень оснований для обращения прокурора в арбитражный суд открытым, предоставив прокурору право по своему усмотрению обращаться в арбитражный суд с иском или заявлением, направленным на защиту публичных интересов¹³.

Сторонники рассматриваемой точки зрения признают важность роли прокурора в судебном процессе для борьбы с нарушением закона в сфере публично-правовых интересов, связанных с экономическими вопросами¹⁴. Так, В. М. Шерстюк изначально был противником неограниченных полномочий прокурора и высказывался за их ограничение, однако после принятия АПК РФ 2002 г. был вынужден признать неспособность осуществления достаточной степени охраны публично-правовых интересов¹⁵.

Теоретиками выдвигалось множество вариантов расширения сферы влияния прокурора в арбитражном судопроизводстве. А. Н. Антошин выделил несколько ключевых позиций по данному вопросу. В частности, он предлагал наделить прокуроров полномочиями на обращение в арбитражный суд с исками или заявлениями в защиту экономических интересов государства; расширить права прокурора в

¹¹ См.: Стрельцова Е. Г. О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе, возникающих в связи с постановлением ВАС РФ от 23 марта 2012 г. № 15 // Законы России : опыт, анализ, практика. 2012. № 9. С. 59.

¹² См.: Куленко О. И. Проблемы правозащитной деятельности прокуратуры в российском арбитражном судопроизводстве // Вестник ЧелГУ. 2008. № 22. С. 70–71.

¹³ См.: Шобухин В. О некоторых вопросах участия прокурора в арбитражном процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 8. С. 8.

¹⁴ См.: Ефросинин Д. Защита кредитором публичных интересов в арбитражном процессе // Законность. 2002. № 12. С. 40.

¹⁵ См.: Шерстюк В. М. Новые положения третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2003. С. 67.

арбитражном процессе путем возврата ему права оспаривания противоправных сделок на основании ст. 169 ГК РФ¹⁶.

Л. Д. Ухова считает неоправданным ограничение полномочий прокурора в арбитражном процессе субъектным составом сделки, когда в результате ее совершения нарушается государственный и общественный интерес. Такие полномочия, по ее мнению, должны распространяться и на сделки, в результате которых публичный интерес нарушается индивидуальными предпринимателями и предприятиями, не имеющими доли участия Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований¹⁷.

Достаточно много предпринималось попыток вернуть прокурора в число участников процессуальных отношений по делам о несостоятельности (банкротстве). Так, Н. С. Ефремов высказывался за восстановление полномочий прокурора на участие в рассмотрении арбитражными судами дел о несостоятельности (банкротстве) государственных и муниципальных унитарных предприятий, юридических лиц, уставной капитал которых содержит долю участия Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований¹⁸.

А. В. Винницкий, анализируя вопросы публичной собственности, высказывает недоумение по поводу того, что при совершении незаконных сделок госкорпорациями прокурор не вправе применить меры реагирования (за исключением «Внешэкономбанка» – единственной госкорпорации, где сформирован уставный капитал), аналогичные предусмотренным ч. 1 ст. 52 АПК РФ¹⁹.

В полной мере защитить государственные интересы прокурору по-прежнему препятствовало отсутствие у него полномочий на обращение в суд с иском о признании права собственности Российской Федерации на спорное имущество, об истребовании государственного имущества из чужого незаконного владения, о взыскании неосновательного обогащения в результате неправомерного использования государственного имущества, о взыскании денежных средств в бюджет²⁰.

Наконец, в июне 2014 г. Федеральный закон от 28 июня 2014 г. № 186-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный

2016. № 1

¹⁶ См.: Антошин А. Н. Проблемы расширения полномочий прокурора в арбитражном процессе в условиях модернизации // Образование и право. 2011. № 9. С. 206.

¹⁷ См.: Ухова Л. Д. Некоторые проблемы участия прокурора в гражданском и арбитражном процессе // Вестник Омского ун-та. Серия «Право». 2008. № 3 (16). С. 232.

¹⁸ См.: Ефремов Н. С. О некоторых проблемах правового регулирования участия прокурора в арбитражном процессе // Грамота. 2012. № 3 (17) : в 2 ч. Ч. 1. С. 82.

¹⁹ См.: Винницкий А. В. Публичная собственность. М., 2013. С. 189.

²⁰ См.: Мальшева Ю. В. Участие прокурора в рассмотрении судами дел по искам (заявлениям), направленным на защиту государственного имущества // Прокурор. 2014. № 2. С. 58.

кодекс Российской Федерации»²¹ дополнил перечень оснований обращения прокурора в арбитражный суд, предоставив прокурору возможность вступить в процесс с иском об истребовании государственного и муниципального имущества из чужого незаконного владения. Дополнения в ст. 52 АПК РФ наделили прокурора полномочиями обращаться с виндикационным иском в арбитражный суд в случаях нарушения интересов Российской Федерации, субъектов Федерации, муниципальных образований.

Именно прокуратура как государственная структура, не имеющая своего ведомственного интереса в защите какой-либо социальной, экономической или иной отрасли, призвана обеспечить соблюдение закона и баланса частных и публичных интересов участниками экономических отношений²².

Однако прокурор, по существу, не имеет возможности принимать реальные меры к устранению значительных нарушений в сфере экономической и предпринимательской деятельности, восстановлению нарушенных государственных интересов.

В соответствии с позицией законодателя часть государственных и публичных интересов должны защищать органы государственного контроля и местного самоуправления, но в действительности это не всегда происходит, что обусловлено во многом недостатками правового регулирования, а также субъективными факторами. Эти обстоятельства могли быть устранены путем предоставления прокурору полномочий на предъявление исков о присуждении к исполнению обязанности в натуральном виде (например, о выполнении определенных действий о признании права собственности Российской Федерации на спорное имущество, о взыскании неосновательного обогащения в результате неправомерного использования государственного имущества, о взыскании денежных средств в бюджет). Неоднократно предпринимаемые попытки Генеральной прокуратуры Российской Федерации законодательно расширить полномочия прокурора до настоящего времени остаются во многом безрезультатными.

По нашему мнению, последняя редакция АПК РФ не содержит достаточных полномочий для прокурора, которые могли бы обеспечить надлежащее выполнение задач, стоящих перед прокуратурой РФ. Необходимо продолжить обсуждение вопросов, связанных с проблемой определения объема прав и обязанностей прокурора, который выступает в арбитражном суде в защиту государственных интересов. Проблема состоит в том, что хотя АПК РФ 2002 г. и включает прокурора в число самостоятельных лиц, которые участвуют в процессе с правами, предоставленными истцу и ответчику, но ограничивает его полномо-

²¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 26 (ч. 1). Ст. 3392.

²² См.: Воробьев С. Д. Защита прокурором публичных интересов посредством обращения в арбитражный суд с иском о сносе самовольной постройки // Законность. 2014. № 9. С. 4.

чия по обращению в арбитражный суд в защиту государственных интересов. Если сравнивать положения ст. 52 действующего АПК РФ последней редакции и аналогичные положения ст. 41 АПК РФ 1995 г., то напрашивается однозначный вывод, что в настоящее время прокурор во многом ограничен в правах по вопросам обращения в арбитражный суд в защиту интересов государства.

Таким образом, предлагаем законодателю внести изменения в ст. 52 АПК РФ 2002 г. и закрепить открытый перечень оснований для участия прокурора в арбитражном процессе в защиту государственных интересов.

Прокуратура Воронежской области
Кривцов В. А., прокурор отдела по
обеспечению участия прокуроров в
гражданском и арбитражном процессе,
младший советник юстиции
E-mail: Viktorx307xx@rambler.ru
Тел.: 8-920-402-00-76

Office of Public Prosecutor of the Voronezh Region
Krivtsov V. A., Prosecutor of the Department for Participation of Public Prosecutors in Civil and Arbitration Process, Junior Counselor of Justice
E-mail: Viktorx307xx@rambler.ru
Tel.: 8-920-402-00-76

УДК 342.951

**ПРЕДВАРИТЕЛЬНАЯ ЗАЩИТА
ПО АДМИНИСТРАТИВНОМУ ИСКУ В СТРУКТУРЕ
АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ**

М. Ю. Стариков

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 12 марта 2016 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы взаимосвязи института предварительной защиты по административному иску и административно-процессуальной форме. Дается краткий анализ юридического значения мер предварительной защиты по Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации.

Ключевые слова: административное судопроизводство, административно-процессуальное право, предварительная защита по административному иску, административно-процессуальная форма.

Abstract: the article discusses the interconnection of the institute of provisional protection of the administrative statement of claim and the administrative processual form. Gives a brief analysis of the legal meaning of the provisional measures of protection under the Code of Administrative Proceedings of the Russian Federation.

Key words: administrative proceedings, administrative and processual law, provisional protection in the administrative statement of claim, administrative processual form.

Полгода действия Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КоАС РФ) не позволяет аргументированно и с надлежащим анализом практики судов общей юрисдикции, рассматривающих *административные дела*, делать выводы относительно эффективности соответствующих процессуальных правовых институтов, в том числе и *мер предварительной защиты по административному иску*.

В настоящее время формируется практика комментирования положений КоАС РФ¹; появляются первые учебники по административному судопроизводству²; наконец, учеными-административистами обосновывается в качестве отрасли права *административно-процессуальное пра-*

149

¹ См.: Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный, научно-практический) / под ред. В. В. Яркова. М., 2016 ; Беспалов Ю. Ф. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный научно-практический). М., 2016 ; Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации / под общ. ред. А. А. Муравьева. М., 2016 ; Рыжаков А. П. Комментарий к Кодексу административного судопроизводства Российской Федерации (постатейный). М., 2016.

² См., например: Административное судопроизводство : учеб. для студентов высших учебных заведений по направлению «Юриспруденция» (специалист, бакалавр, магистр) / под ред. В. В. Яркова. М., 2016.

во с выделением в его структуре *судебного* административного процессуального права³. При этом в литературе представлены и иные подходы к установлению предмета административно-процессуального права⁴. Эксперты в области организации и функционирования различных институтов процессуального права проводят анализ отдельных вопросов применения КоАС РФ⁵.

Несмотря на стремительно увеличивающееся внимание к административному судопроизводству, пока не представляется возможным полноценный, масштабный, конкретно-структурированный анализ судебной практики по административным делам применительно к предварительной правовой защите законных интересов лиц, обращающихся в суд за защитой нарушенных прав. Если обратиться к опубликованным комментариям КоАС РФ, то можно убедиться в том, что практическая составляющая теоретико-правового анализа содержит ссылки на положения Пленумов Верховного Суда РФ относительно порядков разрешения судами дел, возникающих из публичных правоотношений, принятые еще в прошлые годы; при этом весьма детально приводятся и исследуются нормативные правовые положения ГПК РФ и АПК РФ⁶. Предельная краткость комментирования института мер предварительной защиты по административному иску⁷, очевидно, также объясняется пока отсутствующей в надлежащем объеме судебной практики, анализ которой позволили бы сделать обобщения и на их основе – научно-практические рекомендации.

Ученые и практики единодушно утверждают, что КоАС РФ, во-первых, установил новые институты (например, предварительная защита по административному иску); во-вторых, учел и сохранил уже накопленный «опыт законодательной и судебной практики»⁸ (например, поддержка «слабой» стороны в публично-правовом споре, признание судом обязательности явки должностного суда, право суда истребовать доказательств).

³ См.: *Зеленцов А. Б., Кононов П. И., Стахов А. И.* Административно-процессуальное право России : учеб. для бакалавриата и магистратуры. М., 2016. С. 42, 225–339.

⁴ См.: *Панова И. В.* Административно-процессуальное право России. 4-е изд., пересмотр. М., 2016. С. 17–19.

⁵ См.: *Щепалов С. В.* Об усмотрении суда в рамках административной процессуальной формы // Рос. юстиция. 2015. № 6. С. 42 – 46 ; *Его же.* Об усмотрении суда при рассмотрении дел, предусмотренных главой 22 КАС РФ // Там же. № 10. С. 34–39 ; *Горяинова В.* Обсуждаем Кодекс административного судопроизводства. Спорная глава // ЭЖ-Юрист. 2015. № 9. С. 1, 4 ; *Петров В.* Обсуждаем Кодекс административного судопроизводства. Меры предварительной защиты // Там же. С. 1, 5.

⁶ См.: *Беспалов Ю. Ф.* Указ. соч. С. 210–220.

⁷ См.: *Рыжаков А. П.* Указ. соч. С. 221–226.

⁸ *Терехова Л. А.* Рассмотрение дел об оспаривании решений, действий (бездействия) лиц, наделенных публичными полномочиями, в соответствии с КАС РФ // Судья. 2015. № 6. С. 25.

Учреждение административного судопроизводства и развитие его норм, институтов и процедур невозможно представить без учета сложившихся на протяжении многих десятилетий в гражданском и арбитражном процессуальном законодательстве (ГПК РФ и АПК РФ) юридических конструкций и процессуальных правопорядков. Институт *предварительной защиты* (или *обеспечительных мер по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений*) рассматривается авторами комментариев, по понятным причинам (главным образом, из-за отсутствия соответствующей практики), во многом с позиций практики применения гражданского и арбитражного процессуального законодательства. Однако для формирования надлежащей административно-процессуальной формы в соответствии со структурой КоАС РФ необходимо наличие не только теоретических аргументов, но и соответствующей судебной практики по административным делам.

Развитие масштабных областей процессуального законодательства всегда предусматривает формирование новых институтов, являющихся неотъемлемой частью соответствующего вида судебного процесса; исторически в теории гражданского процессуального права можно найти обоснования целесообразности и объективности возникновения того или иного процессуального правового института, когда его появление основывается на принципиальных запросах практики модернизации различных сфер правового регулирования. В. С. Малченко в начале XX в. так говорил о развитии гражданского процесса после 1864 г.: «...отзывчивость законодателя на запросы жизни должна строго и проницательно отделять запросы случайные, временные, от потребностей общих и коренных»; «судебные уставы 1864 г. зиждутся на столь прочном и ценном фундаменте, а общая архитектоника их столь гармонична и целесообразна, что достаточно отремонтировать и обновлять те части и службы, которые уступили давлению времени»⁹.

Следовательно, разработка контуров специальной административно-процессуальной формы и учет в ее структуре главных элементов (в том числе и института предварительной защиты в административном судопроизводстве), если принимать во внимание мнение В. С. Малченко, происходит под «давлением времени», когда формируется общее законодательство об административном судопроизводстве. Сегодня же для аргументированного включения в структуру административно-процессуальной формы института предварительной защиты по административному иску требуется объемная практика деятельности судов общей юрисдикции по применению мер предварительной защиты. Следовательно, обеспечительные меры в административном судопроизводстве непременно должны анализироваться в первую очередь с позиций их органичного включения в структуру *административно-процессуальной формы*, пред-

⁹ Малченко В. С. Общий очерк движения гражданско-процессуального законодательства после 1864 года // Суд и права личности : сборник статей / под ред. Н. В. Давыдова, Н. Н. Полянского. М., 2005. С. 109.

ставляющей собой цельную систему специальных административных процессуальных правовых отношений. Характерные и весьма значимые для практики применения предварительной защиты по административному иску признаки данного института концептуально включаются в систему административно-процессуальной формы, главные составляющие которой определены КоАС РФ.

Можно предположить, что практически все аспекты масштабной дискуссии об административной юстиции создавали значительные предпосылки для становления и развития административно-процессуальной формы, применяемой конкретно в процессе рассмотрения судами административных дел в порядке административного судопроизводства; специализация судопроизводства на административных делах обуславливает и специальные черты административно-процессуальной формы. Справедливо мнение, что полноценная специальная процедура судопроизводства может появиться только в среде, где до этого момента используемая на практике процессуальная форма не может применяться «в силу ее несоответствия целям и задачам специализированного правосудия, а также предмету судебной деятельности»¹⁰; при этом процессуальные особенности рассмотрения отдельных категорий гражданских дел могут включаться в «существо гражданской процессуальной формы»¹¹. Дополняющий эти суждения вывод заключается в том, что единственным положительным результатом принятия КоАС РФ является только формирование *единой и унифицированной процедуры* рассмотрения судами общей юрисдикции и арбитражными судам дел, возникающих из публичных правоотношений¹².

Административно-правовые споры, превращающиеся при их рассмотрении в суде в административные дела, находятся у истоков зарождения административно-процессуальной формы, которая в свою очередь содержит главнейшие характеристики соответствующей модели административной юстиции. Следовательно, во многих странах, имеющих изначально элементарные признаки административной юстиции, с течением времени создавались полноценные системы административного судопроизводства и надлежащей административно-процессуальной формы, которая непременно «воспринимала» существенные признаки той административно-правовой среды, где и зарождались публично-правовые споры и порядки их процессуального разрешения. Именно поэтому целесообразно разделить мнение, в соответствии с которым важнейшей задачей науки административного права должна стать разработка концепции административно-процессуальной формы вместе «с особыми правилами рассмотрения административных дел, носящими не искусственный характер, а действительно обусловленных спецификой административных

¹⁰ Громошина Н. А. Дифференциация, унификация и упрощение в гражданском судопроизводстве. М., 2010. С. 99.

¹¹ Там же.

¹² См.: Громошина Н. А. Кодекс административного судопроизводства : оценка перспектив // Вестник гражданского процесса. 2013. № 3. С. 47–57.

отношений»¹³. При этом в самых общих чертах административно-процессуальной формой признается «система правил, определяющих особенности судебного рассмотрения административных дел»¹⁴.

Как известно, теория гражданского и арбитражного процессуального права содержит полноценное и детальное обоснование мер обеспечения иска (обеспечительные меры в судебном процессе) как принадлежность гражданско-процессуальной формы)¹⁵. В настоящее время административно-процессуальная форма, которая включает в свою систему и предварительную защиту по административному иску, имеет особое значение в связи с необходимостью всестороннего обеспечения прав и законных интересов соответствующих субъектов права. Специалисты смогут осуществлять в будущем системный теоретико-прикладной анализ института предварительной защиты в административном судопроизводстве с точки зрения важнейшего структурного элемента административно-процессуальной формы. Ведь на предварительную защиту по административному иску возлагается решение многих важнейших задач: достижение быстроты, оперативности, эффективности правовой защиты лиц, обратившихся в суд за защитой своих прав, свобод и интересов от незаконной деятельности органов публичной власти и их должностных лиц; недопустимость наступления для указанных субъектов права вредных последствий и предотвращение наступления для них возможного вреда (убытков); обеспечение реального исполнения решений судов, рассмотревших и разрешивших по существу административные дела (административно-правовые споры).

Предварительная защита в системе административного судопроизводства и принцип «отлагательного действия»¹⁶ применяемых судами мер обеспечения административного иска определяются в специальных законодательных актах многих государств. Предварительная защита по административным делам преследует цель устранить пробелы в юридическом обеспечении полноты действия будущих (т.е. принимаемых судом уже после разрешения публично-правового спора) окончательных судеб-

¹³ Новиков А. В. Административно-процессуальная форма // Административное судопроизводство в Российской Федерации : развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства. Воронеж, 2013. С. 454–455.

¹⁴ Там же. С. 452.

¹⁵ См., например: Абушенко Д. Б. Обеспечительные меры в административном судопроизводстве : практика арбитражных судов. М., 2006 ; Волченко О. Ю. Обеспечение иска в гражданском процессуальном праве России и Германии : сравнительно-правовое исследование : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013 ; Котлярова В. В. Сущность, виды и порядок применения обеспечительных мер в арбитражном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015 ; Кузнецов С. А. Обеспечительные меры в гражданском и административном судопроизводстве. М., 2007.

¹⁶ См.: Стариков М. Ю. Предварительная судебная защита и институт «отлагательного действия» в административном судебном процессе (сравнительно-правовые аспекты) // Научные ведомости Белгородского гос. ун-та. Серия: Философия. Социология. Право. 2014. № 22 (193), вып. 30. С. 109–117.

ных решений по делам, возникающим из административных правоотношений. Данный процессуально-правовой институт направлен на обеспечение детализации, конкретизации и полноценной реализации прав лиц (граждан, организаций) на *эффективную правовую защиту*.

Главное в том, что меры обеспечения административного иска в административном судопроизводстве являются частью любой модели административно-процессуальной формы, утвержденной в административно-процессуальных законах страны, в которой создан процессуальный порядок разрешения дел, возникающих из публичных правоотношений. Убедительно мнение, согласно которому целесообразно учитывать нормы и правила, установленные в действующих ГПК РФ и АПК РФ, с целью проведения унификации процессуальных отношений в области рассмотрения административных дел и обеспечения соблюдения единой терминологии¹⁷. В более общем плане институт предварительной судебной защиты (мер обеспечения административного иска в административном судопроизводстве) обусловлен особенностями административного судопроизводства, «определяющими необходимость модификации процессуальной формы и учета особенностей публичного права»¹⁸.

Как и более века назад, сегодня идут споры о соотношении гражданско-процессуальной и административно-процессуальной форм; указывается на ряд их соответствий, одинаковых процедур, похожих институтов и порядков. Но ведь по-другому и быть не может: первые процессуальные правила, вызванные к жизни возникновением материальной административной юстиции, были включены в Гражданский процессуальный кодекс, ибо более подходящей процессуальной формы в те далекие советские времена не было, а о формировании специальной процессуальной формы не приходилось даже «и мечтать». Вместе с гигантским развитием в России законодательства об административном судопроизводстве данный вид процессуальных отношений закономерно и обоснованно был кодифицирован в специальном законе. В связи с этим сравнение обеих процессуальных форм (гражданско-правовой и административно-правовой) должно стать целью исследования их общих черт и особенностей. Безусловно, правильным тезисом здесь является сформированность административно-процессуальной формы на основе масштабного учета общих положений гражданско-процессуальной формы.

Спор о соотношении *гражданского* и *административного* процессов (гражданского и административного судопроизводства) имеет вековую историю. С. А. Корф утверждал, что «источником и образцом построений административного процесса послужил процесс гражданский; столетние принципы последнего были применены ко вновь родившемуся в XIX в.

¹⁷ См.: Ноздрачев А. Ф. Административное судопроизводство как формирующийся институт административного права // Административное судопроизводство в Российской Федерации : развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства. Воронеж, 2013. С. 461–462.

¹⁸ Оптимизация гражданского правосудия России / под ред. В. В. Яркова. М., 2007. С. 29.

административному процессу; в равной мере сие относится и к Франции, и к Италии, и к Германии, и к Австрии. Да иначе и быть не могло, если принять во внимание, с одной стороны, их духовное сродство, с другой же – теоретическую разработанность процесса гражданского. Этим объясняется, что многие принципы обоих процессов совершенно тождественны, другие весьма похожи друг на друга»¹⁹. По мнению М. Д. Загряцкова, «процесс является самой разработанной стороной административной юстиции... Процессуальные формы, заимствованные из гражданского процесса, значительно улучшены. Процедура упрощена и ускорена, индивидуалистические крайности сглажены. Это особенно бросается в глаза при сравнении с гражданскими судами, где все движение процесса обусловлено действиями сторон... Характер процесса – состязательно-инструктивный. Публичность, гласность, устность, непосредственность здесь, как и везде, служат могучим орудием отыскания истины»²⁰. Развитие теоретических основ соотношения *гражданского* и *административного* процессов, очевидно, испытывало на себе сильное воздействие со стороны укреплявшегося в конце XIX – начале XX в. административного права, которое, в свою очередь, формировалось под влиянием идей и принципов правовой государственности, а также законодательства о публичном управлении.

Наряду с «административно-процессуальной формой» разработано также понятие «административно-процессуальная процедура рассмотрения административных дел», к специальным особенностям которой относятся: возможность истребования по инициативе суда от органов публичной власти, административный акт или действие (бездействие) которых оспаривается в суде, документов и доказательств, необходимых для правильного разрешения административного дела («активная роль» судьи в административном судопроизводстве); бремя доказывания по административному делу возлагается на субъекта осуществления административной власти (т.е. на субъект, уполномоченный совершать властные действия и принимать административные акты); каждое поступившее в суд заявление по административному делу обязательно должно быть рассмотрено судьей²¹; другие признаки, характеризующие принципиальные особенности административного судопроизводства и находящихся в его структуре институтов и судебных процедур.

Дискуссия о *единстве* и *дифференциации административного судопроизводства* позволяет констатировать сформированность в российском процессуальном законодательстве общих черт административного судопроизводства (например, повышенная активность суда, полномочного по своей инициативе истребовать доказательства, и особый поря-

¹⁹ Корф С. А. Административная юстиция в России. Книга вторая : Очерк действующего законодательства // Административная юстиция : конец XIX – начало XX века : хрестоматия. Ч. 1 / сост. Ю. Н. Старилов. Воронеж, 2004. С. 686.

²⁰ Загряцков М. Д. Административная юстиция и право жалобы в теории и законодательстве // Там же. Ч. 2. С. 293–294.

²¹ См.: Ноздрачев А. Ф. Указ. соч. С. 462.

док распределения бремени доказывания по административному делу²². Применяемые на практике (до вступления в силу КоАС РФ) содержащиеся в то время в ГПК РФ и АПК РФ судебные процедуры разрешения административных дел дублировались, а также имели «неоправданные различия»²³. В результате ученые предлагали унифицировать порядки рассмотрения административных дел «в Особенной части Кодекса административного судопроизводства»²⁴. Но и в этой сфере правоотношений являлся очевидным особый и отличный от гражданских дел порядок разрешения административных дел, который подчинен, по мнению ученых, «разным процессуальным режимам».

Именно поэтому, возвращаясь к институту предварительной защиты в административном судопроизводстве, можно предположить, что административно-процессуальный режим рассмотрения административных дел, созданный в условиях необходимости учета императивных признаков правового процессуального регулирования, обуславливает и определение порядка применения в административном судопроизводстве специальных мер обеспечения административного иска (или заявленных требований).

Дискуссия об оптимизации гражданского судопроизводства содержала обоснование идеи о формировании специальной административно-процессуальной формы, которая могла бы основываться на нормах и процедурах КоАС РФ, содержащей особенности «процессуального регламента» разрешения административных дел, а также *унификацию* уже установленных правил административного судопроизводства независимо от осуществляющего его суда²⁵. Но были и иные точки зрения, отрицающие целесообразность и необходимость создания особой процессуальной формы для разрешения дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений. При этом аргументом становилось утверждение о существовании на протяжении многих десятилетий универсальных и эффективных гарантий, которые предоставляла еще недавно применяемая в судах гражданская процессуальная форма, установленная подразделом III ГПК РФ²⁶. Нельзя не обратить внимание на обсуждаемый в этой дискуссии тезис, утверждающий: «...особая процессуальная форма необходима только тогда, когда другие существующие формы не способны эффективно защищать права и интересы физических и юридических лиц от незаконных решений, действий (бездействия) ор-

²² См.: *Слепченко Е. В.* Проблемы судопроизводства и судоустройства по делам, возникающим из публичных правоотношений // *Административное судопроизводство в Российской Федерации : развитие теории и формирование административно-процессуального законодательства.* Воронеж, 2013. С. 723–724.

²³ Там же. С. 725.

²⁴ Там же. С. 726.

²⁵ См.: *Оптимизация гражданского правосудия России / под ред. В. В. Яркова.* М., 2007. С. 30.

²⁶ См.: *Щепалов С. В.* К вопросу о совершенствовании процессуальной формы административного судопроизводства // *Рос. юстиция.* 2014. № 8. С. 29.

ганов государственной власти и должностных лиц»²⁷. К числу «фундаментальных изъянов» относится, по мнению авторов, «функциональное уравнивание гражданского судопроизводства и административного судопроизводства»²⁸.

Особенности «административно-процессуальной формы», «административно-процессуальной процедуры рассмотрения административных дел» или «особого процессуального режима» разрешения дел, возникающих из публично-правовых отношений, неминуемо приводят к необходимости констатации, что и процессуально-правовой режим применения обеспечительных мер (мер предварительной правовой защиты) в административном судопроизводстве – важнейшее условие (предпосылка) и одновременно влиятельная характеристика в целом института административного судопроизводства.

Как уже неоднократно отмечалось, развитие административно-процессуальной формы происходило в российском процессуальном праве в непосредственном взаимодействии с гражданско-процессуальной и арбитражно-процессуальной формой. При этом обеспечительные меры в арбитражном и гражданском процессе – обязательные институты указанных процессуальных форм, регламентация которых находилась ранее в основном в ГПК РФ и АПК РФ.

Стандарты гражданско-процессуального и арбитражно-процессуального правового регулирования применения обеспечительных мер в соответствии с гражданском и арбитражном процессе, очевидно, оказывают влияние на формирование модели административно-процессуальной регламентации порядка установления и применения предварительной правовой защиты в административном судопроизводстве. Например, когда речь идет о цели обеспечительных мер, являющихся временными мерами и применяемыми судом по заявлению заинтересованного лица для обеспечения иска (интересов заявителя), то, как правило, указывается на (1) «недопущение затруднения или невозможности исполнения судебного акта» и (2) «предотвращение причинения значительного ущерба заявителю»²⁹.

Ученые³⁰, предметно исследовавшие применение обеспечительных мер по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений, в практике арбитражных судов, разрабатывали различные модели предварительной правовой защиты прав, свобод, законных интересов субъектов права. Обеспечительные меры рассматривались

²⁷ Ильин А. В. К вопросу о возможности существования административного судопроизводства как отдельной процессуальной формы // Закон. 2013. № 4. С. 129.

²⁸ Серков П. П. К вопросу о современном понимании административного судопроизводства // Вестник Университета им. О. Е. Кутафина. 2014. № 2. С. 52.

²⁹ Кузнецов С. А. Судебные обеспечительные средства в российском гражданском праве. М., 2008. С. 39.

³⁰ См., например: Марани Ю. В. Обеспечительные меры по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 4. С. 26–31.

как «особый процессуальный способ защиты прав и законных интересов лиц, участвующих в деле»³¹. Именно с этих позиций создавались неотъемлемые специальные черты административно-процессуальной формы.

Каждый институт, входящий в структуру административно-процессуальной формы, выполняет специальную роль в деле достижения целей и решения задач административного судопроизводства. Следовательно, институт предварительной защиты по административному иску, с одной стороны, является неотъемлемой частью административного процесса (рассмотрения судом общей юрисдикции административных дел), а с другой – привносит в процессуальную форму по КоАС РФ административно-правовые особенности, которые, в свою очередь, обусловлены общей юридической средой публичного администрирования и спецификой используемых в практике публичного управления административных процедур. Таким образом, даже только указанные свойства дают возможность увидеть публично-правовую природу предварительной защиты по административному иску, объясняющей различные стороны административно-процессуальной формы в рамках действующего КоАС РФ.

Содержание *предварительной защиты по административному иску* обязательно должно включать так называемые *условия* применения судом обеспечительных мер в административном судопроизводстве. К таким условиям относятся: 1) *соразмерность* применяемых обеспечительных мер заявленным требованиям (это важнейшее условие принятия обеспечительных мер); 2) доказываемая обстоятельствами дела и фактическими данными *взаимосвязь* возможных мер *предварительной защиты* административного иска с предметом административно-правового спора; 3) *реальная потребность* (или необходимость) в применении мер предварительной защиты; 4) *соизмеримость достижения цели* в обеспечении заявленных требований и *принципа достаточности* мер предварительной защиты; 5) соблюдение принципа учета субъективных публичных прав, свобод и интересов истца, с одной стороны, и публичных интересов, с другой стороны, при принятии решения о применении мер предварительной защиты по административному иску; 6) быстрота, оперативность и срочность принятия судом мер обеспечения исковых требований по административному делу, обеспечивающих стабильность существующих условий разрешения административно-правового спора; 7) обеспечение надлежащего порядка издания (принятия) административного акта, его правомерности, полного и правильного исполнения и, соответственно, соблюдение порядков и принципов административных процедур.

Правовые стандарты обеспечения гражданам или организациям *эффективной правовой защиты*, несомненно, обуславливают необходимость развития законодательства об административных процедурах, ибо

³¹ *Львов Я. А.* Особенности применения арбитражными судами обеспечительных мер по делам, возникающим из административных и иных публичных правоотношений : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 11.

юридически значимый потенциал административного судопроизводства может быть раскрыт только при надлежащем административно-правовом регулировании порядка совершения административных действий и принятия административных актов.

Таким образом, целесообразно отметить, что дальнейшее развитие предварительной защиты по административному иску будет способствовать укреплению административно-процессуальной формы, обладающей потенциалом, правовыми механизмами, адекватным процессуально-правовым инструментарием для эффективного обеспечения прав и законных интересов субъектов административно-правовых отношений.

Воронежский государственный университет

Стариков М. Ю., преподаватель кафедры административного и муниципального права

E-mail: smaxim90@yahoo.com

Тел.: 8(473) 255-07-19

Voronezh State University

Starilov M. Yu., Lecturer of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: smaxim90@yahoo.com

Tel.: 8(473) 255-07-19

УДК 339.543.662

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ТАМОЖЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ
ДОГОВОРом О ЕВРАЗИЙСКОМ ЭКОНОМИЧЕСКОМ СОЮЗЕ
ОТ 29 МАЯ 2014 ГОДА

Т. А. Матвеева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 23 декабря 2015 г.

Аннотация: рассматриваются нормы Договора о Евразийском экономическом союзе, регулирующие таможенные правоотношения, а также закрепляющие таможенные термины и понятия.

Ключевые слова: таможенные правоотношения, таможенное дело, таможенное регулирование, таможенно-тарифное регулирование, запреты и ограничения.

Abstract: the rules of the Treaty on the Eurasian Economic Union, regulating customs legal relations, as well as fixing the customs terms and concepts.

Key words: customs regulations, customs activity, customs regulations, customs and tariff regulation, prohibitions and restrictions.

Успешное функционирование Таможенного союза Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации позволило руководителям государств 18 ноября 2011 г. подписать Декларацию о евразийской экономической интеграции, в которой было заявлено о переходе с 1 января 2012 г. к следующему этапу интеграции – Единому экономическому пространству и обозначена новая цель – к 1 января 2015 г. завершить кодификацию международных договоров, составляющих нормативно-правовую базу Таможенного союза и Единого экономического пространства, и на этой основе создать Евразийский экономический союз¹.

Договор о Евразийском экономическом союзе был подписан президентами Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации в Астане 29 мая 2014 г.

По словам Президента Республики Беларусь А. Лукашенко, «процесс формирования Таможенного союза, Единого экономического пространства, наконец, Евразийского союза был исключительно долгим и очень сложным». Президент Российской Федерации В. Путин отметил, что «государства «тройки» будут проводить согласованную политику в ключевых отраслях экономики – энергетике, промышленности, сельском хозяйстве, транспорте. Это непростая, точнее, очень сложная работа, и до сих пор было сложно договориться по всем этим вопросам. Со спорами и, не хо-

¹ Подробнее о процессе евразийской интеграции см.: Матвеева Т. А. Необходимость конституционного регулирования интеграционных процессов на постсоветском пространстве // Юридические записки : науч.-практ. журнал. 2014. № 4(27). С. 5–10.

чется говорить, со скандалами, но все-таки с острыми спорами, с острым обсуждением, но это все происходило, уверен, так и будет происходить в будущем – на основе взаимопонимания и желания достичь компромисса, приемлемого для всех»².

Созданный Евразийский экономический союз имеет свои особенности.

Во-первых, как это следует из названия Договора от 29 мая 2014 г., Союз является экономическим и не затрагивает вопросы независимости, политического суверенитета государств – участников интеграционного процесса. Это было специально подчеркнуто Н. Назарбаевым, Президентом Республики Казахстан, в выступлении на церемонии подписания Договора³. Одна из главных целей заключается в том, чтобы объединить возможности каждой из стран для совместной модернизации и роста конкурентоспособности. Государства переходят на принципиально новый уровень взаимодействия, создают общее пространство со свободным перемещением товаров, услуг, капиталов и рабочей силы. Статья 1 (п.1) Договора прямо закрепляет: «Настоящим Договором Стороны учреждают Евразийский экономический союз (далее – Союз, ЕАЭС), в рамках которого обеспечивается свобода движения товаров, услуг, капитала и рабочей силы, проведение скоординированной, согласованной или единой политики в отраслях экономики, определенных настоящим Договором и международными договорами в рамках Союза».

Во-вторых, ЕАЭС – открытое экономическое сообщество, органично вплетенное в глобальные связи как надежный мост между Европой и растущей Азией. Формируется крупнейший единый рынок в СНГ (свыше 170 млн человек). В 2015 г. новыми членами Союза стали Республика Армения, не имеющая общих границ с другими государствами – членами ЕАЭС, и Кыргызская Республика.

В-третьих, на мировой арене появилась новая экономическая организация, обладающая в полной мере международной правосубъектностью и действующая на основе принципов Всемирной торговой организации. Таможенный союз Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации не являлся субъектом международного права. В п. 2 ст. 1 Договора о ЕАЭС закреплено: «Союз является международной организацией региональной экономической интеграции, обладающей международной правосубъектностью». Союз имеет право осуществлять международное сотрудничество с государствами, международными организациями и международными интеграционными объединениями и самостоятельно либо совместно с государствами-членами заключать с ними международные договоры по вопросам, отнесенным к его компетенции (п. 1 ст. 7 Договора о ЕАЭС).

В-четвертых, в Союзе создана новая модель наднациональных органов.

До 2012 г. высшим органом Таможенного союза являлся Межгосударственный совет Евразийского экономического сообщества. С 2012 г. действовал Высший Евразийский экономический совет в качестве высше-

² URL: <http://www.kremlin.ru>

³ Там же.

го органа Таможенного союза и Единого экономического пространства, который, как и ранее Межгосударственный совет, собирался на уровне глав государств и на уровне глав правительств, и четкого распределения полномочий между ними закреплено не было.

В качестве постоянного органа действовала Комиссия Таможенного союза. С 2012 г. вместо нее учреждена Евразийская экономическая комиссия как единый постоянно действующий регулирующий орган Таможенного союза и Единого экономического пространства.

В соответствии с разделом 3 Договора о ЕАЭС от 29 мая 2014 г. органами Евразийского экономического союза являются:

1. Высший Евразийский экономический совет (Высший совет), в состав которого входят главы государств-членов. Заседания проводятся не реже 1 раза в год.

2. Евразийский межправительственный совет (Межправительственный совет) – орган Союза, состоящий из глав правительств государств-членов. Заседания проводятся по мере необходимости, но не реже 2 раз в год.

Договор о ЕАЭС четко закрепляет полномочия Высшего совета (ст. 12) и полномочия Межправительственного совета (ст. 14).

3. Евразийская экономическая комиссия – постоянно действующий регулирующий орган Союза.

4. Суд Евразийского экономического союза – постоянно действующий судебный орган.

В-пятых, создание ЕАЭС – крупнейшего интеграционного объединения современного мира – юридически оформлено подписанием Договора, который является документом «не декларативного характера, а прямого действия, как кодекс»⁴. Он состоит из 4 частей, 28 разделов, 118 статей и имеет 33 приложения. Часть 1 «Учреждение Евразийского экономического союза», часть 2 «Таможенный союз», часть 3 «Единое экономическое пространство», часть 4 «Переходные и заключительные положения». Как высказался советник Президента РФ С. Глазьев, «Евразийский экономический союз по сути является суммой Таможенного союза и Единого экономического пространства»⁵.

При разработке Договора учитывался как положительный, так и отрицательный опыт существующих интеграционных объединений, в первую очередь Евросоюза, а также МЕРКОСУР и др.

В. Спасский, директор Департамента развития интеграции Евразийской экономической комиссии, считает, что «в отличие от Лиссабонского договора в ЕАЭС, во-первых, нет и не предполагается единая политика в области обороны, безопасности и единая внешняя политика; во-вторых, нет и не предполагается создание единого парламента, счетной палаты и Центробанка»⁶. Однако вряд ли правомерно столь категоричное за-

⁴ Сулейменов Т. К единому финансовому рынку // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2014. № 8. С. 10.

⁵ Глазьев С. Сложный этап // Там же. 2015. № 4. С. 8.

⁶ Спасский В. Договор о ЕАЭС – это серьезный прорыв // Там же. 2014. № 10. С. 8.

явление. Так, на церемонии подписания Договора о ЕАЭС Президент Республики Беларусь А. Лукашенко в заключение своей речи сказал: «Мы верим, что экономический союз станет в будущем основой нашего политического, военного и гуманитарного единства», т.е. он не исключает возможности перерастания экономического союза в политический, как это было с Европейским союзом. Не исключается и создание наднационального парламента. Так, Председатель Государственной Думы Федерального Собрания РФ С. Нарышкин на международной конференции «Президент, парламент, интеграция», состоявшейся в ноябре 2014 г. в Астане, напомнил присутствующим, что «**пока** отсутствует общая парламентская структура государств-союзников», между тем в Договоре о ЕАЭС есть пункт об унификации законодательства, и «мы должны быть готовы к тому, что основная нагрузка по сближению сейчас ляжет на национальные парламенты»⁷.

По мнению начальника отдела таможенного законодательства Департамента таможенного законодательства и правоприменительной практики Евразийской экономической комиссии М. Искосковой, договор регулирует все вопросы функционирования Евразийского экономического союза, за исключением таможенных правоотношений, которым посвящены лишь несколько отсылочных статей. «Вероятно, требует комментария, – пишет автор, – почему в Договор о ЕАЭС не включены вопросы, связанные с таможенными правоотношениями, при том что он содержит все остальные нормы, связанные с функционированием ЕАЭС, в том числе касающиеся запретов и ограничений, тарифного, технического регулирования и т.д.»⁸, и называет следующие причины.

Первая причина – Таможенный союз, для обеспечения функционирования которого создавался Таможенный кодекс Таможенного союза, уже состоялся; вторая причина – Договор о ЕАЭС, регулирующий все отрасли экономической жизни, является комплексным документом, который было сложно разработать и принять, перегружать его еще и таможенными правоотношениями было нецелесообразно. Внешнеэкономическая деятельность и таможенное регулирование – наиболее острая сфера, требующая совершенствования, и включение в Договор вопросов таможенного регулирования могло бы существенно затормозить его принятие⁹.

Однако обоснованность этих утверждений вызывает сомнение. Любой документ, тем более международный договор, не может быть всеобъемлющим. Специфика таможенного дела требует регламентации таможенных правоотношений отдельным документом. В том же Европейском союзе действует Таможенный кодекс ЕС.

Представляется также, что М. Искоскова суживает понятие таможенного правоотношения, на самом деле, в Договоре таможенным пра-

⁷ Цит. по: *Замахина Т.* Законы сильнее силы // Рос. газета. 2014. 25 нояб.

⁸ *Искоскова М.* Суть нового Кодекса – баланс интересов государства и бизнеса // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2014. № 10. С. 13–14.

⁹ См.: Там же.

воотношениям посвящено не «несколько отсылочных статей», а значительное число норм, уже оказавших влияние на правоприменительную практику.

Несмотря на некоторое отличие в определении таможенных правоотношений разными авторами, суть их сводится к одному: это отношения в области таможенного дела¹⁰. Понятие таможенного дела в Таможенном кодексе Таможенного союза отсутствует.

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 27 ноября 2009 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» таможенное дело в Российской Федерации представляет собой совокупность средств и методов обеспечения соблюдения мер таможенно-тарифного регулирования, а также запретов и ограничений при ввозе и вывозе товаров из страны. При этом не объясняется, о каких именно средствах и методах идет речь.

Статья 6 Таможенного кодекса Таможенного союза (далее – ТК ТС) в качестве одной из основных задач таможенных органов называет «обеспечение в пределах своей компетенции соблюдения мер таможенно-тарифного регулирования и запретов и ограничений в отношении товаров, перемещаемых через таможенную границу».

Определение запретов и ограничений дается ст. 4 (подп. 8 п. 1) ТК ТС. В ст. 101 Договора о ЕАЭС, посвященной переходным положениям в отношении раздела 8 «Таможенное регулирование», содержится новое понятие запретов и ограничений и указывается на то, что положения ТК ТС, «касающиеся определения и применения (неприменения) запретов и ограничений, не применяются». При этом к запретам и ограничениям отнесены меры (в том числе меры нетарифного регулирования), применяемые в отношении товаров, перемещаемых через таможенную границу Союза.

Однако в текст Таможенного кодекса Таможенного союза (с изменениями, внесенными Договором от 29 мая 2014 г.) соответствующие поправки в подп. 8 п. 1 ст. 4 «запреты и ограничения» и в подп. 17 п. 1 ст. 4 «меры нетарифного регулирования» внесены не были. Нет даже указания на то, что нормы ТК ТС применяются с учетом положений ст. 101 Договора от 29 мая 2014 г.

Статья 101 Договора называется «Переходные положения в отношении раздела 8». Раздел 8 «Таможенное регулирование» содержит только одну ст. 32 «Таможенное регулирование в Союзе», которая закрепляет следующее: «В Союзе осуществляется единое таможенное регулирование в соответствии с Таможенным кодексом Евразийского экономического союза и регулирующими таможенные правоотношения международными договорами и актами, составляющими право союза, а также в соответ-

¹⁰ См., например: Таможенное право : учеб. пособие / отв. ред. О. Ю. Бакаева. М., 2012. С. 106–110 ; Тимошенко И. В. Таможенное право для бакалавров : учебник. Ростов н/Д., 2013. С. 43–45 ; Чермянинов Д. В. Таможенное право : учебник / отв. ред. Д. Н. Бахрах. М., 2011. С. 17–19.

ствии с положениями настоящего Договора». Как видно из текста, понятие термина, давшего название статье, отсутствует. В Таможенном кодексе Таможенного союза (с изменениями, внесенными Протоколом от 16 апреля 2010 г., договорами от 29 мая 2014 г., от 10 октября 2014 г., Протоколом от 8 мая 2015 г.) п. 1 ст. 1 гласит: «Таможенное регулирование в таможенном союзе Евразийского экономического сообщества (далее – таможенный союз) – правовое регулирование отношений, связанных с перемещением товаров через таможенную границу таможенного союза, их перевозкой по единой таможенной территории таможенного союза под таможенным контролем, временным хранением, таможенным декларированием, выпуском и использованием в соответствии с таможенными процедурами, проведением таможенного контроля, уплатой таможенных платежей, а также властных отношений между таможенными органами и лицами, реализующими права владения, пользования и распоряжения указанными товарами». В изложении данной нормы обращает на себя внимание, во-первых, то, что Таможенный союз уже не может находиться в рамках Евразийского экономического сообщества, ввиду того что Договором от 10 октября 2014 г. (ратифицирован Федеральным законом от 3 февраля 2015 г. № 1-ФЗ) данное интеграционное объединение прекратило деятельность; во-вторых, несмотря на решение Комиссии Таможенного союза от 18 июня 2010 г. № 302 «О внесении технических правок в международные договоры Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС» слово «таможенный» перед словом «союз» до сих пор так и пишется с маленькой буквы, причем не только в данной статье, но и в тексте всего ТК ТС. Отметим также, что в Таможенном кодексе Таможенного союза упоминается Комиссия таможенного союза, тогда как вместо нее с 2012 г. действует Евразийская экономическая комиссия.

В выступлении Г. Баландиной, директора Центра поддержки ВЭД и развития регионов, на конференции «Таможня 2015: диалог власти и бизнеса» подчеркнуто, что в новом интеграционном образовании – Евразийский экономический союз – таможенное регулирование еще усложнилось, поскольку оно полностью отдано в союзную юрисдикцию, и любые изменения требуют согласования с белорусскими, казахстанскими, армянскими и киргизскими коллегами. «В этом контексте очень важно участие представителей России в формировании нового таможенного законодательства, отвечающего потребностям нашей экономики»¹¹.

В ст. 32 Договора о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. речь идет о Таможенном кодексе Евразийского экономического союза. Как заявил Председатель Правительства РФ Д. Медведев на заседании Евразийского межправительственного совета, состоявшегося в сентябре 2015 г. в г. Гродно (Республика Беларусь), данный документ должен быть принят в ближайшие месяцы и вступит в действие в 2016 г.¹²

¹¹ Заикина О. Диалог с переменным успехом // Таможенное регулирование. Таможенный контроль. 2015. № 8. С. 44.

¹² Цит. по: Кузьмин В. Через Неман и дальше // Рос. газета. 2015. 9 сент.

Статья 101 Договора от 29 мая 2014 г. поясняет, что «до вступления в силу Таможенного кодекса Евразийского экономического союза таможенное регулирование в Союзе осуществляется в соответствии с Договором о Таможенном кодексе Таможенного союза от 27 ноября 2009 года и иными международными договорами государств-членов, регулируемыми таможенные правоотношения, заключенными в рамках формирования договорно-правовой базы Таможенного союза и Единого экономического пространства и входящими в соответствии со статьей 99 настоящего Договора в право союза, с учетом положений настоящей статьи».

Поскольку ст. 101 Договора содержит переходные положения в отношении раздела 8 «Таможенное регулирование», содержащего одну ст. 32, следовательно, все положения ст. 101 относятся к таможенным правоотношениям. Здесь, в частности, указывается, что для целей применения международных договоров, регулирующих таможенные правоотношения, под используемыми в них понятиями понимается следующее: «государства – члены Таможенного союза» – государства-члены в значении, определенным Договором; «единая таможенная территория таможенного союза (таможенная территория таможенного союза)» – таможенная территория Союза; «единая Товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности таможенного союза (Товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности)» – единая Товарная номенклатура внешнеэкономической деятельности Евразийского экономического союза; «Единый таможенный тариф таможенного союза» – Единый таможенный тариф Евразийского экономического союза; «Комиссия таможенного союза» – Евразийская экономическая комиссия; «таможенная граница таможенного союза (таможенная граница)» – таможенная граница Евразийского экономического союза; «товар таможенного союза» – товар Евразийского экономического союза. Кроме того, как указывалось выше, именно в ст. 101 Договора несколько иначе, чем в Таможенном кодексе Таможенного союза, определяются запреты и ограничения, к которым, прежде всего, относятся меры нетарифного регулирования.

В Договоре от 29 мая 2014 г. таможенно-тарифное регулирование и нетарифное регулирование отнесено к разделу 9 «Внешнеторговая политика». Определение таможенно-тарифного регулирования в данном тексте отсутствует. Его нет и в Таможенном кодексе Таможенного союза. Данное понятие содержится в Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности». В соответствии с п. 24 ст. 2 «таможенно-тарифное регулирование – метод государственного регулирования внешней торговли товарами, осуществляемый путем применения ввозных и вывозных таможенных пошлин». Ввозная таможенная пошлина и вывозная таможенная пошлина – виды таможенных платежей, что прямо закреплено в ст. 70 Таможенного кодекса Таможенного союза. Данный же документ содержит определение таможенной пошлины как обязательного платежа, взимаемого таможенными органами в связи с перемещением товаров через таможенную границу (подп. 25 п. 1 ст. 4).

В Договоре о ЕАЭС дается понятие ввозной таможенной пошлины. Это обязательный платеж, взимаемый таможенными органами государств-членов в связи с ввозом товаров на таможенную территорию Союза. Следует отметить, что понятие закреплено в ст. 25 «Принципы функционирования таможенного союза», которая относится к разделу 6. В данной статье зафиксировано, что в рамках Таможенного союза государств-членов: 1) функционирует внутренний рынок товаров; 2) применяются Единый таможенный тариф Евразийского экономического союза и иные меры регулирования внешней торговли товарами с третьими сторонами; 3) действует единый режим торговли товарами в отношении с третьими сторонами; 4) осуществляется единое таможенное регулирование; 5) осуществляется свободное перемещение товаров между территориями государств-членов без применения таможенного декларирования и государственного контроля (транспортного, санитарного, ветеринарно-санитарного, карантинного фитосанитарного), за исключением случаев, предусмотренных Договором.

В соответствии со ст. 77 ТК ТС для целей исчисления ввозных таможенных пошлин применяются ставки, установленные Единым таможенным тарифом Таможенного союза. Ст. 25 Договора о ЕАЭС определяет и этот термин: «Единый таможенный тариф Евразийского экономического союза (ЕТТ ЕАЭС) – свод ставок таможенных пошлин, применяемых к товарам, ввозимым (ввезенным) на таможенную территорию союза из третьих стран, систематизированный в соответствии с единой Товарной номенклатурой внешнеэкономической деятельности Евразийского экономического союза». Здесь же дается понятие тарифной преференции. Это освобождение от уплаты ввозных таможенных пошлин или снижение ставок ввозных таможенных пошлин в отношении товаров, происходящих из стран, образующих вместе с Союзом зону свободной торговли, либо снижение ставок ввозных таможенных пошлин в отношении товаров, происходящих из развивающихся стран – пользователей единой системы тарифных преференций Союза и (или) наименее развитых стран – пользователей единой системы тарифных преференций Союза.

Статья 74 ТК ТС относит тарифные преференции к льготам по уплате таможенных платежей. Но регламентация тарифных преференций содержится в Договоре о ЕАЭС в разделе 9, посвященному внешнеторговой политике. Там же закрепляются вопросы применения Единого таможенного тарифа ЕАЭС, называются виды ставок ввозных таможенных пошлин (в ст. 71 ТК ТС – виды ставок таможенных пошлин), возможность установления сезонных таможенных пошлин, срок действия которых не может превышать шести месяцев в году и которые применяются вместо ввозных таможенных пошлин. Кроме того, устанавливаются тарифные льготы в виде освобождения от уплаты ввозной таможенной пошлины или снижения ставки ввозной таможенной пошлины (ст. 43). Предоставление тарифных льгот осуществляется согласно приложению № 6 к Договору от 29 мая 2014 г. Приложением № 6 является Протокол о едином таможенно-тарифном регулировании, в котором называются случаи

освобождения от уплаты ввозной таможенной пошлины в отношении товаров, ввозимых на таможенную территорию Союза из третьих стран, но тарифные льготы в виде снижения ставки ввозной таможенной пошлины по какой-то причине в тексте отсутствуют.

В Таможенном кодексе Таможенного союза (ст. 74) тарифные льготы расшифровываются как льготы по уплате таможенных пошлин. В соответствии с п. 2 ст. 74 виды тарифных льгот, порядок и случаи их предоставления определяются в соответствии с ТК ТС и (или) международными договорами государств – членов Таможенного союза. Как видно из текста Договора о ЕАЭС, речь идет только о льготах по уплате ввозных таможенных пошлин.

Порядок применения ставок вывозных таможенных пошлин, установления ставок вывозных таможенных пошлин и перечня товаров, в отношении которых они применяются, случаи освобождения от уплаты вывозной таможенной пошлины, особенности применения ставок ввозных таможенных пошлин в зависимости от страны происхождения товаров и условий их ввоза, а также особенности предоставления тарифных преференций и тарифных квот в Российской Федерации определяются в настоящее время Законом РФ от 21 мая 1993 г. № 5003-1 «О таможенном тарифе».

В первоначальном тексте Закона от 21 мая 1993 г., который, кстати, был принят ранее первого Таможенного кодекса РФ от 18 июня 1993 г., содержалось понятие таможенного тарифа РФ, назывались его основные цели, правила обложения товаров пошлинами при их перемещении через таможенную границу РФ, а также определялись основные таможенные термины и понятия: таможенная территория, таможенная граница, товар, лица, таможенная пошлина, таможенная стоимость товара, декларант. Закон РФ «О таможенном тарифе» стал базовым в системе таможенного права, заняв, после вступления в действие Таможенного кодекса РФ, второе место среди таможенных законов, регулирующих, таможенные правоотношения¹³. Некоторые авторы называли данные нормативные акты «чисто таможенные законы»¹⁴.

На смену Таможенного кодекса РФ 1993 г. пришел Таможенный кодекс РФ от 28 мая 2003 г., затем начал действовать Таможенный кодекс Таможенного союза от 27 ноября 2009 г., в Российской Федерации – Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. «О таможенном регулировании в Российской Федерации», а Закон РФ «О таможенном тарифе», хотя и в измененном состоянии, но продолжает действовать.

В связи с изложенным выше представляется, что ряд норм, включенных Договором о Евразийском экономическом союзе в раздел 9 «Внешнеторговая политика», регулирует таможенные правоотношения.

¹³ См.: *Бекяшев К. А., Моисеев Е. Г.* Таможенное право : учебник. М., 2008. С. 19 ; Таможенное право России : учеб. пособие / сост. и автор программы учебного курса Т. А. Матвеева. Воронеж, 1998. С. 6.

¹⁴ См., например: *Тимошенко И. В.* Таможенное право России. Серия «Учебники, учебные пособия». Ростов н/Д., 2001. С. 62.

Полагаем, что в тексте Договора о ЕАЭС должно быть определение таможенно-тарифного регулирования как метода государственного регулирования внешней торговли товарами, а основополагающие термины таможенного законодательства, такие как «Единый таможенный тариф Евразийского экономического союза», «ввозная таможенная пошлина», «тарифные преференции», «тарифные льготы», «запреты и ограничения», «меры нетарифного регулирования» и некоторые другие, должны войти в текст Таможенного кодекса Евразийского экономического союза.

Кроме того, ряд понятий необходимо унифицировать. Так, в Таможенном кодексе Таможенного союза называются участники внешнеэкономической деятельности, а в Договоре о ЕАЭС – участники внешнеэкономической деятельности; в Договоре о ЕАЭС есть термин «импорт», а в ТК ТС он отсутствует.

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

**ВМЕШАТЕЛЬСТВО В ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ
И ВОСПРЕпятСТВОВАНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ
И МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ:
ДИСКУССИЯ О ВОЗМОЖНОСТИ УСТАНОВЛЕНИЯ
АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

М. В. Глухова

Правительство Воронежской области

Поступила в редакцию 18 января 2016 г.

Аннотация: *рассматривается необходимость и целесообразность введения в законодательстве субъектов Российской Федерации административной ответственности за вмешательство в деятельность и воспрепятствование деятельности органов государственной власти и местного самоуправления.*

Ключевые слова: *административная ответственность, вмешательство, воспрепятствование, органы государственной власти, органы местного самоуправления.*

Abstract: *discusses the need for and the feasibility of introducing legislation of subjects of the Russian Federation administrative responsibility for interference in the activities and the obstruction of activity of state authorities and local self-government.*

Key words: *administrative liability, interference, hindrance, bodies of state power, bodies of local self-government.*

Вопрос о возможности установления в региональном законодательстве административной ответственности за вмешательство в деятельность либо воспрепятствование деятельности органов государственной власти и местного самоуправления представляется весьма интересным и неоднозначным.

С одной стороны, действующее законодательство устанавливает административную ответственность за воспрепятствование деятельности либо вмешательство в деятельность отдельных лиц, обладающих специальным статусом. Следовательно, вопрос об аналогичной защите должностных лиц органов исполнительной власти представляется логичным.

С другой стороны, вопрос об объективной стороне и субъектах данных правонарушений видится весьма спорным и проблемным.

Действующий Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях¹ (далее – КоАП РФ) содержит ряд составов, направленных на защиту деятельности отдельных субъектов – Уполномоченно-

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195 с изм. и доп. // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: [http:// www.pravo.gov.ru](http://www.pravo.gov.ru) (дата обращения: 05.11.2015).

го по правам человека в Российской Федерации, Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка, Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей.

Закрепляя составы соответствующих административных правонарушений, КоАП РФ использует пять терминов – воспрепятствование, неповиновение, вмешательство, неисполнение и несоблюдение. Легальных определений данным терминам КоАП РФ не дает.

Так, ответственность за воспрепятствование законной деятельности должностного лица органа, уполномоченного на осуществление функций по принудительному исполнению исполнительных документов и обеспечению установленного порядка деятельности судов, установлена ст. 17.8, воспрепятствование законной деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации – ст. 17.2, воспрепятствование законной деятельности Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка – ст. 17.2.1, воспрепятствование законной деятельности Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей – ст. 17.2.2.

Перечисляя действия, составляющие объективную сторону правонарушения, к воспрепятствованию деятельности КоАП РФ относит вмешательство в деятельность с целью повлиять на принимаемые решения, неисполнение законных требований, а также вмешательство в иной форме (ст. 17.2, 17.2.1).

Применительно к составу правонарушения, предусмотренному ст. 17.2.2 КоАП РФ – воспрепятствование законной деятельности Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей, к воспрепятствованию относятся вмешательство в деятельность Уполномоченного с целью повлиять на его решения, неисполнение должностными лицами его законных требований либо воспрепятствование его деятельности в иной форме, а также несоблюдение должностными лицами установленных сроков предоставления информации (документов, материалов, ответов на обращения) Уполномоченному.

Административная ответственность за неповиновение предусмотрена следующими статьями КоАП РФ: ст. 18.7 (неповиновение законному распоряжению или требованию военнослужащего в связи с исполнением им обязанностей по охране Государственной границы Российской Федерации), ст. 19.3 (неповиновение законному распоряжению сотрудника полиции, военнослужащего, сотрудника органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, сотрудника органов федеральной службы безопасности, сотрудника органов государственной охраны, сотрудника органов, уполномоченных на осуществление функций по контролю и надзору в сфере миграции, либо сотрудника органа или учреждения уголовно-исполнительной системы), ст. 19.4 (неповиновение законному распоряжению должностного лица органа, осуществляющего государственный надзор (контроль), муниципальный контроль), ч. 1 ст. 20.27 (неповиновение законному требованию должностного лица

органа федеральной службы безопасности о соблюдении мер и временных ограничений, установленных на территории (объекте), в пределах которой (на котором) введен правовой режим контртеррористической операции).

Ответственность за невыполнение законных требований члена Совета Федерации или депутата Государственной Думы и неисполнение распоряжения судьи или судебного пристава по обеспечению установленного порядка деятельности судов установлена ст. 17.1 и 17.3 соответственно.

Какую-либо ответственность за воспрепятствование деятельности должностных лиц органов исполнительной власти Российской Федерации либо ее субъектов, за исключением осуществления ими полномочий по государственному контролю (надзору), на уровне федерального законодательства не установлено.

Является ли это законодательным пробелом либо установление таких составов неоправданно? Может ли этот вопрос быть решен региональными законодателями в своих законах (кодексах) об административных правонарушениях (административной ответственности)?

Проблема поиска правовых механизмов защиты должностных лиц исполнительных органов власти, осуществляющих свою служебную деятельность в условиях агрессивной общественной среды и испытывающих активное противодействие, в настоящее время весьма актуальна.

В Российской Федерации как демократическом правовом государстве признаются и защищаются права человека, в том числе право на обращение в органы государственной власти и местного самоуправления.

Действующее российское законодательство максимально защищает права индивида, наделяя его правовыми гарантиями по обращению в органы власти и к должностным лицам.

Однако очевидно, что на практике могут возникать ситуации, в которых то или иное лицо может злоупотреблять своими правами, использовать их во вред, не подчиняться законным требованиям должностных лиц. И в этом случае уже требуется определенная защита представителей власти.

Например, нетрудно представить ситуацию, когда на приеме у руководителя органа исполнительной власти гражданин начинает злоупотреблять правом на личный прием путем явного превышения отведенного ему лимита времени, допускает ругательства, отказывается покинуть помещение, в котором ведется личный прием, и т.д. Либо злоупотреблять правом на посещение государственных органов начинают представители средств массовой информации.

Мешая своими действиями нормальной работе должностного лица – руководителя органа власти, гражданин в какой-то степени дезорганизует и работу самого органа.

Однако насколько уместно говорить в данном случае именно о вмешательстве либо воспрепятствовании деятельности властвующего субъекта, либо необходим поиск иных рычагов воздействия на лицо в подобных случаях? Возможны ли еще какие-либо варианты вмешательства в дея-

тельность властных структур, которые могли бы быть пресечены мерами административной ответственности?

В рассмотренной выше ситуации возникает еще один, пожалуй основной, вопрос: какие действия лица можно будет считать воспрепятствованием в осуществлении законной деятельности должностного лица или органа власти? Где та грань, которая позволит отграничить реализацию права на личный прием должностным лицом с дачей исчерпывающего ответа на все поставленные гражданином вопросы, право на получение от должностных лиц необходимой информации представителями СМИ от злоупотребления и создания намеренных препятствий в работе?

Например, в ситуации, где гражданин, не получив, по его мнению, исчерпывающего и понятного ответа на свой вопрос, требует от должностного лица более четких разъяснений и отказывается покинуть помещение. Будет ли данное поведение считаться воспрепятствованием работе данного должностного лица или органа власти либо здесь имеет место законное право на личный прием и всестороннее и полное рассмотрение устного обращения с дачей исчерпывающего ответа по всем поставленным вопросам?

Наиболее близкой по смысловому содержанию к рассматриваемой ситуации является ст. 17.3 КоАП РФ, устанавливающая ответственность за неисполнение распоряжения судьи или судебного пристава по обеспечению установленного порядка деятельности судов. Объективную сторону правонарушения по части первой данной нормы образует неисполнение законного распоряжения судьи о прекращении действий, нарушающих установленные в суде правила, а по части второй неисполнение законного распоряжения судебного пристава по обеспечению установленного порядка деятельности судов о прекращении действий, нарушающих установленные в суде правила.

Вместе с тем порядок деятельности судов, порядок судебного заседания при рассмотрении дел четко регламентирован соответствующим процессуальным нормативным актом.

Процедура деятельности исполнительных органов четкой регламентации не имеет, да и иметь не может. В связи с этим вопрос об объективной стороне соответствующих правонарушений остается открытым.

Если исключить из объективной стороны действия по воспрепятствованию деятельности государственных и муниципальных органов власти в рамках государственного (муниципального) контроля (надзора), поскольку ответственность за это установлена специальной нормой КоАП РФ, то иные формы воспрепятствования деятельности властных органов можно представить с трудом.

Если взять за основу составы правонарушений по воспрепятствованию либо вмешательству в деятельность Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей, Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка, то субъекта-

ми правонарушений по ним являются должностные лица государственных и муниципальных органов, коммерческих и некоммерческих организаций, государственные служащие, вмешивающиеся в деятельность Уполномоченных, не исполняющих своих обязанностей, установленных законом, либо иным путем мешающие исполнять свои функции².

Граждане субъектами данных правонарушений не являются, поскольку их вмешательство в деятельность возможно, по нашему мнению, лишь путем дачи взятки должностному лицу, что составляет сферу уголовных правоотношений, а воспрепятствование деятельности путем злоупотребления правом на личный прием по изложенным выше основаниям представляется спорным.

Кроме того, перечисленные субъекты обладают особым правовым статусом и наделены широким спектром полномочий в отношении не только органов власти, но и любых иных организаций.

Так, Федеральный конституционный закон от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»³ наделяет Уполномоченного правом беспрепятственно посещать все органы государственной власти, органы местного самоуправления, присутствовать на заседаниях их коллегиальных органов, а также беспрепятственно посещать предприятия, учреждения и организации независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, воинские части, общественные объединения, безотлагательного приема руководителями и другими должностными лицами расположенных на территории Российской Федерации органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций независимо от организационно-правовых форм и форм собственности, руководителями общественных объединений, лицами начального состава Вооруженных сил Российской Федерации, других войск и воинских формирований, администрацией мест принудительного содержания.

Аналогичные права предоставлены Уполномоченному при Президенте Российской Федерации по правам ребенка⁴.

Таким образом, состав правонарушения по воспрепятствованию их деятельности могут образовывать действия по недопуску Уполномоченных на территорию органов власти и иных организаций, непредставление документов по их запросам.

² См.: Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (постатейный) / Р. В. Амелин [и др.]. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях. Главы 11–18 : постатейный науч.-практ. комментарий / под общ. ред. Б. В. Россинского // Библиотечка «Российской газет». 2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

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

⁴ Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка : указ Президента Российской Федерации от 1 сентября 2009 г. № 986. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Создавая помехи в реализации прав Уполномоченного, данные лица могут быть признаны субъектами соответствующего административного правонарушения.

Должностные лица органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации такими правами не обладают. Поэтому в этом смысле говорить о действиях, которые могут быть расценены как воспрепятствование их деятельности (если только речь не идет об исполнении контрольно-надзорных полномочий) весьма проблематично.

По законодательству иных субъектов Российской Федерации административная ответственность за воспрепятствование деятельности либо вмешательство в деятельность органов государственной власти и местного самоуправления существует в настоящее время лишь в Тюменской и Волгоградской областях, а также Ямало-Ненецком автономном округе.

Кодекс Волгоградской области об административной ответственности под воспрепятствованием деятельности органов власти понимает противоправные деяния (действия или бездействие), нарушающие порядок деятельности соответствующих органов, должностных лиц и лиц, указанных в ст. 13.8 Кодекса, и направленные на создание препятствий их законной деятельности. К вмешательству в деятельность относятся противоправные действия, нарушающие порядок деятельности соответствующих органов и должностных лиц и направленные на ограничение их полномочий по вопросам исключительной компетенции.

Следует заметить, что некоторые регионы, в законодательстве которых присутствовал данный состав административного правонарушения, впоследствии от него отказались (например, Кировская, Свердловская области, Республика Северная Осетия-Алания, Камчатский край).

Практика мировых судей, административных комиссий по привлечению к административной ответственности по данным составам практически отсутствует.

Вместе с тем имеющиеся прецеденты позволяют утверждать, что недостаточная четкость объективной стороны правонарушения грозит тем, что под данный состав необоснованно может быть «подведен» слишком широкий спектр действий.

Так, постановлением мирового судьи судебного участка № 32 Волгоградской области по делу об административном правонарушении к административной ответственности за воспрепятствование деятельности органа местного самоуправления привлечен директор государственного казенного специализированного стационарного учреждения социального обслуживания граждан пожилого возраста и инвалидов «Царевский психоневрологический интернат» с назначением административного штрафа в сумме двух тысяч рублей.

Объективная сторона правонарушения выразилась в неисполнении им как должностным лицом обязанности, предусмотренной ч. 1 и 2 ст. 25 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попе-

чительстве»⁵ по своевременному представлению письменного отчета за предыдущий год о хранении, об использовании имущества подопечного и об управлении имуществом подопечного.

Судом сделан вывод о том, что неисполнение соответствующей обязанности создало непреодолимые препятствия по выполнению органом опеки обязанности осуществлять в интересах опекаемого надзор за деятельностью опекуна, что в конечном счете может способствовать совершению противоправных действий с имуществом подопечных. Бездействие же по предоставлению отчетов опекунов об использовании имущества в установленный законодательством срок влечет за собой воспрепятствование деятельности органа местного самоуправления – районной администрации по осуществлению принятых от администрации Волгоградской области государственных полномочий в сфере опеки и попечительства⁶.

На наш взгляд, данная правовая позиция представляется весьма спорной.

Часть 4 ст. 26 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» закрепляет, что опекуны и попечители несут уголовную ответственность, административную ответственность за действия или бездействие в порядке, установленном соответственно законодательством Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации.

Вместе с тем КоАП РФ не предусматривает ответственности за непредставление или несвоевременное представление отчета опекуна.

Соответствующий проект Федерального закона вносился в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации, однако был отклонен⁷.

При этом Комитет Государственной Думы по конституционному законодательству и государственному строительству, рассмотрев представленную законодательную инициативу, отметил, что задача обеспечения прав недееспособных или не полностью дееспособных граждан при установлении над ними опеки или попечительства представляется актуальной, но в то же время установление вышеуказанного правового регулирования посчитал излишним⁸.

Принятие законопроекта, по мнению Комитета, могло привести к неоправданно высокой частоте применения административной ответственности к опекунам (попечителям), созданию социальной напряженности

⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 17. Ст. 1755.

⁶ Информация предоставлена интернет-порталом ГАС «Правосудие». URL: <http://www.32.vol.msudrf.ru> (дата обращения: 05.11.2015).

⁷ О проекте федерального закона № 440723-5 «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»: постановление Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации от 11 апреля 2011 г. № 5115-5 ГД // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 16. Ст. 2245.

⁸ На проект федерального закона № 440723-5 «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях»: заключение Комитета по конституционному законодательству и государственному строительству от 11 февраля 2011 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

среди опекунов (попечителей), что отрицательно сказалось бы на жизнеустройстве детей, оставшихся без попечения родителей.

Кроме того, в соответствии со ст. 39 Гражданского кодекса Российской Федерации в случаях ненадлежащего выполнения опекуном или попечителем лежащих на нем обязанностей орган опеки и попечительства может отстранить опекуна или попечителя от исполнения этих обязанностей. Согласно ст. 29 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» орган опеки и попечительства вправе отстранить опекуна или попечителя от исполнения возложенных на них обязанностей, в том числе в случае выявления органом опеки и попечительства фактов существенного нарушения опекуном или попечителем установленных федеральным законом или договором правил охраны имущества подопечного и (или) распоряжения его имуществом.

На основании изложенного Комитет пришел к выводу, что указанные выше нормы действующего законодательства Российской Федерации служат достаточной гарантией соблюдения имущественных интересов несовершеннолетнего либо недееспособного лица, в связи с чем принятие законопроекта счел нецелесообразным.

Таким образом, привлекая должностное лицо – директора психоневрологического интерната к административной ответственности по норме областного закона и квалифицировав его действия как воспрепятствование законной деятельности органа местного самоуправления, суд, по сути, подверг его административному наказанию за правонарушение, ответственность за которое в настоящее время не установлена, но должна быть установлена федеральным законодательством.

В связи с этим доводы противников установления данного состава правонарушения о необоснованно широком и неконкретном перечне действий, которые могут составлять объективную сторону правонарушения, представляются логичными и оправданными.

Вопрос о целесообразности установления в законодательстве субъекта Российской Федерации данного состава правонарушения представляется очень непростым, поскольку таит в себе опасность «подтягивания» под данный состав слишком большого перечня действий. Кроме того, проблематичным представляется и вопрос доказывания события правонарушения.

Вместе с тем поиск правовых средств защиты представителей органов исполнительной власти от возможных злоупотреблений со стороны граждан, представителей средств массовой информации все же необходим.

В настоящее время в ст. 4 Федерального закона «О средствах массовой информации»⁹ установлен запрет злоупотребления свободой массовой информации, под которым понимается недопустимость использования средств массовой информации в целях совершения уголовно наказуемых деяний, для разглашения сведений, составляющих государственную или иную специально охраняемую законом тайну, для распространения материалов, содержащих публичные призывы к осуществлению террористи-

⁹ О средствах массовой информации : федер. закон от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 // Рос. газета. 1992. № 32.

ческой деятельности или публично оправдывающих терроризм, других экстремистских материалов, а также материалов, пропагандирующих порнографию, культ насилия и жестокости, и материалов, содержащих нецензурную брань.

Наиболее часто злоупотребление свободой массовой информации путем использования средств массовой информации для осуществления уголовно наказуемых деяний выражается в клевете (ст. 128.1 УК РФ), нарушении неприкосновенности частной жизни (ст. 137 УК РФ), нарушении авторских и смежных прав (ст. 146 УК РФ), возбуждении ненависти либо вражды, а равно унижении человеческого достоинства (ст. 282 УК РФ), ряде преступлений против правосудия, предусмотренных главой 31 УК РФ (клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава – ст. 298.1 УК РФ, разглашение данных предварительного расследования – ст. 310 УК РФ), оскорблении представителя власти (ст. 319 УК РФ), разглашении сведений о мерах безопасности, применяемых в отношении должностного лица правоохранительного или контролирующего органа (ст. 320 УК РФ), публичных призывах к развязыванию агрессивной войны (ст. 354 УК РФ) и др.¹⁰

Оскорбление может быть совершено не только текстуально, но и путем помещения в текст интервью или сообщения¹¹.

Таким образом, должностные лица – представители власти защищены возможностью применения мер уголовной ответственности в случае нанесения им оскорбления в какой-либо форме.

Возможно, в качестве дополнительных мер можно было бы установить в Законе РФ «О средствах массовой информации» и Федеральном законе «О порядке рассмотрения обращений граждан» в качестве обязанности для обратившегося лица запрет на нарушение регламента работы органа власти (должностного лица), запрет на совершение действий, приводящих к злоупотреблению правом на личный прием, а также к невозможности осуществления нормальной деятельности должностными лицами, с последующим закреплением ответственности за нарушение данных запретов в КоАП РФ.

Безусловно, данные вопросы нуждаются в дальнейших исследованиях и теоретических разработках.

¹⁰ См.: Тимошенко В. А., Смушкин А. Б. Комментарий к Закону РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (постатейный). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: Там же.

**ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ СУБЪЕКТОВ РОССИЙСКОЙ
ФЕДЕРАЦИИ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ МЕХАНИЗМА
ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ОРГАНАМИ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ
ОТДЕЛЬНЫХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ПОЛНОМОЧИЙ**

М. В. Колобов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 9 октября 2015 г.

Аннотация: рассматриваются функции исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации, реализуемые в процессе осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий. Излагаются теоретические и практические проблемы, складывающиеся в области реализации государственных полномочий, внесены предложения по развитию института делегирования полномочий.

Ключевые слова: исполнительные органы государственной власти, органы местного самоуправления, государственные полномочия, административный контроль за осуществлением отдельных государственных полномочий.

Abstract: the article discusses the functions of the executive agency of subjects of the Russian Federation, implemented in the process of the realization local agency several state powers. The author analyzes the theoretical and practical problems the implementation of state authorities and makes suggestions for the development of the institute of delegation powers.

Key words: the executive bodies of state power, bodies of local self-government, state authority, administrative supervision over the implementation of certain state powers.

Потребность в анализе правоотношений, складывающихся между исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации и органами местного самоуправления в процессе осуществления последними отдельных государственных полномочий, обусловлена рядом факторов. Во-первых, она продиктована публично-правовой сущностью местного самоуправления и государственных органов, которые являются образующими звеньями российской системы народовластия.

Во-вторых, актуальность тематики вытекает из тенденции, прослеживающейся в политике российского руководства последних лет: децентрализация государственной власти путем делегирования органам местного самоуправления тех полномочий, эффективная реализация которых должна происходить на местах. В связи с этим решение локальных задач в границах муниципальных образований и региональное развитие в целом зависят от слаженного взаимодействия государственных и местных органов власти.

Для более точного уяснения роли исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации в обозначенном механизме необходимо обратиться прежде всего к п. 2 ст. 132 Конституции Российской Федерации, в котором говорится: «Органы местного самоуправления могут наделяться законом отдельными государственными полномочиями с передачей необходимых для их осуществления материальных и финансовых средств. Реализация переданных полномочий подконтрольна государству»¹.

Согласно ч. 1 ст. 20 Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»² (далее – Закон № 131-ФЗ) федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации в случаях, установленных законодательством, *в пределах своей компетенции вправе издавать обязательные для исполнения нормативные правовые акты по вопросам осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий*; они также вправе контролировать исполнение этих актов. Иными словами, порядок осуществления органами местного самоуправления делегированных полномочий могут определять органы исполнительной власти.

Права и обязанности органов исполнительной власти по изданию нормативных правовых актов могут конкретизироваться соответствующим законом о наделении органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями. При этом существенным является вопрос о предметной области актов органов исполнительной власти, поскольку в них часто встречаются не только рекомендательные, но и императивные нормы. Вследствие этого они должны издаваться строго по вопросам, касающимся осуществления органами местного самоуправления делегированных полномочий, иметь своей целью оптимизацию соответствующих правоотношений и точно следовать принципу разделения функций муниципальной власти и государственного аппарата.

По общему правилу федеральные органы исполнительной власти вправе издавать нормативные правовые акты в случае наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями федеральным законом, а органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации – региональным. Однако федеральный закон о наделении органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями Российской Федерации в силе закрепить право органов исполнительной власти субъектов Федерации на издание нормативных правовых актов по вопросам осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий Российской Федерации. Так, согласно ч. 2 ст. 5 Федерального закона от

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

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

20 августа 2004 г. № 113-ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»³ высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации устанавливает порядок и сроки составления исполнительно-распорядительным органом муниципального образования списков кандидатов в присяжные заседатели федеральных судов общей юрисдикции.

Регулирование порядка осуществления переданных полномочий исключительно федеральным законом или законами субъектов Российской Федерации означает, что региональный закон о делегировании не может передавать органам исполнительной власти субъекта Российской Федерации полномочия по принятию нормативных правовых актов по вопросам осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий. Так, согласно п. 4 ч. 1 ст. 1.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях⁴ установление порядка производства по делам об административных правонарушениях, в том числе установление мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, относится к ведению Российской Федерации. Поэтому региональный закон не вправе наделять органы исполнительной власти субъекта Федерации полномочиями по принятию нормативных правовых актов по вопросам осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий в сфере порядка привлечения лиц к административной ответственности.

Кроме того, субъекты Российской Федерации не могут по своему усмотрению наделять органы местного самоуправления полномочиями на создание органов, имеющих право привлечения к административной ответственности за нарушение нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации, нормативных правовых актов органов местного самоуправления, поскольку организация и деятельность данных органов сопряжены «с осуществлением функций субъекта Федерации по установлению административной ответственности»⁵.

Гарантией органов местного самоуправления от злоупотреблений государственных органов властными полномочиями выступают требования к содержанию закона, делегирующего соответствующие полномочия муниципалитетам. В частности, федеральный закон, закон субъекта Российской Федерации, предусматривающие наделение органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями, должны содержать перечень прав и обязанностей органов местного самоуправления, а также прав и обязанностей органов государственной власти при

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 34. Ст. 3528.

⁴ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ с изм. и доп. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

⁵ *Розачева О. С.* Соотношение разграничения и передачи властных полномочий в сфере отношений административной ответственности // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2010. № 2 (9). С. 121.

осуществлении соответствующих полномочий (п. 2 ч. 6 Закона № 131-ФЗ). Необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, а также положения, содержащие неопределенные, трудновыполнимые, обременительные требования к правоприменителю являются, согласно п. 2 ст. 1 Федерального закона от 17 июля 2009 г. № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»⁶, коррупциогенными факторами. В постановлении Правительства Российской Федерации от 26 февраля 2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»⁷ отмечается, что чрезмерная свобода подзаконного нормотворчества, а также отсутствие или неполнота административных процедур устанавливают необоснованно широкие пределы усмотрения для правоприменителя или возможность необоснованного применения исключений из общих правил.

Присутствие бланкетных и отсылочных норм в федеральных законах и законах субъектов Российской Федерации о передаче отдельных государственных полномочий способствует чрезмерной свободе подзаконного нормотворчества. Для иллюстрации различных способов формулировки юридических норм в законах субъектов Федерации коснемся такой процедуры, как отчетность органов местного самоуправления об осуществлении ими переданных государственных полномочий.

Чем яснее и определеннее установлены соответствующие правила, тем проще становится путь их исполнения участниками процесса. Так, с юридической точки зрения является корректной формулировка ч. 1 ст. 10 Закона Воронежской области от 29 декабря 2009 г. № 190-ОЗ «О наделении органов местного самоуправления муниципальных районов и городских округов Воронежской области отдельными государственными полномочиями по созданию и организации деятельности административных комиссий»: «Органы местного самоуправления представляют в исполнительный орган государственной власти Воронежской области, определяемый правительством Воронежской области, ежеквартальные и годовые отчеты о ходе осуществления переданных им государственных полномочий по установленной им форме в срок не позднее 15-го числа месяца, следующего за отчетным периодом»⁸.

В отличие от приведенной выше фразы в норме п. 2 ст. 7 Закона Челябинской области от 15 декабря 2011 г. № 248-ЗО «О наделении органов местного самоуправления государственными полномочиями по организации оказания медицинской помощи на территории Челябинской области в соответствии с территориальной программой государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации, проживающим в Челябинской области, бесплатной медицинской помощи» нет конкретно-

⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 29. Ст. 3609.

⁷ Там же. 2010. № 10. Ст. 1084.

⁸ Собр. законодательства Воронеж. области. 2009. № 12 (ч. 1). Ст. 597.

сти: «Порядок, сроки представления и формы отчетности устанавливаются уполномоченными государственными органами»⁹.

Несмотря на многообразие и динамизм вопросов, разрешаемых с помощью подзаконных актов, их множественность порой затрудняет реализацию юридических предписаний в жизнь. Свобода подзаконного нормотворчества предоставляет возможность установить процедуры, выгодные для самих органов исполнительной власти, но неудобные органам местного самоуправления – субъектам осуществления переданных государственных полномочий. Не случайно в юридической литературе говорится о так называемом «избыточном» административном регулировании как о превышающем требования необходимости и целесообразности воздействия на соответствующие общественные отношения; оно в конце концов «ведет к произвольному публичному управлению»¹⁰.

Важнейшей функцией органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации является *контроль за осуществлением органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, а также за использованием предоставленных на эти цели материальных ресурсов и финансовых средств* (ст. 21 Закона № 131-ФЗ).

Государственный контроль представляет собой форму осуществления государственной власти, обеспечивающей соблюдение национальных законов и иных правовых актов¹¹. Обязанность исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации по контролю за осуществлением органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий – элемент института, закрепляющего взаимные права и обязанности органов исполнительной власти субъектов Федерации и органов местного самоуправления. В свою очередь, нормы права, устанавливающие правомочия указанных сторон, следует рассматривать как материальные гарантии их взаимоотношений. К процессуальным же гарантиям относятся нормы права, регулирующие процедуру взаимодействия исполнительных органов государственной власти субъекта Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также внесудебный порядок разрешения возникающих между ними конфликтов.

Контроль за реализацией переданных полномочий может реализовываться в даче органами государственной власти письменных предписаний по устранению нарушений требований законов, представлении органами местного самоуправления отчетов, связанных с осуществлением отдельных государственных полномочий, истребовании документов, связанных с осуществлением отдельных государственных полномочий, отмене муниципальных нормативных актов или приостановлении их действия уполномоченными на то органами государственной власти в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, а также в иных формах.

⁹ Южноурал. панорама. 2011. 27 дек.

¹⁰ *Стариков Ю. Н.* Из публикаций последних лет : воспоминания, идеи, мнения, сомнения... Воронеж, 2010. С. 495.

¹¹ См.: *Сухарев А. Я.* Большой юридический словарь. М., 2009. С. 144.

Рассматриваемый вид административного контроля является единственным разрешенным Конституцией Российской Федерации в отношении местного самоуправления (ч. 2 ст. 132), однако порядок его осуществления в Законе № 131-ФЗ в настоящее время не предусмотрен. На наш взгляд, данный пробел в законе следует восполнить, внося соответствующие дополнения в главу 4 «Наделение органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями».

Немаловажным представляется также установление в Законе № 131-ФЗ четких пределов административного контроля. Как отмечено в постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 2000 г. № 15¹², он должен быть ограничен исключительно сферой реализации данных полномочий и не может служить основанием для вмешательства в деятельность органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения, нарушая тем самым их самостоятельность. Закрепление норм, ограничивающих возможности вмешательства органов государственной власти в деятельность органов местного самоуправления представляется важным моментом и в совершенствовании законодательства субъектов Российской Федерации.

Отдельно следует упомянуть о некоторых вопросах, связанных с юридической ответственностью как потенциальным результатом административного контроля. В литературе существует мнение о необоснованности положения, установленного п. 3 ч. 1 ст. 75 Закона № 131-ФЗ. Речь идет о случае, когда при осуществлении переданных государственных полномочий за счет предоставления субвенций местным бюджетам органами местного самоуправления было допущено нецелевое расходование бюджетных средств либо нарушение Конституции Российской Федерации, федерального закона, иных нормативных правовых актов, установленные соответствующим судом. Указывается, что временное осуществление в связи с этим отдельных полномочий органов местного самоуправления органами государственной власти субъектов Федерации является «неоправданным вмешательством в деятельность органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения и прямо свидетельствует о нарушении конституционного принципа самостоятельности местного самоуправления»¹³.

Нельзя согласиться с таким пониманием правовой нормы, поскольку именно в целях соблюдения принципа законности и обеспечения

¹² По делу о проверке конституционности отдельных положений Устава (Основного закона) Курской области в редакции Закона Курской области от 22 марта 1999 г. «О внесении изменений и дополнений в Устав (Основной закон) Курской области»: постановление Конституционного Суда РФ от 30 ноября 2000 г. № 15-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 50. Ст. 4943.

¹³ Попов Д. В. Некоторые проблемы правового регулирования наделения органов местного самоуправления отдельными государственными полномочиями // Вестник Челябинского гос. ун-та. Серия: Право. 2008. № 31 (132). С. 62.

прав граждан Закон № 131-ФЗ впервые установил замещение государством отдельных полномочий местного самоуправления, которые по тем или иным причинам не могут быть надлежащим образом исполнены, как особую форму их взаимоотношений. Отсюда следует необходимость закрепления случаев и порядка передачи на определенный срок отдельных полномочий местного самоуправления для исполнения органами государственной власти.

Существует также точка зрения, согласно которой данная мера по своей природе не является мерой юридической ответственности, а представляет собой меру правовой защиты. В связи с этим ст. 75 «Временное осуществление органами государственной власти отдельных полномочий органов местного самоуправления» Закона № 131-ФЗ предлагается выделить в отдельную главу, исключив ее из главы 10 «Ответственность органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления, контроль и надзор за их деятельностью»¹⁴.

Установленное судом деяние, выражающееся в нецелевом расходовании бюджетных средств либо нарушении Конституции Российской Федерации, федерального закона, иных нормативных правовых актов, нельзя назвать иначе как противоправным, а за подобное именно и должна наступать юридическая ответственность. О мерах помощи, гарантирующих нормальную работу муниципалитетов, речь может идти при стихийных бедствиях, катастрофах и иных чрезвычайных ситуациях, а также при возникновении просроченной задолженности муниципальных образований по исполнению своих долговых и (или) бюджетных обязательств.

Говоря о деятельности исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации по контролю за осуществлением органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, нельзя не коснуться такой важной темы, как создание *единой системы правовых гарантий* во взаимоотношениях государства и муниципалитетов как на федеральном, так и на региональном уровне.

Отсутствие такой системы приводит к множественности правовых нормативных актов, что не способствует гармонизации и оптимизации отношений органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления.

Особо отметим, что несовершенство законодательства в части наделения органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации полномочиями по изданию нормативных правовых актов, обязательных для исполнения муниципальными органами власти, представляется одной из насущных административно-юридических проблем, затрудняющих управленческий процесс на местах.

¹⁴ См.: Черногор Н. Н. Проблемы ответственности в теории муниципального права и практике местного самоуправления : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 39.

В современных реалиях возрастает роль эффективного и гибкого механизма публичного управления. Основные проблемы российской государственности, разумеется, решаются на самом высоком уровне. Однако большинство вопросов, напрямую касающихся жизни населения нашей страны, могут и должны решаться в регионах и муниципалитетах. От успешного взаимодействия органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления напрямую зависит эффективность власти в целом и, как следствие, эффективность реализации государственной политики в различных сферах.

Воронежский государственный университет

Колобов М. В., аспирант кафедры административного и муниципального права

E-mail: kolobov.mihail@yandex.ru

Тел.: 8-908-132-11-56

Voronezh State University

Kolobov M. V., Post-graduate Student of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: kolobov.mihail@yandex.ru

Tel.: 8-908-132-11-56

УДК 342.743

НАЛОГОВЫЙ ПАТРИОТИЗМ*

Я. Ю. Глуховски

Высшая банковская школа (г.Торунь, Польша)

Поступила в редакцию 3 декабря 2015 г.

Аннотация: патриотизм не является только любовью к Родине. Для настоящего патриотизма Родина есть явление более значимое, чем собственный интерес. Автор обсуждает проблемы налогообложения и увеличения налогов, уплачиваемых состоятельными гражданами. Статья базируется на примерах из жизни известных людей как Польши, так и других стран. По мнению автора, бизнесмен должен платить налоги в его стране, а государство должно создавать благоприятные и стабильные налоговые системы.

Ключевые слова: патриотизм, гражданин, налоги, налоговая система.

Abstract: patriotism is not only a love of country. For good patriot homeland is more important than self-interest. The author discusses the problem taxes and raising taxes to be paid by the wealthiest citizens. Article is based on examples of famous people from both Polish and other countries. According to the author, businessmen should pay taxes in their own country. But, on the other hand, the states should create a friendly and stable tax system.

Key words: patriotism, citizen, taxes, tax system.

В энциклопедическом изложении патриотизм обозначает любовь к отечеству как месту своего происхождения или проживания. Но патриотизм – не только сентимент, но и готовность пожертвовать собой ради родины, а также (что, с нашей точки зрения, особенно важно) благо своей страны ставить выше собственных партикулярных интересов и интересов своего класса¹. В более широком толковании следует обратить внимание на многообразность элементов данного понятия. Среди них можно выделить три группы.

1. Гражданский облик, любовь к родине и народу, готовность на самопожертвование и жертвы, подготовка к службе своему народу.

2. Привязанность к традиции, укрепление чувства безопасности, всестороннее развитие, солидарность с собственным народом, выполнение своих обязанностей и бескорыстное обращение ради общего блага.

3. Хороший и добросовестный труд, знания о родине, ее истории, отечественной культуре, обстоятельное знание своей страны не только в

* Настоящий материал был напечатан на польском языке (Patriotyzm a podatki, «Kwartalnik prawa podatkowego», 2014, nr 3).

¹ Patriotyzm [w:] *Wielka Encyklopedia PWN*, Warszawa 2004, t. 20.

историческом, но и географическом плане, а также углубленная экологическая осознанность².

Как в первом, так и во втором толкованиях патриотизма обращается внимание на следующие элементы: благо своей страны ставить выше собственных интересов и бескорыстное поведение ради общего благополучия. Именно эти факторы очень точно предопределяют сущность налога. Среди многих его дефиниций особую популярность получило определение, что налог – это индивидуальное пожертвование на совместную цель.

Гражданская налоговая обязанность

Глобальная дискуссия о повышении налогов касается самых зажиточных граждан. Рост интенсивности дискуссии датируется первой половиной 2011 г., когда один из нескольких богатейших людей мира публично сформулировал тезис о необходимости повысить налоги с американских миллионеров и миллиардеров. Легендарный биржевой инвестор Уоррен Баффет, учредитель и глава компании *Berkshire Hathaway*, в своей публикации призвал Конгресс повысить налоги с граждан, доход которых превышает миллион долларов в год; их насчитывается около 250 тысяч человек. Он также предложил, чтобы еще более высшим налогом обременить лиц, годовые доходы которых превышают 10 миллионов долларов – этих лиц около 9000.

Он признал, что нужно уменьшить бремя бюджетного дефицита, из которого финансируются как социальные издержки, так и расходы по государственной безопасности. Он констатировал, что бремя дефицита следует разложить справедливо, учитывая, что неравенства доходов в Соединенных Штатах растут, а самые богатые лица пользуются многими налоговыми льготами.

Баффет выявил, что в 2010 г. он уплатил налоги на сумму 6 938 744 доллара, что могло бы казаться крупной суммой, но она представляла собой лишь 17,4 процента его прошлогодних доходов. В то же время работники его фирмы уплатили в среднем налог в размере 36 процентов своих доходов. Он отметил также, что в 80–90-е гг. прошлого столетия налоговые ставки для наиболее богатых американцев были значительно выше, чем в 2011 г., кроме того, было создано около 40 миллионов рабочих мест.

В 2000–2010 гг., когда по инициативе тогдашнего президента Джорджа В. Буша и республиканского Конгресса налоги были снижены, экономика почти перестала создавать новые рабочие места. По мнению Баффета, это свидетельствует об ошибочности популярной в кругах консерватистов теории, что более высокие налоги тормозят рост экономики, что его супербогатые коллеги в большинстве не будут возражать против изменений. Стоит добавить, что во время предвыборной кампании Барака Обамы в 2008 г. Баффет был одним из его неофициальных экономических советников. Обама, будучи президентом, делал попытки повысить

² *Patriotyzm – cóż to takiego?* Głos Uczelni, Pismo Uniwersytetu Mikołaja Kopernika, Nr 2 (366), Luty 2014.

уплачиваемые самыми богатыми гражданами налоги, но он отступил под нажимом республиканцев в Конгрессе.

Отрицанием американской практики в западных странах является ситуация, связанная с налогообложением самых богатых граждан Франции. Примером могут быть Бернар Арно и Жерар Депардьё. По опубликованным информациям³, Бернар Арно – глава концерна Луи Витон *Moët Hennessy*, имущество которого журнал Форбс оценивает на 41 миллиард долларов, подтвердил, что он начал процедуру оформления бельгийского гражданства. Однако не подтвердил, что он делает это из-за вводимого во Франции 75-процентного налога на богатство. По журналу Форбс, он считается четвертым по списку самых богатых людей мира. Он – глава концерна, производящего люксовые товары: спиртное, одежду, парфюмерию, часы и ювелирные изделия. Концерн объединяет такие бренды, как *Christian Dior, Guerlain, Louis Vuitton* или *TAG Heuer*.

Пресса напечатала, что Бернар Арно хочет получить бельгийский паспорт потому, что социалистическое правительство Франции подготавливается к введению 75-процентного налога на доход свыше одного миллиона евро. Арно подтвердил, что хочет получить бельгийское гражданство, но возразил, что делает это по налоговым причинам, подтвердив, что он является и будет французским налогоплательщиком. Потенциально наличие двойного, французско-бельгийского, гражданства ничего не меняет в его положении и детерминации, направленной удержать развитие группы *LVMH* и последовательно создавать рабочие места во Франции.

Несмотря на то что налоги во Франции – самые высокие в Европе, а последнее повышение имело место год тому назад, президент Франсуа Олланд был намерен выполнить свои предвыборные обещания. Одно из них – «фискальная революция», в рамках которой запланирован 75-процентный налог на доходы богатейших граждан. Президент известил, что налог будет введен только на два года.

Но французы не верят этим предсказаниям, и новый налог уже получил название *Exil fiscal* – «изгнаннический налог». Вопрос налоговых беженцев вернулся заново и вызвал словесные раздоры в печати из-за известного (и богатого) актера Жерара Депардьё. Он возвестил о намерении отказаться от французского гражданства и купил дом в местечке Нешен в Бельгии, на французско-бельгийском пограничьи. Скандал усилился, когда премьер-министр Франции Ж. М. Эро, критикуя попытки известных лиц убежать от налогов, назвал решение актера «жалким». В свою очередь, защитники актера утверждали, что такое поведение государственного деятеля «ниже его достоинства». Сам актер в открытом письме к премьер-министру написал, что чувствует себя оскорбленным медийной травлей. Спор поделил французское общественное мнение. По зондажному опросу *Opinion Way*, 47 % анкетированных поддерживают правительство, а 46 % – за Депардьё. Предоставить актеру россий-

³ J. Studniarz, *Exodus bogatych za sprawą 75 procentowego podatku. Kierunek Belgia*, www.psz.pl, portal spraw zagranicznych (23.12.2012).

ское гражданство обещал и В. Путин, для актера же Россия – очередной *paradis fiscaux*.

А почему Бельгия? Эмигранты из Франции обычно выбирают страны с французским языком или находящиеся недалеке, причем выбор страны совершается согласно налоговым целям и условиям принятия. Бельгию, прежде всего, выбирают владельцы капитала и пенсионеры из-за отсутствия там *ISF* (французский налог на приобретенное имущество), близости Парижа и климата международного города Брюссель. Условия получения бельгийского гражданства не представляются затруднительными. Чтобы уклониться от требования трехлетнего проживания в Бельгии, для кандидата на паспорт достаточно близких связей с этой страной, а также признание Бельгией, что принятие такого гражданина будет ей полезным. Министр иностранных дел Бельгии Дидье Рейндерс сказал, что его страна примет каждого, кто, как Жерар Депардьё, захочет избежать 75-процентного налога для богатейших. Кроме того, Бельгия отказала в просьбе президенту Олланду гармонизировать свои налоговые положения с французскими, а самая высокая налоговая ставка Бельгии составляет лишь 50 процентов.

В общем, переселение связано с риском легисляционных различий в принимающей стране, со сложностью и своеобразием ее административного порядка. Нет также общественной поддержки для переселения. Но французов не волнует судьба налоговых ссыльных (69 %). Среди налоговых беженцев нашлись между прочими: семья *Mulliez* (владельцы *Auchan* и *Leroy Merlin*), *Hallet* и *Defforey* (*Carrefour*), певицы *P. Kaas* и *M. Laforêt*, спортсмены *Alain Prost* и *J. C. Killy*. Новый налог пришлось бы заплатить около 1,5 тыс. лиц, бюджетные доходы были бы увеличены на 210 миллионов евро в год. Стоит упомянуть, что французский Верховный суд признал введение социалистическим президентом 75-процентного налога – несоответствующим закону. 29 ноября 2013 г. французский Конституционный совет отменил указанный налог. Однако Депардьё не изменил своего мнения. В связи с этим один из министров выразил мнение, что единственной родиной актера является его банковский счет⁴.

Не все богатейшие французы разделяют точку зрения Арно и Депардьё. В журнале «*La Nouvel Observateur*» был напечатан призыв установить новый налог, обременяющий богатейших. Призыв подписали руководители 16 компаний, таких как *L'Oreal*, *Accor*, *Total*, *Danone* и *Orange*. Они констатировали, что в положении, когда дефицит публичных финансов угрожает будущему Франции и Европы и когда необходима солидарность, все должны принести свой вклад.

Как в этом плане представляется положение в Польше?⁵ Богатейший поляк Кульчик Ян (*умер в июле 2015 г.*) жил в Швейцарии и там уплачивал налоги с личных доходов. Его главная компания, *Kulczyk*

⁴ M. Nowicki, *Gerard Depardie czyli Obelix podbija Uzbekistan*, Newsweek, 8 stycznia 2013 r.

⁵ J. Ciak, J. Głuchowski, *Problem równości podatkowej w aktualnych realiach polskich*, SGH Warszawa 2014.

Investments, находится в Люксембурге. Почти 70 процентов своих бизнесов он вел вне Польши.

Трудно оценить, какую сумму денег по налогам Кульчик оставлял в стране, так как его фирмы часто связаны с компаниями, в которых ему принадлежат только часть долей, в *Kulczyk Holding*, *PEKAES*, *Polenergia*, *Autostrada Wielkopolska*, *Kompania Piwowarska*. На них работают несколько тысяч человек.

Второй богатейший поляк, Солож-Жак Зигмунт, является владельцем телекомпании *Cyfrowy Polsat*, но он контролирует эту фирму посредством фонда *TiVi Foundation* в городе Вадуз в Лихтенштейне. Ему принадлежат также *Polkomtel*, оператор сети мобильных телефонов *Plus*, в котором у него доли через компанию *Metelem Holding Company LTD* на Кипре. Какую выгоду извлекает из этого Польша? Занятость на фирмах Солож-Жака – не менее чем 5300 человек, и за 2012 г. его фирмы уплатили около 300 миллионов злотых подоходного налога. Это оценочные данные, так как официально *Polkomtel* отказывается дать такую информацию.

У Соловова Михала фирмы *TF Galleon* в Люксембурге и *Barcocapital Investments Ltd* на Кипре. Этим фирмам принадлежат зарегистрированные в Варшаве: *Synthos*, *Rouse*, *Echo Investments* и *Barlinek*, работают на них около 12 300 человек. По биржевым рапортам, за 2013 г. компании Соловова уплатили 57 миллионов подоходного налога.

Чарнецки Лешек, владелец зарегистрированных на бирже в Варшаве фирм: *Getin Noble Bank*, *Getin Holding* и *LC Corp*, контролирует их посредством зарегистрированной в Амстердаме фирмы *LC Corp B.V.* По доступным данным, на них работают свыше 10 000 человек. Согласно рапортам, за 2012 г. фирмы уплатили свыше 244 миллиона злотых подоходного налога.

По информации журналистов М. Бояновского, А. Дзядыкевича и А. Лихнеровича, представленной в *TOK FM*, *gazeta.biz.pl*, о польском налоге с богатейших, многие заинтересованные дают отрицательную оценку. Итак, по мнению З. Солож-Жака, добавочный налог с богатейших ничего не изменит, вместо этого нужны системные решения. Президент нефтеперерабатывающей компании *PKN Orlen* – Д. Кравец в заявлении, направленном в редакцию «*Gazeta Wyborcza*» написал, что важнее, чем налоги с руководителей крупнейших фирм, является способ управления ими. В свою очередь, известный биржевой инвестор З. Якубашек считает, что повышение налогов может привести к тому, что люди перестанут их уплачивать и начнут искать новые выходы. Упомянутый Соловов Михал на вопрос: А что вы скажете тем, которые утверждают, что польские экономические патриоты должны уплачивать налоги в Польше? – ответил: «Согласен, но при условии, что фискальная система не переступит границу, за которой данная система станет крайне несправедливой. В плане такого патриотизма я уплачиваю множество налогов – около 1,2 миллиарда в год, в том числе *PIT*,

ZUS, CIT, VAT, уплачиваемые моими фирмами. Все это дань государству. Нужна новая налоговая система».

Налоговая оптимизация

По отношению к фирмам, одной из новых моделей является «оптимальная налоговая структура» – определение, за которым скрывается использование налоговых оазисов. Для предотвращения такой практики предпринимаются разные противооазисные действия. К примеру, составляется перечень стран как налоговых оазисов⁶. Согласно польскому праву, сотрудничество с зарегистрированными в данных странах фирмами влечет определенные последствия для налогоплательщиков. В частности, польские фирмы обязаны составлять налоговую документацию сделок на сумму свыше 20 тысяч евро с субъектами, действующими или имевшими место нахождения в налоговом рае.

Одна из таких компаний – *LPP* (одежда, самая крупная польская сеть торговли готовым платьем). Стоимость акций *LPP* в настоящее время составляет более 8 тысяч злотых, а в 2001 г. составляла 50 злотых. Концерн имеет 1325 салонов, в том числе 440 в 11 странах Европы (больше всего в России – 226). В начале января 2014 г. эта фирма проинформировала, что переносит свои марки *House*, *Mohito* и *Sinsay* в компанию на Кипре. По официальному объявлению компания так поступила с целью «удержать оптимальную налоговую структуру». Данный выход оценивался как признак недостатка патриотизма и налогового мошенничества. Образовалась фейсбук-страница, призывающая к бойкоту фирмы. Товарищество «Молодые социалисты» принесли в гданьскую прокуратуру (место нахождения фирмы – г. Гданьск) уведомление о возможном совершении *LPP* преступления по ст. 55 Уголовно-финансового кодекса, определяющего наказания в отношении налогоплательщиков, «которые с целью сокрытия действительного размера хозяйственной деятельности пользуются именем, фамилией, названием или маркой другого субъекта и таким образом подвергают налог ущемлению».

Фирма является шестым крупнейшим плательщиком подоходного налога среди польских предприятий, в 2012 г. уплатила подоходный налог с юридических лиц на сумму 70 миллионов, а также НДС и таможенную пошлину. В изданном коммюнике напечатала, что в 2011 г. фирма осуществила подобную операцию, передавая права в отношении марок *Reserved* и *Cropp*, и она не знает, почему в этом году было столько отрицательных оценок о фирме. Дело в том, что спустя три года *LPP* стала крупной и более распознаваемой компанией. К тому же теперь уже повсеместно известно, чем является налоговая оптимизация, и чем в данном плане известен Кипр. Шокирует положение, при котором *LPP* стала символом успеха, но не хочет в возможной степени участвовать в приношении публичных бюджетных доходов. Тем более, что фирма может стать еще крупнее, когда завладеет очередным большим рынком или когда членом Правления станет иностранец. Одновременно в пользу

⁶ J. Głuchowski, *Oazy podatkowe*, Wydawnictwo ABC, Warszawa 1996.

LPP можно считать факт, что среди поляков экономический патриотизм еще не слишком распространен⁷.

На фоне фискальных обременений отечественных и глобальных фирм стоит заметить, что пять самых крупных иностранных информационных концернов, действующих в Польше, уплатили в 2012 г. в два раза меньше налога, чем ведущая польская фирма *Asseco*. По мнению ее президента, «основным определителем патриотизма является место уплаты налога. Раз ты в Польше – значит уплацивай здесь»⁸.

Отрицательное поведение в области налогов в гораздо большем масштабе повсеместно практикуется в Европе. Последние обвинения формулировались в адрес наиболее известной британской марки *Marks&Spencer*. Фирмой продаются товары с английских складов во Францию, Германию и другие страны посредством ирландского интернетного сайта. Фирма считает, что она уплацивает налоги в Англии. Но это касается лишь британской продажи, а таковой не считается высылка товаров в другие страны. В результате интернетные сделки облагаются налогом в Ирландии (где ставка *CIT* составляет 12,5 %), а не в Великобритании (ставка 23 %). В свою очередь, иная глобальная фирма *Google* в 2011 г. уплатила Англии 3,4 млн фунтов, а заработала за это время 3,2 млрд фунтов. Гигантская фирма *Amazon* в течение шести лет уплатила в Великобритании 9 миллионов фунтов, имея доходы на сумму 23 млрд долларов. *Apple* в 2011 г. заработал 22 млрд долларов, но уплатил в Ирландии только 10 млн долларов налога, потому что занятость фирмы составляет несколько тысяч людей и у нее специальный договор с правительством. Этот концерн учредил также в Ирландии 5 фирм с таким же адресом в *Cork*, с теми же членами правления. Выгода заключалась в том, что только 2 фирмы уплацивают налоги, так как калифорнийский гигант воспользовался правовыми различиями в налоговых системах США и Ирландии. В первой стране фирма уплацивает налог там, где она зарегистрирована, в другой – там, где осуществляет деятельность и контролирует ее. *Apple* декларирует, что три из пяти фирм зарегистрированы в Ирландии, но они ведутся и контролируются с территории США. Благодаря этому к ним не относятся правоположения никакой из двух слушаний стран⁹. Такая обстановка стала предметом слушаний в американском Конгрессе.

Установлено, что борьба с уклонением от налогообложения будет одним из главных вопросов группы Г8. Согласно оценкам брюссельского бюро *Oxfam*, международного объединения по борьбе с голодающими, убытки публичных доходов из-за трансфера фирмами денег в европейские или связанные с ними налоговые раи, составляет 100 млрд евро в год.

⁷ [Kaczmarczyk, 2014].

⁸ М. Matys, А. Góral, Jak ryba połknęła robaka, Duży Format, www.wwborcza.pl, 13 marca 2014 r.

⁹ М. Czarniecki, Nadgryzione jabłko w rajу podatkowym, Świat, Gazeta Wyborcza z 22 maja 2013 r.

Возникает вопрос, могут ли физические лица и фирмы принуждаться к патриотическому поведению в плане своих бизнесов? При обсуждении темы «Налоги мерой патриотизма» в «Газете Выборча» от 10 мая 2013 г., было сказано следующее: «Богатейшие поляки должны давать пример, так как богатство обязывает нести ответственность выше, чем другими лицами» (профессор Х. Доманьски, Институт философии и социологии Польской академии наук). «В Польше налоги не самые важные, а налоговая система по мере справедливая, несмотря на это, патриотизм не следует связывать с местом проживания» (В. Фибак, бывший теннисист, ныне бизнесмен и коллекционер). «Если бизнесмен хочет, чтобы фирма действовала в стабильных условиях и быстро развивалась, и поэтому учреждает ее за границей, то нельзя его упрекать в недостатке патриотизма» (Ю. Стейнхофф, бывший министр экономики и председатель Совета хозяйственной палаты).

Рассуждения на вопрос, является ли уплачивание налогов в родной стране желательным и патриотическим, имеют в виду, что патриотизм – это положительное отношение и симпатия к собственному народу и стране, склоняющие действовать согласно их интересам. В более выразительном понимании патриотизм связан с поведением, совмещающим все ценности. В крайнем случае, например на войне, люди готовы отдать жизнь. Разумеется, что уплачивание налогов способствует также интересам государства.

В Польше бизнесная элита понемногу преобразовывается в высший класс. Люди ее признают, а их богатство готовы считать натуральным и присущим. Но эти блага должны служить обществу, в частности, элита должна субсидировать культуру и науку.

Бизнесная элита должна уплачивать налоги в своей стране, возможно, за исключением обстоятельств, когда налогоплательщики имеют дело с грабительским государством. Так мог думать, например, режиссер Ингмар Бергман в 1970-е гг. по поводу налогов, эмигрировавший из Швеции в Швейцарию, или французский актер Жерар Депардьё, с 2013 г. проживающий в России. Равнозначно ли данное поведение с отречением от собственной нации?

Однако мы живем в те времена, когда образуется класс глобальных капиталистов, неидентифицирующихся с конкретным государством. Они ведут интересы в сети сверхнациональных корпораций. Для местонахождения фирм и для капитала выбирают страны, предлагающие наилучшие условия, их экономический интерес превышает национальный интерес. Но если принимать во внимание критерии экономической рациональности, это нельзя ставить им в упрек.

Живя в эпоху глобализации, предприниматели регистрируют фирмы в странах с низшими налогами и лучшими условиями деятельности. Их место работы не должно отождествляться с местом проживания – страной или городом, избранным по сентименту. Нельзя упрекать кого-либо по этому поводу, что он не патриот – не *fair*.

Если люди предпочитают учреждать фирмы вне данной страны, государству надо извлечь вывод – создать более благоприятную и стабильную налоговую систему.

*Высшая банковская школа (г. Торунь,
Польша)*

*Глуховски Я. Ю., доктор юридических
наук, профессор, ректор
E-mail: wsb@wsb.torun.pl*

Torun School of Banking Torun (Poland)

*Glukhovsky J. Yu., Doctor of Legal Sci-
ences, Professor, Rector*

E-mail: wsb@wsb.torun.pl

ADMINISTRATIVE VERSUS PENAL SANCTIONS IN POLISH TAX
LAW – THE DUAL SYSTEM OR TWO SYSTEMS?

Adam Nita, Andrzej Świątłowski

University Jagielloński w Krakowie

Поступила в редакцию 13 декабря 2015 г.

Abstract: *the paper discusses the duality of the legal methods of counteraction of tax evasion and tax fraud in Poland: administrative sanctions are rooted in tax law whereas penal sanctions are rooted in criminal law. The question is raised whether it is possible to name the present position a system or not. The authors express a view that the present reality is very far from coherence and synergy.*

Key words: *fiscal criminal law, Polish tax law, tax evasion, tax fraud, administrative sanctions.*

Аннотация: *административные санкции в сравнении со штрафными санкциями в польском налоговом праве – двойная система или две системы? Рассматривается двойственность правовых методов противодействия налоговому мошенничеству в Польше: содержатся ли административные санкции в налоговом праве или в уголовном? Поставлен вопрос, можно ли назвать приближенным к реальности положением системы или нет. Авторы выражают мнение, что сегодняшняя реальность очень далека от согласованности и синергии.*

Ключевые слова: *финансовое уголовное право, польское налоговое право, уклонение от уплаты налогов, налоговое мошенничество, административные санкции.*

Unlike the situation in some other legal systems (e.g. Germany), two distinctly different methods of counteraction of tax evasion co-exist in Polish legal system. The first of them is based on criminal law method and imposes criminal sanctions. The other one is based on the application of the administrative sanctions typical for tax law. Criminal penalties (penal sanctions) are imposed solely by criminal courts. Administrative tax penalties are imposed by tax authorities.

It is unclear whether such double types of liability are complementary or conflicting.

The core issue is the concurrence of both regimes of responsibility. Surprisingly, Polish law did not develop any rules of conflict solution and the very problem is often ignored by the courts¹. The approach dominates that both kinds of liability are placed on the entirely different niveau. If so, the non bis is idem rule never actualises itself, due to the lack of idem. On the other hand, from the point of view of the natural person subjected at same time to both

¹ D. Szumiło-Kulczycka: Prawo administracyjno-karne, Zakamycze 2004, p. 188-192, M. Wincenciak, Sankcje w prawie administracyjnym i procedura ich wymierzania, Warszawa 2008, p. 231–236, P. Nowak, Zbieg sankcji penalnej z sankcją administracyjną – de lege lata i postulaty de lege ferenda, e-Czaspismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 3/2012.

parallel liabilities, the penalties are perceived as applied for the same activity, same decision or same omission. It is a serious shortcoming of the system. It is serious enough to put in doubt the existence of the system itself. Instead, one can ask a question if the present situation is the two conflicting systems model.

The liability

The ratio of the criminal liability for tax fraud is basically the same as in general criminal law, i.e. predominantly preventive (both in respect of general and individual prevention) and repressive².

In case of tax offences, the prerequisites and elements are determined in the general part of Fiscal Criminal Code³ (FCC) as well as in particular types of the offences. According to FCC, the fiscal criminal liability may be imposed for human conduct matching all the elements of the fiscal offence. These elements are generally the same as in general criminal law, i.e. the active or passive conduct has to match the type of crime as determined in a specific part, has to be illegal (*bezprawny*), and has to have a level of social danger which is more than negligible (*społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy*)⁴ and faulty (*zawiniony*)⁵.

Criminal liability may be attributed not only in case of commission of the crime but also in case of attempt (much narrower, however, than in general Criminal Code). Not only the direct perpetrator is liable, but also the aides and abettors. According to the specific clause in art. 9 § 3 FCC, the person acting on behalf of the other natural or legal person may also be held responsible as an emanation of the represented person⁶.

The prohibited acts in FCC are divided into fiscal offences (*przestępstwa skarbowe*) and fiscal contraventions (*wykroczenia skarbowe*). Almost all the fiscal contraventions are the sub-types of the fiscal offences, delimited either by the quantitative criterion (the value not exceeding 5 minimum monthly wages) or by the criterion of «less serious case» (*wypadek mniejszej wagi*).

² See art. 12 Fiscal Criminal Code and art. 53 Criminal Code.

³ *Kodeks karny skarbowy* of 1999. Traditionally a separate regulation of fiscal criminal law exists in Polish legal system. It contains an autonomous general part, a specific part (covering the tax, customs and excise, foreign currency trading and gambling offences) as well as procedural and enforcement regulations. For unclear reasons, some criminal behaviours indirectly related to tax assessment may also be found outside the fiscal criminal law – in Bookkeeping Act of 1994 (*ustawa o rachunkowości*).

⁴ It means that some conducts, even if they «technically» constitute the offence, are not offences because of the lack of «social relevance». The same effect is achieved in other systems by the concept of negligible fault, by extensive exceptions from the mandatory prosecution (e.g. Germany) or procedural opportunism (e.g. Anglo-American common law system as well as some Continental systems).

⁵ Bogdan, G., Nita, A., Raglewski, J., Światłowski, A. *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Gdańsk, Wydawnictwo «Arche», 2007.

⁶ For example: if the individual offence may be committed by the «taxpayer» and the taxpayer in a particular case is a company (not the individual person), the individual person in charge of particular duty is held liable as an agent of the company.

The definition of criminal liability in Polish legal system matches the Engel criteria, as laid down by the European Court of Human Rights⁷. Also, according to the Polish Constitutional Tribunal (Trybunał Konstytucyjny), the very nature of the liability is important, rather than the name used⁸. In the constitutional meaning (i.e. for the purpose of the application of the constitutional freedoms and guarantees, like presumption of innocence or right to defence) the scope of the criminal liability is construed broader (so called «repressive liability» or «criminal liability sensu largo»). It covers the liability related to crimes (przestępstwa), contraventions (wykroczenia), prohibited acts of legal persons (collective entities), juvenile delinquent acts and even – to some limited extent – the disciplinary delicts. On the other hand, the criminal liability sensu stricto is limited to the liability for crimes (przestępstwa) and for the fiscal offences (przestępstwaskarbowe).

In case of administrative penalties, the prerequisites are determined in tax law acts. However, the legal base for proceedings is the Polish Tax Ordinance⁹. Such elements as a level of social danger more than negligible or faulty are absent here.

Administrative penalties in the Polish tax law are not legally defined in any legal act. In the theory of Polish tax law they are described as the reaction or the anticipation of reaction from the state on conflicting behaviour with the norm, being effective negative after-effects for violating this norm¹⁰. In a narrow meaning, the administrative penalties are only the measures described in tax law. The legal solutions provided in fiscal criminal law or in penitentiary law do not belong to this category. This is because the declared function of administrative penalties is prevention only. The measures cannot be considered administrative penalties, because their aim is only restitution – the restoration of the status to that before the infringement of law.

The sanctions

Relevant tax criminal acts are to be found in Fiscal Criminal Code Chapter 6. Most of them are punished with a fine, some most serious with imprisonment, either suspended (rarely) or not suspended, usually accompanied with a fine. Other important accessorial measure is a forfeiture.

Art. 54 is tax evasion. The offence is committed if the taxpayer evades the taxation by nondisclosure to the competent organ the taxation object or the taxable base and the tax is exposed to diminution. The penalty is a fine up to

⁷ Engel, EGMR-E No. 23 of 5.12.2008; p: 178, para. 82

⁸ Among the others: the judgement of the Constitutional Tribunal of 19 February 2008 (P 48/06) OTK ZU No 4A/2008, pos.1, the judgement of the Constitutional Tribunal of 3 November 2004, (K 18/03), OTK ZU, No 10A/2004, pos. 103.

⁹ Polish Tax Ordinance (*Ordynacja podatkowa*) of 29 August 1997 (The Journal of Laws from 2015, pos. 613).

¹⁰ Majka, P. *Sankcje w prawie podatkowym*, In B. Brzeziński (ed.), *Prawo podatkowe. Teoria, instytucje, funkcjonowanie*, Toruń, TNOIK, 2009, p. 96, H. Nowicki in R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (ed.), *System prawa administracyjnego*, Tom 7. *Prawo administracyjne materialne*, Warszawa 2012, p. 630–636, M. Stahl, *Sankcje administracyjne – problemy węzłowe*, in, M. Stahl, R. Lewicka, M. Lewicki (eds), *Sankcje administracyjne*, Warszawa 2011, pp. 21–25.

720 day units or imprisonment for up to 5 years (both are maximum penalties provided for in FCC).

Art. 56 is tax fraud. The crime is committed by the taxpayer if he or she files a tax return containing misleading or false information and in this way exposes the tax on diminution. The penalty is the same as in case of tax evasion.

A specific type of tax fraud is to be found in art. 76 and art. 77 FCC. The first of them is committed if the fraud leads to improper return of the tax already paid. In practice it happens mostly in VAT cases (sc. carousel fraud, among others). The penalty limits are the same as in art. 54 and 56 FCC. The second may be committed by the tax collector who delays the payment of the tax already collected from the taxpayer. The upper limit of the penalty is 3 years of imprisonment.

All of these articles contain the basic type of offence in § 1 and less serious type of offence in § 2, characterised by the tax amount not exceeding «small value», which is defined as 200 minimum wages (i.e. ca 84 000 Euros). It means that almost all «individual» (non-corporate) perpetrators fall into this milder qualification, not threatened with imprisonment, but a fine only.

The proper tax assessment is also indirectly protected by art. 60 and 61 FCC. The first of the offences is committed if the perpetrator does not keep the commercial records (books) he/she is obliged to, does not keep them in declared place or does not inform about letting the bookkeeping to the tax advisor. The other one is committed if the record contains inaccurate information. In case of art. 60 FCC the obvious reason of criminalisation is prevention from the «hidden» tax fraud, committed by concealing the information or making it unavailable to the controlling agencies. Both are punished with a moderate fine.

All of these fiscal offences have corresponding fiscal contraventions. Tax evasion, fraud and delay are the fiscal contravention if the amount of the tax evaded, endangered or delayed is lower than 5 minimal wages (ca. 2100 Euro). In case of the offences connected with the improper bookkeeping, the contravention is in «lesser case» (the criteria are specified in the general part) or if the record is kept formally improperly but it does not contain false information.

Various examples of administrative penalties in Polish tax law may be pointed out. These are higher (sanctional) tax rates or an additional tax obligation. A separate kind of administrative penalties is penalties for Breach of Order the aim of which is assurance of the correct course of the tax proceedings. According to art. 262 § 1 of the Polish Tax Ordinance a party, a party's representative, witness or expert who, despite being correctly summoned by a tax authority, failed without a just cause to appear in person, even though he was obliged to do so, or refused without any reason to provide explanations, make a testimony, express an opinion, present the object of inspection or participate in other actions, or left the place of an action without permission of the tax authority, before the action was completed, may be punished with a penalty for breach of order of up to PLN 2,800.

An example of an administrative penalty which consists of higher than normal tax rate could be the Polish Inheritance and Gift Tax Act. According to this Act, the level of the tax rates depends on sc. «taxation group». It is determined according to the degree of closeness (kinship, relation) between a donor and a

beneficiary, a decedent and a heir etc. The regular level of tax rates for members of the first tax group is according to the tax base 3 %, 5 % and 7 %. For members of the second group it is 7 %, 9 % and 12 % respectively. Next, if someone belongs to the third group, the regular level of tax rates is 12 %, 16 % and 20 %. The special level of a tax rate which is kind of surcharge has its application when the taxpayer tried to evade the inheritance and gift tax, did not declare the tax base and claimed the gift only in the presence of a tax authority or fiscal inspection authority in the course of an audit, tax proceedings, fiscal control, or control activities, and the tax due on that acquisition has not been paid. Such a level of the tax rate is always 20% and the degree of closeness between a donor and a beneficiary or between a decedent and a heir is irrelevant¹¹.

A similar regulation exists in Polish personal income tax. According to art. 20 section 3 of the Polish Personal Income Tax Act (PIT)¹² the amount of revenue not justified by the revealed sources or arising from the sources not revealed shall be determined on the basis of expenses incurred by a taxpayer in a tax year and the value of property gathered in a given year if the expenses and the assets cannot be covered by the assets gathered before incurring the expenses or gathering the property arising from the revenue previously taxed or exempt from taxation. In this case the tax rate is as much as 75 % of income¹³. It is much higher than «normal» tax rates which are part of the progressive tax bracket with two rates (18 % and 32 %). It must also be pointed out that the 75 % taxation of «concealed incomes» makes the use of the tax reliefs impossible. It is also impossible to reach for the common taxation of spouses and a common taxation of taxpayers who are single parents.

Art. 20 section 3 of the Polish Personal Income Tax Act forms very general premises for taxation of concealed incomes. Due to this, the Constitutional Tribunal in its judgement of 29 July 2014 recognized this regulation as too vague in democratic state of law. In consequence, a legal definition of «concealed income» should be specified till 6 February 2016¹⁴. The Polish Legislature has subsequently formed a new, more precise definition of the «concealed incomes». It is included in the new constructed art. 25 b of the Polish Personal Income Tax Act which comes in force on 1 January 2016. However from the same date the level of the higher, 75 % tax rate will be pointed in art. 25e of the same legal act¹⁵.

2016. № 1

200

¹¹ Art. 15 sect. 4 of the Polish Inheritance and Gift Tax Act (ustawa o podatku od spadków i darowizn) of 29 July 1983 (The Journal of Laws from 2009, No. 93, pos. 768 – with changes). Similar regulation exists in Art. 7 sect. 5 of the Polish Tax on Civil Law Transactions (ustawa o podatku od czynności cywilnoprawnych) of 9 September 2000 (The Journal of Laws from 2010, No. 101, pos. 649 – with changes).

¹² The Polish Personal Income Tax Act (ustawa o podatku dochodowym od osób fizycznych) of 26 July 1991 (The Journal of Laws from 2012, pos. 361 – with changes).

¹³ Art. 30 sect. 1 point 7 of the Polish Personal Income Tax Act.

¹⁴ Sentence of the Constitutional Tribunal of 29 July 2014 (P 49/13), The Journal of Laws from 2014, pos. 1052.

¹⁵ Art. 1 point 5 of the Act about change in the Polish Personal Income Tax Act (ustawa o zmianie ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych oraz ustawy – Ordynacja podatkowa) of 16 January 2015 (The Journal of Laws from 2015, pos. 251).

As it was mentioned, an example of the administrative penalties in the Polish tax law is also an additional tax obligation in VAT¹⁶. It had a wider use in the past (it was a consequence of a wrong self-assessment – a lower tax due or higher input tax), but these days it is connected only with a duty to keep the record of turnover and amounts of the output tax with the use of cash registers. According to art. 111 section 2 of the Polish VAT Act, if it is found that a taxable person violates this obligation, the authority shall determine for the period since which the record of turnover and amounts of the output tax with the use of cash registers has been kept an additional tax liability in the amount of 30 % of the tax charged upon the acquisition of goods and services.

This additional tax liability is not determined in case of natural persons who, in respect of the same act, bear liability for a fiscal contravention offence or fiscal offence¹⁷. It is a consequence of two judgements of the Constitutional Tribunal. The Tribunal considered the question of administrative sanctions in the context of the principle of proportionality. The reaction of the state (sanction) for infringement of right in a democratic state of law should not be obviously inappropriate or irrational or incommensurate¹⁸. In its judgements of 29 April 1998 (K 17/97)¹⁹ and of 4 September 2007 (P 43/06)²⁰ the Constitutional Tribunal made it clear that the accumulation of two sanctions – administrative additional tax liability in VAT and penal sanction against the same natural person violates the principle of proportionality and cannot have its place in the democratic state of law. As it can be understood, the Constitutional Tribunal recognised a repressive function of additional tax liability and according to the non bis in idem principle excluded the application of this administrative sanction to the same natural person together with a penal sanction.

The Constitutional Tribunal expressed a different opinion in respect of the personal income tax calculated with the 75 % tax rate. In its judgement CT did not find any «ne bis in idem» infringement, because it did not recognise an element of repression in this higher tax rate. In the opinion of this court, the income tax amount calculated with this 75 % tax rate cannot be considered obviously inappropriate or irrational or incommensurate complained. It is because of the function of this rate²¹. The CT says that this legal construction is not a sanction (repression). The higher amount of rates compensates the lack of the delay interests (late interests). They are to be paid only when the 75 % income tax was not paid within 14 days after handing out of the decision creating this obligation. Therefore, the higher tax rate is not a repression but compensation to the state for all this period when the taxpayer tried to evade the tax and did not pay an income tax.

¹⁶ The Polish Value Added Tax Act (ustawa o podatku od towarów i usług) of 11 March 2004 (The Journal of Laws from 2011, No. 177, pos. 1054 – with changes).

¹⁷ Art. 111 sect. 2 of the Polish Value Added Tax Act.

¹⁸ Judgement of the Constitutional Tribunal of 15 January 2007 (P 19/06), OTK ZU, No 1/A/2007, pos. 2.

¹⁹ OTK ZU, No 3/1998, pos. 30.

²⁰ OTK ZU, No 8/A/2007, pos. 95.

²¹ Judgement of the Constitutional Tribunal of 12 April 2011 (P 90/08), The Journal of Laws from 2011, No. 87, pos. 493.

A special regulation in the Polish personal income tax Act and in the Polish Corporate Income Tax Act concerns a higher tax rate connected with taxation of transactions made with connected subjects and the payment is made directly or indirectly to the entity that has its place of residence, registered office or management board within the territory or in the country that implements harmful tax competition. According to art. 30d section 1 of the Polish Personal Income Tax Act and art. 19 section 4 of the Polish Corporate Income Tax (CIT)²² if the competent tax authority or tax inspection authority determines the taxpayer's income in the amount higher than (or the loss lower than) declared by the taxpayer in connection with conducting transactions between connected subjects and the payment of liabilities arising from the said transactions is made directly or indirectly to the entity that has its place of residence, registered office or management board within the territory or in the country that implements harmful tax competition and the taxpayer fails to furnish to those authorities the required tax documents – the difference between the income declared by the taxpayer and the income determined by the said authorities shall be charged at 50 % rate.

However, the regulation included in art. 108 section 1 of the Polish VAT Act is not considered an administrative sanction. According to this article, if anybody issues an invoice in which it shows the amount of the tax, it shall pay that amount. The CT expressed the view that the abovementioned art. 108 section 1 of the Polish VAT Act is not a regulation which determines a sanction understood as a negative consequence of the infringement of legal norms, which is an ailment for the subject who violates the legal norm. This is because issuing the VAT invoice with the shown amount of the tax (resulting with a necessity to pay the tax declared in this document), is not a breach of a legal norm²³.

The procedure

The procedure and execution is based on Criminal Procedure Code and on the Enforcement of Penalties Code (which is a separate code in Poland, together with Criminal Code and Criminal Procedure Code) respectively. Some differences and some own legal institutions are to be found in the FCC. The perpetrator has the position of the suspect within the preparatory procedure and the defendant within the court procedures (main hearing), with no differences versus a general criminal procedure.

Both in general and in fiscal criminal law the criminal penalties are imposed by the court only. Before 1999 they could be applied (except for imprisonment) by the administrative authorities. After 1999 the imposition of the penalties for all the criminal misconducts is the domain of the courts (with the exception of the small fines in contravention and fiscal contravention cases in the fine ticket procedure). Therefore all the penalties for the fiscal offences

²² The Polish Corporate Income Tax Act (ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych) of 15 February 1992 (The Journal of Laws from 2014, pos. 851 – with changes).

²³ Judgement of the Constitutional Tribunal of 21 April 2015 (P 40/13), The Journal of Laws 2015, pos. 601.

and part of the penalties for the fiscal contraventions are imposed by the court. Only some small part of fines in case of the fiscal contraventions is applied by the tax or customs administration in the fine ticket procedure.

Administrative penalties are imposed by tax authorities only.

According to art. 113 FCC, the CPC applies in case of fiscal offences (and fiscal contraventions). The subsequent articles of FCC (art. 114–177) contain the catalogue of the differences. The preparatory procedure is conducted mostly by the fiscal authorities. The competent court is the District Court (Sąd Rejonowy – the lowest level of the Ordinary Courts) and the appeals are dealt with by the Provincial Court (Sąd Okręgowy – second level of the system). The whole procedure is based on exactly the same principles as with general criminal cases (objective truth, presumption of innocence, right to defence, immediacy, free valuation of the evidence, legality and others). The Administrative Courts play no role in determining the criminal liability for fiscal crimes. However, in case of the concurrent proceedings, the criminal court may stay its procedures if the final decision depends on solution of some questions dealt with by the control authority, tax authority or the administrative court (art. 114a FCC).

Administrative penalties are imposed in proceedings regulated in the Tax Ordinance. These are the same proceedings which apply in determination of tax liabilities. They have nothing in common with the criminal proceedings and the principles of application of the administrative penalties are different.

The tax can be appealed against to the higher tax authority. Some orders issued in the course of proceedings may also be contested. The legal measure against tax decisions is an appeal (odwołanie), the legal measure against the orders is a complaint (zażalenie). In addition, the final decision or final order which was earlier an object of appeal or complaint can be challenged with the complaint to the Province Administrative Court (Wojewódzki Sąd Administracyjny)²⁴. Next, the judgements of the Province Administrative Court can be an object of an extraordinary appeal (kasacja) to the Superior Administrative Court (Naczelny Sąd Administracyjny) in Warsaw.

Both additional liability and tax liability determined by higher tax rates come under the administrative and (then) judicial control. The penalties for breach of order are controlled on complaint and subsequently they are subjected to the judicial control²⁵. It is also possible that the person punished for the breach of order gives up bringing a complaint and fulfils his procedural duty. The tax authority that imposed a penalty for breach of order may, at the request of the punished person filed within seven days from the day of delivery of an order imposing a penalty for breach of order, recognise the failure to appear or comply with other duties as justified and set aside the order imposing the penalty²⁶.

²⁴ Currently sixteen Province Administrative Courts (*Wojewódzkich Sądów Administracyjnych*) exist – one court in each province (*województwo*) of the Republic of Poland.

²⁵ Art. 262 § 5 of the Polish Tax Ordinance (TO).

²⁶ Art. 262 § 5 TO.

The complaints shall be lodged to a Province Administrative Court within 30 days from the day of service of the decision on the complainant²⁷. It shall be lodged through the authority whose action or failure to act has been challenged²⁸. The cassation appeal shall be lodged with the Province Administrative Court which has issued the challenged judgement or order, within thirty days from the day of service on the party of the copy of the decision with the reasons given²⁹.

As it was mentioned, it is possible to lodge an appeal and a complaint within tax proceedings. The conditions are the same for all the taxpayers or other tax debtors. The participation of the Ombudsman, a prosecutor and a social organisation is also possible. A complaint and a cassation appeal is available both to the taxpayer and to the tax authority, but a cassation appeal has to be prepared on behalf of a taxpayer by the professional lawyer (advocate, legal advisor, tax advisor).

In case of criminal conviction, the appeal (apelacja) is available under the same conditions as in a general criminal procedure. Some particularly important decisions during the proceedings (provisional detention, search, seizure, stay of the proceedings and others) may also be subject to complaint (zażalenie).

The fine ticket (applicable in small contravention cases) always requires the acceptance of the perpetrator. If the perpetrator objects to such procedure, the case is transferred to the court and dealt with according to ordinary procedure (with a penal order in most cases).

According to art. 239b § 1–2 of the Polish Tax Ordinance a non-final decision may be in some cases declared to be immediately enforceable. No such possibility exists in criminal cases.

The influence of the taxpayer on the sanctioning process

Numerous instruments enable the defendants' influence on sanctioning process. The criminal sentence does not exempt from the payment of the due public revenue (art. 15 § 1 FCC). Neither the public revenue is deductible from the fine nor the fine from the public revenue to be paid. However, the presence and importance of various consensual instruments encouraging the cooperation of the defendant with the authorities and offering him various advantages in return for the cooperation is the landmark of the fiscal criminal procedure. These instruments are:

- Active repentance after the commission of the crime and a correction of the tax refund (art. 16 and 16a PCC) as well as active repentance in case of criminal collaboration and in case of attempt.
- Voluntary subordination to penalty (more than a half of the cases are dealt with this way).
- Application of the mitigated penalty without the hearing (art. 156 FCC).
- Application of the mitigated penalty on the request of the defendant (art. 161 FCC and art. 387 CPC).
- Penal order procedure.

²⁷ Art. 53 § 1 of the act of 30 August 2002 Law on proceedings before administrative courts, The Journal of Laws from 2002, No 153, pos. 1270 – with changes.

²⁸ Art. 54 § 1 of the act on proceedings before administrative courts.

²⁹ Art. 177 § 1 of the act on proceedings before administrative courts.

No such instruments exist in a tax procedure. It is also impossible to negotiate the scope of sanctions regulated in the particular Polish tax law acts. This is because the tax authorities after tracing the irregularities are obliged to apply the legal regulated sanction in the dimension prescribed in a tax act. Due to this, there is not space for settlements regarding administrative penalties.

The statistical data

According to the provisions of the general part of the FCC, the fine for the tax offences is imposed in daily units (the same, as in Criminal Code). The number of day units is 10-720, the day unit may vary between ca. 15 Euro and ca 6000 Euros. Like in other legal systems, the court shall determine the amount of the daily unit taking into consideration personal and financial circumstances of the defendant. Imprisonment may normally be between 5 days and 5 years (except for extraordinary aggravation of the penalty and the aggregate penalties). The fiscal contraventions are punishable with fines only. The fine may not exceed 10 minimum monthly wages (ca. 4200 Euros). In case of fine ticket, the fine may not exceed 2 minimum monthly wages (ca. 840 Euros).

In case of the offences connected with the tax assessment, the limits of the penalties as specified in the specific part of FCC are:

	Fine	Imprisonment
Art. 54 § 1	up to 720 day units	up to 5 years
Art. 56 § 1		
Art. 76 § 1		up to 3 years
Art. 77 § 1		
Art. 54 § 2	up to 720 day units	none
Art. 56 § 2		
Art. 76 § 2		
Art. 77 § 2		
Art. 60 § 1, 2 and 3	up to 240 day units	
Art. 61 § 1		

It should be remarked that out of 93 persons sent to prison for the fiscal offences in 2014, more than 75 % were convicted for the crimes connected with the tax assessment, almost all of them for (aggravated) tax evasion and fraud. In more general terms, imprisonment is clearly an ultima ratio, vast majority of the cases (and virtually all the smaller cases) end with economic sanctions only.

Unfortunately the comprehensive data on administrative measures is not available.

According to the statistics published by the Inspector General of Fiscal Control³⁰, in 2014 the number of control proceedings was 10 105. In 5 127 cases the ground for the institution of the criminal investigation was found. 2030 cases ended with a voluntary submission to punishment and the amount

³⁰ URL: <http://www.mf.gov.pl/kontrola-skarbowa>

In 2014 the number of convicted persons and the applied criminal penalties was as follows:

	persons convicted	fine	imprisonment-suspended	imprisonment-nonsuspended
Art. 54 § 1 and 2	1630	1477	110	36
Art. 56 § 1 and 2	1143	1020	90	30
Art. 60 § 1, 2 and 3	132	128	0	0
Art. 61 § 1	88	86	3	0
Art. 76 § 1 and 2	118	100	13	5
Art. 77 § 1 and 2	1329	1321	7	1
total	4440	4132	223	72
all the fiscal offences	8539	8049	380	93
% among the all fiscal offences	52,00	51,34	58,68	77,41

Source: Ministry of Justice official statistics. URL: <http://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/>

of fines was PLN 3,3 million. In addition to this, the inspectors issued 39 665 fine tickets. The amount of the fines imposed in this way was PLN 9,4 million.

The amount of the tax evasions discovered by the inspectors was PLN 10 602,3 million. The taxpayers voluntarily corrected the tax returns and paid PLN 410,7 million (much more than in preceding years). The rest of the amount was subject to the tax decisions. In addition to this, the control procedures prevented the unduly return of VAT to the amount of PLN 227,1 million (much more than in preceding years).

The total number of controls was 6 426. In 3 558 cases the decision was issued, in 1569 the voluntary correction was made. It means that 80 % of the controls ended with the decision or with the voluntary correction.

In respect of particular taxes, more than 85 % findings were related to VAT³¹, 4,36 % to CIT, 4,15 % to excise and less than 3,87 % to PIT.

In small cases the taxpayers were encouraged to file a correction of the tax return and voluntarily pay the outstanding tax (with the delay interest) or to accept and pay a fine ticket. If this is not possible, the procedure of the voluntary subordination to penalty is employed in numerous cases. The indictments are filed in the most serious offences only. The most important penalty is a fine, sometimes accompanied with the forfeiture. The unsuspended imprisonment is used very rarely, in aggravated cases (recidivism, very serious tax evasion and fraud, organised crime).

Like in other areas of law (e.g. environment protection law), an interesting phenomenon may be pointed out. Criminal liability and administrative liability have their own, distinct grounds. On the other hand, however, from the point of view of the «final user» – the perpetrator of the tax irregularity, the problem is not purely theoretical. It is fully possible (and it happens in numerous cases) to be penalised separately with the administrative sanction and the criminal sanction.

³¹ The most important problem was the growing number of the documents of fictional operations (for the purpose of the VAT refund) – the so called «carousel fraud».

In case of parallel ways of liability and repression, the criminal penalties are not necessarily the harshest, but the guarantees in the criminal law are obviously stronger than in the area of administrative law. This encourages the Legislature to create new and extend the existing forms of administrative liability in order to divert and avoid all the restrictions present in criminal law. High level and high quality of criminal-law safeguards may paradoxically lead to the weakening of the practical position of the particular person, subject to various simplified forms of administrative repression, either parallel or instead of the criminal liability.

As it was mentioned above, the fiscal criminal liability is based on fault. There is no difference between general criminal law and fiscal criminal law in this respect: no strict liability exists in Polish criminal law. The level of social danger of the particular criminal behaviour is taken into consideration. All the offences discussed here require the intentional conduct (*umyślność*). The administrative penalties require neither any fault nor intent.

The lack of balance is clearly visible. The defendant in fiscal criminal case enjoys all the guarantees and safeguards. The judgements may be subject to complete appellate review, both in the aspect of the liability itself and of the sanction. On the other hand, the administrative liability is objective in its nature, no fault requirement is present, no justification and excuse is available to the tax-payer. The decisions are subject to the judicial review, but the review is limited to the formal legality of the decision and the substantive issues are left outside the scope of judicial control.

We may call it a system under the condition of the complementary nature of both types of sanction. An alternative solution would be a subsidiary nature of the criminal sanctions: the criminal liability seen as an *ultima ratio* in the most serious cases. In most general terms, the administrative surcharges should be treated as the primary and the criminal law measures as the subsidiary³².

Unfortunately, neither of these solution is chosen. The principle of legality (art. 10 Criminal Procedure Code applied here) makes the prosecution in all the cases of the fiscal law infringements (both fiscal offences and fiscal contraventions) mandatory. The duality seems to be a wrong solution and it needs rethinking.

³² Other possible solutions may be found in: P. Nowak, *op.cit.*, p. 13–20.

Nita A., Dr habil., Professor of the Jagiellonian University Kraków, Faculty of Law and Administration, Head of the Financial Law Department

E-mail: adam.nita@uj.edu.pl

Swiatlowski A., Dr habil., Professor of the Jagiellonian University Kraków, Faculty of Law and Administration, Head of the Criminal Procedure Department

E-mail: andrzej.swiatlowski@uj.edu.pl

Nita A., доктор наук, профессор Ягеллонского университета Кракова, факультет права и управления (администрирования), зав. кафедрой финансового права

E-mail: Law. adam.nita@uj.edu.pl

Швиатловски А., доктор наук, зав. кафедрой уголовного процесса

E-mail: andrzej.swiatlowski@uj.edu.pl

УДК 343.1

О ПРАВОВОМ МЕХАНИЗМЕ НЕЙТРАЛИЗАЦИИ
ОБВИНИТЕЛЬНОГО УКЛОНА
В ДОСУДЕБНОМ УГОЛОВНОМ ПРЕСЛЕДОВАНИИ

М. О. Баев, О. Я. Баев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 13 января 2016 г.

Аннотация: с позиции принципа состязательности уголовного судопроизводства рассматривается процессуальная функция следователя в досудебном производстве; обосновывается необходимость создания правового механизма нейтрализации проявления при ее исполнении обвинительного уклона; вносятся соответствующие законодательные предложения.

Ключевые слова: состязательность, обвинительный уклон, уголовное и уголовно-процессуальное законодательство.

Abstract: in the article is considered procedural function of the investigator in the pretrial proceedings from the perspective of adversarial criminal proceedings; the necessity of creating a legal mechanism for the neutralization of accusatory bias during its execution; appropriate legislative proposals.

Key words: adversarial, accusatory, criminal and criminal procedure legislation.

Проблемы разделения процессуальных функций в отечественном судопроизводстве возникли, видимо, с тех пор, когда по указанию царя – батюшки Петра Алексеевича, отчаянно прорубавшего окно в Европу, а поэтому использовавшего зарубежный правовой опыт, в «Кратком изображении процессов» 1715 г. было сформулировано следующее положение: «Процесс есть дело судимое, чрез который случающиеся тяжёбые дела основательным представлением, и из обстоятельства дел обретенные доказов, явны сочиняются, и потом от судей по изобретению оных причин решение чинится»¹.

Возьмем на себя смелость, используя применительно к уголовному судопроизводству современную юридическую терминологию, интерпретировать (естественно, в высшей степени условно) данную правовую концепцию следующим образом: в досудебном производстве в ходе расследования («из обстоятельств дел») «обретаются» (формируются) доказательства, которые проверяются и оцениваются в суде (где из них «явны сочиняются»), на основе которых и постановляется приговор («решение чинится»).

Можно с уверенностью предположить, что с тех же пор одним из наиболее дискуссионных вопросов теории и практики уголовного судопро-

¹ Краткое изображение процессов при Воинском Уставе 1715 г. // Рос. законодательство X–XX веков : в 9 т. М., 1986. Т. 4. С. 411.

изводства как раз и является процессуальная функция следователя как лица, создающего «из обстоятельства дел доказзы» (доказательства), которые затем в соответствующем процессуальном регламенте и предоставляются в суд.

Какая же процессуальная функция (или функции) в этом случае на него возложена?

Еще в конце XIX в. В. П. Даневский – один из комментаторов принятых незадолго до того Судебных Уставов, обращал внимание, что в соответствии с ними «следователь призван играть роли самые разнохарактерные или совершенно несовместимые в одном лице, или трудно совместимые, всегда с ущербом для дела... [...]».

«В итоге, – писал он, – получается нарушение двух основных требований судопроизводства: 1) об отделении суда от сторон, 2) о разделении роли сторон, то есть о противопоставлении, на началах равенства, обвинителя обвиняемому; закон не знает сторон, – ему известна, в сущности, только одна сторона (обвинение), представленная прокуратурой (или частным обвинителем) и подкрепляемая обвинительной деятельностью самого следователя. Последний должен быть беспристрастен и независим от сторон, но представляет в своем лице и стороны, и судью»².

Однако спустя многие годы (чуть ли – не столетие) выдающийся отечественный процессуалист М. С. Строгович, основываясь на действующем в то время УПК РСФСР 1960 г., также утверждал, что «в деятельности следователя сочетаются все три основные процессуальные функции – уголовное преследование или обвинение, защита и разрешение дела»³.

Этой же позиции до настоящего времени придерживаются и многие другие исследователи данной проблемы.

Другие, не включая в функции следователя функцию осуществления им защиты (что представляется нам совершенно обоснованным)⁴, исследование им обстоятельств дела интерпретируют как функцию расследования преступлений.

«Следователь, – пишет, например, В. М. Быков, – в настоящее время выполняет такие процессуальные функции – расследование преступлений, обвинение и разрешение уголовного дела»⁵. При этом, по его мнению, «реально следователь начинает осуществлять свою процессуальную функцию обвинения только с появлением в уголовном деле фигуры подо-

² Даневский В. П. Наше предварительное следствие : его недостатки и реформа. М., 1895. (Цит. по: Киев, 2003. С. 26–27).

³ Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 226.

⁴ Всецело следует согласиться с А. М. Лариным, который по этому вопросу заметил: «Ведь сразу возникает вопрос: от чего или от кого защищает следователь? Ответ же, что следователь защищает обвиняемого от обвинения, следователем же предъявленного и поддерживаемого, вряд ли кого удовлетворит. Но иной ответ в рамках концепции, относящей следователя к субъектам защиты, невозможен» (Ларин А. М. Расследование по уголовному делу : процессуальные функции. М., 1986. С. 25).

⁵ Быков В. М. Следователь в уголовном процессе России. М., 2014. С. 14.

зреваемого или обвиняемого». А до того (здесь В. М. Быков присоединяется к позиции В. П. Божьева и некоторых других авторов) «следователь реализует лишь функцию расследования преступлений»⁶.

Подобная концепция представляется достаточно уязвимой. Представим, что следователь в результате расследования задержал лицо в качестве подозреваемого либо, более того, предъявил кому-либо обвинение в совершении расследуемого преступления; иными словами, по мнению указанных авторов, перешел от выполнения функции расследования преступления к осуществлению функции уголовного преследования.

Затем он убеждается в непричастности данного лица к инкриминированному ему преступлению. Что из этого в данном случае следует? Следователь прекращает выполнять функцию обвинения и снова возвращается к выполнению функции расследования? Вряд ли это «вписывается» в сущность содержания процессуальных функций в целом.

Как видим, спектр мнений о процессуальной функции (функциях) следователя крайне широк и разнообразен⁷.

Наиболее радикальные из них и, по нашему убеждению, сугубо псевдодемократические, сводятся к тому, что следователь есть лишь исследователь обстоятельств расследуемого им дела, а поэтому отнесение его к стороне обвинения в уголовном процессе в принципе неправомерно. По мнению авторов, придерживающихся этой концепции, отнесение следователя к стороне обвинения, предполагающее осуществление им уголовного преследования, а следовательно, в конечном счете избличение лица в совершении преступления, вступает в резкое противоречие с принципом всестороннего, полного и объективного установления всех обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. В связи с этим С. А. Шейфер пишет, что «процессуальная функция следователя – это не уголовное преследование, а всестороннее, полное и объективное исследование обстоятельств дела»⁸.

По сути, в этом утверждении автор реанимирует давно известные лозунги о сущности советского уголовного процесса.

Так, в 70-х гг. прошлого века В. Г. Даев утверждал: «...в советском уголовном процессе функции обвинения ... ни у одного участника процессуальной деятельности нет и быть не может»⁹.

В 2001 г. этот же тезис почти дословно воспроизвел В. С. Джатиев в следующем категорическом заявлении: «На мой взгляд, в уголовном процессе нет и не может быть функции обвинения, если, конечно, под

⁶ *Быков В. М.* Указ. соч. С. 19.

⁷ Многие из них подробно и глубоко проанализированы в цитируемой монографии В. М. Быкова, а также в ряде работ других процессуалистов, естественно, с авторских точек зрения.

⁸ *Шейфер С. А.* Досудебное производство в России : этапы развития следственной судебной и прокурорской власти. М., 2013. С. 132.

⁹ *Даев В. Г.* Обвинение в советском уголовном процессе // Изв. вузов. Правоведение. 1970. № 1. С. 78.

функцией подразумевать роль и назначение конкретного субъекта в конкретной же системе общественных отношений»¹⁰.

Еще дальше в обоснование этой позиции через десять лет пошел В. Д. Адаменко. Приведем замечание К. Маркса о том, что соединение в одном лице судьи, обвинителя и защитника противоречит законам психологии, он тут же резюмировал следующее: [Однако] «...действие социалистического принципа состязательности в уголовном процессе и обязанность суда при вынесении решения оценивать все обстоятельства дела, в том числе обстоятельства, свидетельствующие в пользу обвиняемого, позволяют сделать вывод о нераспространении тезиса (указанного замечания К. Маркса. – *авт.*) на советскую судебную систему»¹¹. Комментарии по поводу этого утверждения излишни...

Мы не усматриваем никакого противоречия в том, что следователь отнесен к стороне обвинения с необходимостью (и это особо подчеркнем) его осуществления на основе объективного, полного и всестороннего расследования. Для любой цивилизованной правовой системы аксиоматично, что любое обвинение лица в совершении инкриминируемого ему преступления должно быть законным, основанным на всестороннем, полном и объективном исследовании всех материалов дела, при этом сочетаться с неукоснительным соблюдением прав и свобод этого гражданина, обеспечением их реализации.

Всесторонний, полный и объективный анализ материалов уголовного дела показал, что во многих ситуациях применение к отдельным лицам мер процессуального принуждения сопровождается и проведением следственных действий, безусловно, ограничивающих права граждан (например, обыска). Сделав на этой основе вывод о совершении расследуемого преступления определенным лицом, следователь предъявляет ему обвинение, затем составляет в отношении данного лица обвинительное заключение. Что все это есть как не выполнение следователем функции обвинения?

Более того, если следователь не будет предъявлять изобличенному им лицу обвинение и составлять обвинительное заключение, предоставив выполнение этих обязанностей прокурору, а будет выносить некое постановление о подозрении (что в последнее время предлагают Б. Я. Гаврилов и ряд других авторов), сущность и характер его деятельности (обвинительной), по нашему убеждению, не изменятся.

М. С. Строгович рассматривал обвинительную деятельность (понимая под ней уголовное преследование) как «совокупность процессуальных действий, направленных на то, чтобы изобличить в совершении преступления привлеченное к уголовной ответственности лицо и обеспечить применение к нему заслуженного наказания». Она, по его мнению, состо-

¹⁰ Джатиев В. С. О прокуратуре Российской Федерации. Инициативный проект федерального конституционного закона и краткие пояснения к нему. Владикавказ, 2001. С. 48.

¹¹ Адаменко В. Д. Сущность и предмет защиты обвиняемого. Томск, 1983. С. 50.

ит в собирании доказательств, уличающих обвиняемого или устанавливающих отягчающие его вину обстоятельства, применение принудительных мер, обеспечивающих изблечение обвиняемого и его наказание, а также в действиях, направленных на обоснование перед судом обвинения и необходимости заслуженного наказания¹².

А. М. Ларин полагал, что уголовное преследование есть предшествующая разрешению дела уголовно-процессуальная деятельность, которая состоит в формулировании и обосновании вывода о совершении определенным лицом конкретного преступления¹³.

Причины столь искренней озабоченности авторов функциями и положением следователя и прокурора в уголовном судопроизводстве вполне очевидны, а также понятны и близки нам (но не их по этим проблемам мнения) – исключить или, по крайней мере, снизить вероятность обвинительного уклона в деятельности лиц, осуществляющих уголовное преследование.

Действительно, видимо, лишь самый безразличный и равнодушный исследователь отечественной уголовно-процессуальной теории и практики с тревогой не отмечает наличия обвинительного уклона в деятельности органов и лиц, осуществляющих досудебное производство по уголовным делам, и (что самое тревожное) в деятельности судов при отправлении правосудия по уголовным делам.

Тем не менее легального правового, законодательного определения этого феномена, насколько нам известно, до настоящего времени не имеется; оперирование этим понятием происходит обычно на уровне социологических и публицистических описаний того, что каждый из авторов вкладывает в его содержание.

Чаще всего обвинительный уклон понимается как игнорирование сведений, свидетельствующих о невиновности либо в меньшей степени виновности обвиняемого, неадекватная оценка собранных доказательств и др.¹⁴ Л. А. Воскобитова пришла к выводу, что «суть его в стремлении сначала сформулировать, а затем любой ценой подтвердить приговором суда обвинение, которое не отвечает требованию всесторонности, полноты и объективности исследования фактических обстоятельств дела и в силу этого не позволяет суду правильно применить нормы уголовного права и вынести правосудное решение по делу»¹⁵.

Действительно, если понимать обвинительный уклон как деятельность субъектов уголовного преследования, суда, состоящую в отказе формировать доказательства, оправдывающие или смягчающие ответственность обвиняемого, в воспрепятствовании представлению доказательств стороной защиты и/или игнорировании наличия таких доказательств

¹² См.: *Строгович М. С.* Указ. соч. С. 190.

¹³ См.: *Ларин А. М.* Указ. соч. С. 25.

¹⁴ См.: *Михайловская И. Б.* Права личности – новый приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Рос. юстиция. 2002. № 7. С. 4.

¹⁵ *Воскобитова Л. А.* Обвинение или обвинительный уклон? // Актуальные проблемы рос. права. 2014. № 3. С. 455–462.

при обосновании соответствующего итогового решения по уголовному делу, он, очевидно, категорически недопустим.

В то же время возможности безнаказанного проявления обвинительного уклона в уголовном преследовании беспредельно увеличиваются в связи с заложенным в ст. 159 УПК РФ следующими положениями:

– «подозреваемому или обвиняемому, его защитнику, а также потерпевшему, гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их представителям не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, *об установлении которых они ходатайствуют, имеют значение для данного уголовного дела*» (выделено нами. – авт.) (ч. 2).

– «В случае полного или частичного отказа в удовлетворении ходатайства следователь, дознаватель выносит постановление» (ч. 3).

Из изложенного с очевидностью следует, что для решения вопроса имеют значение те обстоятельства, об установлении которых путем производства следственных действий ходатайствуют указанные в данной статье лица; удовлетворение ходатайства, всецело предоставлено на усмотрение следователя: он может его удовлетворить, но может и отказать.

При этом практика неопровержимо свидетельствует, что последние решения следователями принимались по подавляющему числу известных нам уголовных дел. Думается, объясняется это рядом причин (и совокупностью отдельных из них), носящих в большей части субъективный характер. Не ставя здесь перед собой задачи раскрытия их содержания, лишь перечислим те, которые в настоящее время представляются нам основными:

а) убежденность следователя в объективности, полноте и всесторонности проводимого им расследования в целом;

б) убежденность следователя в доказанности вины лица, в отношении которого им осуществляется уголовное преследование (именно стороной защиты заявляется бóльшая часть ходатайств о производстве дополнительных или повторных следственных действий для установления обстоятельств, по их мнению, имеющих значение для дела);

в) нежелание удовлетворения таких ходатайств в связи с тем, что это потребует продления процессуальных сроков (срока расследования по делу, срока применения таких мер пресечения, как содержание под стражей или домашний арест);

г) межличностные конфликты и конфликтные отношения, сложившиеся между следователем и представителями стороны защиты (подозреваемым, обвиняемым, их защитниками).

Однако, к сожалению, и в неоднократных решениях Конституционного Суда РФ, принимаемых по конкретным жалобам граждан в отношении необоснованных постановлений следователей об отказе в удовлетворении ходатайств стороны защиты в части доказывания, по сути, поддерживается позиция законодателя о том, что разрешение таких ходатайств должно быть оставлено на усмотрение следователя. «Никакой новой обязанности следователя, – на основе анализа ряда подобных ре-

шений констатирует С. Ф. Шумилин, – Конституционный Суд в данном случае не устанавливает»¹⁶.

Нет необходимости подробно перечислять все негативные последствия принимаемых следователем решений об отказе в удовлетворении подобных ходатайств стороны защиты, с очевидностью свидетельствующих об обвинительном уклоне в изложенном выше понимании этого феномена: это и необоснованное применение мер принуждения к лицу, в отношении которого осуществляется уголовное преследование (в том числе и мер пресечения), и такое же необоснованное его обвинение в совершении преступления, и – что самое трагическое – постановление в отношении данного лица обвинительного приговора.

Вслед за рядом других авторов¹⁷, мы полагаем, что положение об удовлетворении следователем ходатайств перечисленных в ст. 159 УПК РФ лиц в части доказывания обстоятельств, имеющих значение для дела, решение вопроса должно быть трансформировано в обязанность следователя (в настоящее время, повторим, оно оставлено на его усмотрение).

Поддерживая эти предложения, С. А. Шейфер в то же время совершенно верно обратил внимание, что оно может повлечь злоупотребления таким правом со стороны защитника. Однако, реально оценивая все трудности разрешения этой проблемы, он пришел к выводу, что все же «в интересах укрепления состязательных начал предварительного расследования было бы предпочтительней принять вариант обязательности заявленного ходатайства»¹⁸.

Заметим, что УПК РФ уже знает ситуации, в которых ходатайства стороны защиты и потерпевшего в части доказывания подлежат неукоснительному удовлетворению.

Имеется в виду следующее положение ч. 1.2 ст. 144 УПК: в случаях, когда судебная экспертиза назначалась и проводилась на стадии возбуждения уголовного дела, то «если после возбуждения уголовного дела стороной защиты или потерпевшим будет заявлено ходатайство о производстве дополнительной либо повторной судебной экспертизы, *такое ходатайство подлежит удовлетворению*» (выделено нами. – авт.).

Однако содержательная сторона именно этого нормативного предписания представляется крайне неудачной, более того, расширяющие возможности, как о том и предупреждает С. А. Шейфер, могут стать злоупотреблением таким правом стороной защиты.

На первый взгляд, цель введения этой новеллы вполне благая, с правовой точки зрения вполне респектабельная для обеспечения прав и законных интересов потенциальных потерпевших, подозреваемых и обвиняемых по уголовному делу.

¹⁶ Шумилин С. Ф. Полномочия следователя : механизм и проблемы реализации. М., 2006. С. 178.

¹⁷ См., например: Белканов Е. А., Казаков А. И. К вопросу о полномочиях защитника по собиранию доказательств // 50 лет кафедре уголовного процесса УрГЮА : материалы науч.-практ. конф. Екатеринбург, 2005. Ч. 1.

¹⁸ Шейфер С. А. Указ. соч. С. 141–142.

Однако такая же ситуация касательно «целого ряда прав при назначении и производстве экспертизы» подозреваемых и обвиняемых, как известно, «штатна» и по возбужденным уголовным делам.

Множество необходимых судебных экспертиз назначаются и производятся до появления по ним подозреваемых, а тем более, обвиняемых (в ряде случаев и потерпевшего, если пострадавшее от преступления лицо к моменту производства этих действий либо еще не установлено, либо еще не наделено таковым процессуальным статусом).

После появления в деле этих фигурантов они знакомятся и с постановлениями о назначении экспертиз, и заключениями экспертов, после чего имеют права ходатайствовать о назначении повторных и дополнительных экспертиз.

Принципиальных и реалистических возражений против такого порядка обеспечения прав подозреваемых и обвиняемых по уголовным делам в литературе не высказывается.

В то же время известно, что назначение и производство и повторной, и дополнительной экспертизы предполагает наличие для того должных оснований (ст. 207 УПК РФ):

«1. При недостаточной ясности или полноте заключения эксперта, а также при возникновении новых вопросов в отношении ранее исследованных обстоятельств уголовного дела может быть назначена дополнительная судебная экспертиза, производство которой поручается тому же или другому эксперту.

2. В случаях возникновения сомнений в обоснованности заключения эксперта или наличия противоречий в выводах эксперта или экспертов по тем же вопросам может быть назначена повторная экспертиза, производство которой поручается другому эксперту».

Статья 144 УПК РФ названные требования к основаниям назначения повторной или дополнительной экспертизы игнорирует¹⁹.

Это упущение не столь безобидно, как может представляться на первый взгляд; в частности, оно вполне может быть использовано для затягивания сроков производства по уголовному делу и в иных тактических целях стороной защиты.

Возникает вопрос: что препятствует заявить ходатайство о назначении этих видов судебной экспертизы исходя из названных соображений указанным участникам производства по уголовному делу в момент, максимально приближенный к окончанию срока предварительного расследования по делу, либо на завершающем этапе судебного следствия (может быть, и срока давности по делу)?

В соответствии с указанной редакцией данного положения в ст. 144 УПК РФ следователь/суд будет обязан такое ходатайство удовлетворить!

Проиллюстрируем сказанное примером из судебной практики.

¹⁹ На эту же правовую коллизию, возникшую в связи с дополнением ст. 144 УПК РФ рассматриваемым положением, обращают внимание и другие авторы. См., например: *Быков В. М.* Следователь в уголовном процессе России. М., 2014. С. 157–159.

На завершающем этапе судебного следствия по делу М., обвиняемого в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 264 УК РФ, когда до истечения установленного судом 6-месячного срока содержания подсудимого под стражей оставалось менее 10 дней, защитник М. заявил ходатайство о проведении повторной и дополнительной судебных автотехнических экспертиз.

С учетом того что первоначальная автотехническая экспертиза была произведена на стадии возбуждения уголовного дела, суд ходатайство адвоката удовлетворил.

Адвокат сразу же заявил ходатайство об изменении в отношении подсудимого меры пресечения, ибо в соответствии с ч. 3 ст. 255 УПК РФ срок содержания подсудимого под стражей со дня поступления дела в суд свыше шести месяцев может продлеваться только по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях. Преступление, инкриминируемое его подзащитному, к таковым не относится, а срок производства назначенных судом экспертиз, несомненно, займет длительное время – во всяком случае, они не могут быть реально произведены до истечения установленного ранее судом срока содержания подсудимого под стражей.

Данное ходатайство судом было также удовлетворено; М. мера пресечения была изменена на домашний арест.

Заметим, что по приведенному делу назначенные судом экспертизы проводились более четырех месяцев, что вряд ли соответствовало принципу осуществления правосудия в разумные сроки.

Мы сочли необходимым подробно остановиться на этой правовой коллизии для обоснования того, что предлагаемое ниже изменение ст. 159 УПК РФ должно содержать и механизм ее разрешения, учитывающий в то же время реальную возможность производства следственных действий, о проведении которых ходатайствует то или иное лицо из перечисленных в ст. 159 УПК РФ лиц. В последней ремарке мы учитываем возникновение ситуаций, в которых производство некоего действия практически невозможно, к примеру, сторона защиты ходатайствует о проведении очной ставки с лицом, выехавшим на ПМЖ в другую страну, назначении дополнительной или повторной экспертизы при отсутствии для разрешения предлагаемых вопросов научно обоснованной методики и др.

Предлагаем изложить ч. 1 ст. 159 УПК РФ примерно в следующей редакции:

Ходатайства «подозреваемого или обвиняемого, его защитника, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика или их представителей о приобщении к делу материалов адвокатского расследования, допроса свидетелей, производства судебной экспертизы и других следственных действий в отношении обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, подлежат удовлетворению. В удовлетворении ходатайства названных лиц о допросе, производстве других следственных действий может быть отказано лишь при отсутствии для их производства оснований, предусмотренных настоящим Кодексом, либо объективной возможности их производства».

Кроме того, учитывая указанные выше негативные последствия необоснованных отказов следователей в удовлетворении ходатайств сто-

роны защиты в части установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовным делам (и для предупреждения проявления следователями обвинительного уклона в осуществляемом им уголовном преследовании), полагаем целесообразным дополнить УК РФ статьей примерно следующего содержания²⁰:

Умышленное сокрытие либо уничтожение дознавателем или следователем доказательств, оправдывающих или смягчающих ответственность подозреваемого, обвиняемого, или иное воспрепятствование предоставлению доказательств стороной защиты, повлекшие необоснованное применение к данному лицу меры пресечения, иных мер процессуального принуждения и/или постановление в отношении его необоснованного обвинительного приговора либо прекращения уголовного преследования по нереабилитирующим основаниям, – наказывается...

Полагаем, что принятие сформулированных выше законодательных предложений станет достаточно действенным средством предупреждения обвинительного уклона со стороны лиц, осуществляющих уголовное преследование на досудебной стадии уголовного процесса.

Более того, оно несколько, а на наш взгляд, в значительной мере, снизит актуальность создания активно обсуждаемого в настоящее время в литературе организационно сложного и экономически крайне затратного института следственных судей (основная цель которого, насколько мы ее понимаем, именно депонирование доказательств, представляемых стороной защиты).

²⁰ По логике она должна следовать за ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств...».

Воронежский государственный университет

Баев М. О., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики

E-mail: baev@law.vsu.ru

Баев О. Я., доктор юридических наук, профессор кафедры криминалистики, заслуженный деятель науки РФ

E-mail: baev@law.vsu.ru

Voronezh State University

Baev M. O., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Criminalistics Department

E-mail: baev@law.vsu.ru

Baev O. Ya., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Criminalistics Department, Honoured Science Worker of Russian Federation

E-mail: baev@law.vsu.ru

ПРОБЛЕМА СУДЕЙСКОГО УСМОТРЕНИЯ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ ПРИ НАЗНАЧЕНИИ УГОЛОВНОГО НАКАЗАНИЯ

М. М. Гитинова

*Институт адвокатуры, нотариата и международных отношений
(г. Махачкала)*

Поступила в редакцию 25 декабря 2015 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы судебного усмотрения в применении уголовно-правовых норм. На основе анализа действующего законодательства и эмпирических данных автор делает вывод о несовершенстве уголовно-правовых санкций.

Ключевые слова: судебское усмотрение, правоприменитель, судья, уголовно-правовая норма, санкция.

Abstract: the problems of judicial discretion in the application of criminal law. Based on the analysis of current legislation and empirical data, the author concludes the imperfection of criminal legal sanctions.

Key words: judicial discretion, law enforcer, judge, criminal law, sanction.

Актуальность изучения судебного усмотрения в применении уголовно-правовых норм выражается в необходимости определить роль судьи в современном обществе, правомерность его воли, а также насколько соответствуют закону принимаемые им судебные решения. В связи с этим важно определить, существует ли судебское усмотрение и если да, то в каких рамках.

Процесс отправления правосудия сложный и ответственный, поскольку решается человеческая судьба, которая, в свою очередь, зависит от того, насколько профессионален судья, руководствуется ли он своим внутренним убеждением, законом или субъективными качествами при осуществлении правосудия, следует ли принципу целесообразности и справедливости.

Судейское усмотрение в применении уголовно-правовых норм имеет важное практическое значение, поскольку от оценки правоприменителем степени общественной опасности преступления и личности преступника зависят пределы наказуемости как возможности достижения предупредительной цели применения уголовного наказания. В настоящее время в нормах Уголовного кодекса РФ принцип судебного усмотрения представлен достаточно широко и является одним из факторов в определении судьбы тех, кто совершил преступление.

Следует отметить, что слишком широкие рамки усмотрения при назначении наказания не всегда позволяют добиться единообразия и справедливости в действиях правоприменителя при назначении наказания. Поэтому в уголовном праве закономерно возникла идея создания форма-

лизованных, четко фиксированных правил назначения наказания, влияния каждого, имеющего значения обстоятельства на меру наказания.

Судебное усмотрение – это осуществляемый судом относительно свободный выбор возможных правовых решений, ограниченных правом и пределом осуществляемых судом полномочий. Из этого определения следует, что относительно свободный выбор возможного правового решения применительно к конкретной жизненной ситуации, осуществляемый судом, – это не абсолютное безусловное мнение суда, а выбор, находящийся в рамках определенных границ, которые в правовой науке именуют пределами судебного усмотрения.

Принимающий решение судья руководствуется предписаниями закона и собственным убеждением (последнее является неотъемлемым элементом принципа независимости судьбы). В то же время, как показывает практика, не для всей судейской братии понятно значение «судейское убеждение», как, впрочем, и для участников судебного процесса.

По мнению ученых, под судейским убеждением следует понимать умение судьи выбирать из двух и более альтернатив при условии их законности, что предполагает взвешенное, обдуманное решение, принятое путем тщательного изучения материалов уголовного дела и проверок, проявляющееся в достаточно критическом отношении судьи к предоставленным фактам и профессионализме в области знания и применения правовой нормы. Для носителя судебной власти необходимо использовать свое усмотрение здраво, разумно, справедливо и мотивированно.

Понятие справедливого усмотрения отражается и в объективном, и в субъективном аспектах. Проблема субъективного восприятия заключается в судебном усмотрении, т.е. наличии субъективного восприятия, отраженного в судейском правосознании. Иногда закон сам порождает судебное усмотрение, которое выражается в назначении альтернативного наказания. На этом этапе и появляется проблема судебного усмотрения, а именно:

1. Предоставление законодателем возможности оценивать юридические факты по усмотрению правоприменителя в определенных пределах.

2. Наличие в УК РФ управомочивающих норм, природа которых предполагает альтернативность.

3. Вариативность выбора санкций, отраженных в УК РФ.

4. Недостатки законодательной техники, неточности судебных формулировок.

Таким образом, проблема судебного усмотрения при применении уголовно-правовых норм сводится к поиску оптимального соотношения связи правоприменителя рамками закона со свободой оценки и выбора мер уголовно-правового характера.

Пути решения, которые ограничат правоприменителя, это:

– сокращение широты диапазона санкций;

– законодательное закрепление сферы применения ст. 64 УК РФ;

– снижение судебного усмотрения при назначении условного осуждения.

Одним из таких вариантов нетрадиционного подхода является условное осуждение, получившее в России массовое распространение (табл. 1). Очевидно, суды руководствуются принципом экономии уголовной репрессии буквально, приговаривая к лишению свободы все меньшее число лиц, совершивших преступления. По данным МВД РФ, непрерывно увеличивается процент осужденных условно¹.

Т а б л и ц а 1

Виды наказаний, применяемых судами в Российской Федерации по наиболее тяжкому преступлению в период 2009–2014 гг. (без учета сложения, %)

Вид наказания	Годы					
	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Лишение свободы: всего, чел.	32,2	31,2	28,9	27,6	27,8	28,8
Условное осуждение к лишению свободы	38,3	36,4	36,2	30,1	27,3	27,4
Ограничение свободы*	–	1,0	1,4	3,4	4,4	3,7
Исправительные работы	5,2	5,2	5,4	9,7	10,5	10,7
Обязательные работы	7,4	9,5	11,6	10,4	10,0	9,8
Штраф	14,8	14,7	14,6	15,5	15,8	15,6

Примечание. * – вид наказания, введенный Федеральным законом от 27 декабря 2009 г. № 377-ФЗ.

Из табл. 1 следует, что наряду с наказанием как лишение свободы активно применяются и альтернативные виды наказания.

При назначении наказания несовершеннолетним суд учитывает особенности их возраста и назначает его в соответствии с нормами уголовного права: учет возрастной специфики, социально-психологические особенности, восприятие ими требований уголовного закона (табл. 2). Закрепленные в уголовном праве специальные нормы об ответственности несовершеннолетних вытекают из принципов справедливости и гуманизма.

Т а б л и ц а 2

Основные виды наказаний, назначенных осужденным, совершившим преступления в возрасте 14–17 лет в период 2009–2013 гг., %

Удельный вес в общем числе осужденных	Годы				
	2009	2010	2011	2012	2013
Реальное лишение свободы на определенный срок	23,0	21,2	19,0	16,4	16,1
Условное осуждение к лишению свободы	–	50,7	50,6	49,9	43,2
Условное осуждение к иным мерам	–	1,8	1,5	1,4	1,8
Ограничение свободы	0	0	1,1	1,8	3,1
Исправительные работы	–	2,0	1,5	1,1	1,6

¹ URL: <https://mvd.ru/review> (дата обращения: 12.04.2015).

Принцип судейского усмотрения проявляется в том, что судьи при назначении наказания, руководствуясь принципом экономии уголовной репрессии, в пределах санкции статьи применяют наказания, не связанные с реальным лишением свободы, поскольку очень важным является сохранение у осужденного, в частности у несовершеннолетнего, социально полезных связей.

При определении наказания к несовершеннолетним по совокупности приговоров максимальная продолжительность лишения свободы не может превышать 10 лет. При этом учитывается, что наказание может быть назначено исходя из конкретных обстоятельств дела и данных, характеризующих личность виновного, и если суд придет к мнению о невозможности избрания иного вида наказания.

Проявление судейского усмотрения при применении норм уголовного права неизбежно и обусловлено рядом объективных факторов:

- а) быстроизменяющиеся условия существования общества;
- б) невозможность обеспечить соответствие между определенностью права и бесконечным разнообразием жизненных явлений;
- в) невозможность жесткого формулирования всех структурных элементов нормы;
- г) технико-юридическое несовершенство многих норм, делающее невозможным их применение без судебного толкования.

Признаками судейского усмотрения являются следующие:

- относительная свобода выбора при принятии решения, связанного с применением нормы уголовного права к конкретной жизненной ситуации (по конкретному уголовному делу);
- ограниченность свободы выбора пределами, очерченными законом;
- возможность выбирать из нескольких решений, каждое из которых было бы законным, обоснованным и справедливым;
- обязательность учета конкретных обстоятельств совершенного преступления, отражающих специфику реального уголовного дела.

При судебном усмотрении правоприменитель руководствуется принятыми в обществе нравственными нормами поведения. Например, судья будет решать, содержатся ли в действиях виновного признаки аморальности и оценивать их как тяжкое оскорбление. Может быть, не стоило бы основы морали и принципы права включать в определение в качестве самостоятельных факторов, влияющих на принятие решения наряду с правосознанием, поскольку последнее охватывает их. Однако это подчеркивает особую роль судебного усмотрения.

Так, в ст. 110 УК РФ отсутствует прямое указание на признаки субъективной стороны доведения до самоубийства. В связи с этим форма вины определяется по-разному: одни полагают, что она может быть только умышленной, другие – что характеризуется только косвенным умыслом; третьи – что не только умыслом, но и неосторожностью. Не дает определенности и буквальное толкование ч. 2 ст. 24 УК РФ, в соответствии с которой следует, что если в статье Особенной части УК РФ нет прямого

указания на форму вины, то данное деяние уголовно наказуемо как при совершении его с умыслом, так и по неосторожности. Исключение составляют те случаи, когда исходя из характера деяния очевидно, что по неосторожности оно совершено быть не может (например, есть указание на мотив или цель совершения преступления)².

М. А. Кауфман видит главным недостатком рассматриваемого понятия то, что в нем не отражена специфика судейского усмотрения при наличии пробелов в уголовном праве или, по крайней мере, некоторых их разновидностей. Отмечая существование дискуссии по поводу признаков субъективной стороны, он высказывает предположение, что причина различных подходов к определению формы вины доведения до самоубийства кроется в санкции нормы.

Так, санкция ст. 110 УК РФ предусматривает наказание в виде лишения свободы на срок до пяти лет (преступление средней тяжести). Между тем причинение смерти по неосторожности наказывается на срок до двух лет лишения свободы (т.е. является преступлением небольшой тяжести). Получается, что в случае неосторожного отношения к смерти потерпевшего, который, заметим, сам расстался с жизнью, содеянное представляет большую общественную опасность, чем в случае, когда действия виновного непосредственно приводят к этим последствиям. Скорее всего законодатель, как и в некоторых других случаях, к сожалению, не оговорил в тексте диспозиции ст. 110 УК РФ специально форму вины, в данном случае умышленную. Таким образом, эта норма пробельная, в ней отсутствует необходимое указание на одну единственно возможную форму вины, а именно умысел³.

Современный УК РФ содержит разные варианты применения мер уголовно-правового воздействия к лицу, совершившему преступление, и в этом отношении следует отметить прогрессивность действующего законодательства, выражающееся, например, в применении к лицу, совершившему преступление впервые, небольшой или средней тяжести наказания, не связанного с реальным лишением свободы.

В последние годы гуманизация стала приоритетным направлением уголовной политики, в том числе и судебной. Доказательство тому – увеличивающееся число условных осуждений к такому наказанию, как лишение свободы, в том числе за коррупционные преступления. Заметим, что такие преступления подкреплены довольно строгими санкциями. Среди коррупционных преступлений центральное место занимают взятки. Криминологические и социологические исследования свидетельствуют о том, что данные преступления получили наибольшее распространение⁴.

² См.: Грачева Ю. Возможно ли судейское усмотрение при пробеле в уголовном праве? // Уголовное право. 2010. № 3.

³ См.: Кауфман М. А. Пробелы в уголовном праве и судейское усмотрение. М., 2009. С. 324.

⁴ Концепция национальной безопасности Российской Федерации : утв. Указом Президента РФ от 17 декабря 1997 г. № 1300 в ред. от 10 января 2000 г. № 24 //

Суды наравне с реальным лишением свободы активно применяют условное осуждение к лишению свободы за преступления «Получение взятки» (ст. 290 УК РФ), «Дача взятки» (ст. 291 УК РФ), «Посредничество во взяточничестве» (ст. 291.1 УК РФ), а также штраф и лишение права занимать определенные должности⁵.

Интересным в данном случае является также следующий факт: несмотря на то, что ч. 4 ст. 290 УК РФ относит соответствующее преступление к категории особо тяжких, условное осуждение за его совершение применяется более чем в 50 % случаев⁶.

Следовательно, некоторые авторы считают, что решение проблемы борьбы с коррупционными преступлениями заключается не в ужесточении санкций, а в обеспечении неотвратимости наказания, особенно для высокопоставленных чиновников и иных лиц, принадлежащих к «элитарным» слоям общества (политиков, крупных предпринимателей, лидеров криминальной среды и др.). Примеры их безнаказанности, как ничто другое, деморализуют и развращают представителей иных, более многочисленных, общественных слоев и групп, способствуют повсеместному распространению «низовой» коррупции⁷.

Таким образом, судебная практика следует по пути смягчения мер уголовной репрессии вне зависимости от тяжести совершаемых преступлений и рамок устанавливаемых мер наказания. Правоприменитель при этом определяет, когда и в каких пределах он может назначить тому или иному лицу наказание: назначать это наказание по минимальному или максимальному пределу, применять или не применять наказание условно, назначать ниже низшего предела или нет и т.д., что недопустимо. Закон предоставляет ему полное право решать вопросы, которые в законе должного обоснования так и не нашли. Безусловно, нельзя не согласиться с мнением, что «правосознание судей объективно нельзя унифицировать, поэтому при широком судейском усмотрении в вопросе выбора вида и размера наказания невозможно добиться назначения разными судьями одинаковых или похожих наказаний за одни и те же

Собр. законодательства Рос. Федерации. 2000. № 2. Ст. 176 ; Ежегодное послание Президента РФ Федеральному Собранию «Россия на рубеже эпох (о положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» // Отдельное издание. М., 1999 ; Пояснительная записка к проекту федерального закона «Основы антикоррупционной политики» // Уголовное право. 2001. № 1. С. 97–98 ; Плехова О. А. Уголовная ответственность за злоупотребление и превышение должностных полномочий : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2005. С. 3.

⁵ Отчет о видах наказания по наиболее тяжкому преступлению (без учета сложения) за 12 месяцев 2014 г. Судебный департамент при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=2883> (дата обращения: 12.05.2015).

⁶ См.: Бавсун М. В. Судебное усмотрение при назначении наказания и проблемы его ограничения в УК РФ // Журнал рос. права. 2007. № 9.

⁷ См.: Скобликов П. Уголовная ответственность за коррупцию : условное осуждение // Уголовное право. 2003. № 3. С. 68.

преступления при сходных обстоятельствах дела и характеристиках личности виновного»⁸.

Необходимость нормативного закрепления осуществления судебское усмотрения с применением механизма выбора поведения суда связана с невозможностью законодательного установления определенных границ субъективных прав и обязанностей участников материальных или процессуальных правоотношений. Выбор при осуществлении судебного усмотрения устанавливается, в частности, категориями справедливости, добросовестности, разумности, целесообразности и нравственности. Уголовный закон в силу своего несовершенства порождает судебское усмотрение и способствует формированию противоречивой судебной практики. Но и в этом случае не всегда проявляется судебское усмотрение. Неопределенное толкование способно повлечь более серьезные последствия, чем принятие необоснованного решения в отдельно взятой ситуации. К сожалению, в силу этих обстоятельств подлежат нарушению принципы уголовного права, прежде всего принцип справедливости.

⁸ Бавсун М. В. Указ. соч.

*Институт адвокатуры, нотариата
и международных отношений (г. Махачкала)*

Гитинова М. М., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин, проректор по учебной работе

*E-mail: gitinova_72@list.ru
Тел.: 8-989-658-14-30*

Institute of the Legal Profession, Notaries and International Relations (Makhachkala)

Gitinova M. M., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Law Department

*E-mail: gitinova_72@list.ru
Tel.: 8-989-658-14-30*

УДК 343.13

**ОБЖАЛОВАНИЕ ДЕЙСТВИЙ И РЕШЕНИЙ СУДА
И ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ
УГОЛОВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО:
ПРОБЛЕМЫ НОРМАТИВНОГО ЗАКРЕПЛЕНИЯ,
ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ**

А. Ю. Ключников

*Российская академия народного хозяйства и государственной службы
при Президенте РФ (Липецкий филиал)*

Поступила в редакцию 11 февраля 2015 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы нормативного закрепления и практики применения института обжалования действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство. Раскрываются проблемы границ процессуального контроля, предмета и субъектов обжалования, сроков и процессуальных форм.

Ключевые слова: обжалование, должностное лицо, суд, проверка, постановление.

Abstract: considers the issues concerning with the legislative adjustment and practical application of the institution of appeal actions and decisions of officials in criminal proceedings. The article describes the problems of a procedural control borders, a subject and participants of appeal, procedural terms and forms.

Key words: appeal, official, court, check, decision.

Право на обжалование действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, предусмотрено в ст. 123 УПК РФ (глава 16). По своей правовой природе оно неразрывно связано с конституционным принципом права каждого на судебную защиту нарушенных прав и свобод (ст. 46 Конституции РФ), а правильная его реализация в соответствии с заложенным законодателем смыслом обусловлена международными стандартами правосудия.

Установление двухступенчатого механизма контроля на стадии предварительного расследования (прокурор, руководитель следственного органа – суд) способствует как соблюдению гарантированных принципов производства по уголовному делу (глава 2 УПК РФ), так и надлежащей подготовке дела к последующему судебному разбирательству.

Проблемой правореализации в рассматриваемой сфере является лаконичность формулировок законодателя, разместившего, по сути, самостоятельную процедуру (п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ»¹ (далее – постановление Пленума ВС РФ) в главу, со-

225

¹ О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 УПК РФ : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 (в ред. от 28 января 2014 г.) // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2009. № 4.

стоящую из пяти статей, бланкетность норм, отсылающих, в частности, к абстрактным, оценочным нормам Конституции РФ, отсутствие четкой регламентации вопросов границ, предмета и субъектов обжалования, сроков и процессуальной формы, наличия смежных процессуальных механизмов иных отраслей права.

При этом постановление, выносимое по результатам рассмотрения, должно отвечать процессуальным требованиям законности, мотивированности, обоснованности (ч. 4 ст. 7 УПК РФ). Рассмотрим указанные проблемы.

Прежде всего, сложностью реализации механизма обжалования действий и решений должностных лиц в уголовно-процессуальном порядке выступает существование смежных, близких по правовой природе механизмов производства по делам, вытекающим из публичных правоотношений и искового производства в случаях, когда при оспаривании действия (бездействия) должностного лица возникает спор о праве. В п. 9 постановления Пленума ВС РФ справедливо указано, что правильное определение вида судопроизводства, в котором подлежат защите права и свободы гражданина, юридического лица, не согласных с решением, действием (бездействием) органа государственной власти, органа местного самоуправления, должностного лица, государственного или муниципального служащего, зависит от характера правоотношений, из которых вытекает требование лица, обратившегося за судебной защитой, а не от избранной им формы обращения в суд.

Предмет обжалования в силу ст. 123–125 УПК РФ строго ограничен рамками уголовно-процессуального закона, его досудебной стадией, требованием защиты прав участвующих в уголовном процессе лиц, носящих процессуальный характер. Требования, направленные на защиту имущественных и личных неимущественных отношений, рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства.

Обращает на себя внимание круг субъектов обжалования: ими могут быть участники производства по делу или иные лица в части нарушенных прав и интересов.

Статус участника производства по уголовном делу четко регламентирован нормами раздела II УПК РФ, в частности об объеме предоставляемых прав и возлагаемых обязанностях, о правовых последствиях совершения/несовершения процессуального действия, о возможностях защиты их прав и законных интересов.

Статус иных лиц, имеющих по смыслу ст. 123 УПК РФ охраняемый законом интерес в обжаловании действий (бездействия), решений, законом не регламентирован в принципе, хотя, на наш взгляд, ему необходимо придавать статус заявителя.

Например, можно ли признать лицо, сообщившее об увиденном им преступлении, прямо не затрагивающим его права и законные интересы, заявителем по смыслу главы 16 УПК РФ и признать обоснованным обжалование им постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, вынесенное по его заявлению? В указанном случае заявитель выступает

не в защиту субъективных конституционных прав, а в интересах охраны общества и государства. Однако охрана таких интересов – качество, свойственное должностным лицам, органам власти. На наш взгляд, в законе необходимо указать, что право обжалования процессуальных решений, действий (бездействия) принадлежит лицам, не являющимся участниками производства по уголовному делу только в той части, в которой процессуальные действия, принимаемые процессуальные решения затрагивают их субъективные права и охраняемый законом интерес. Н. А. Колоколов предлагает именовать их лицами, фактически вступившими в уголовный процесс в качестве участников уголовного судопроизводства на стороне обвинения или защиты с учетом сущностных признаков, характеризующих необходимость обеспечения соответствующего права².

В отличие от участников данная категория лиц часто имеет как процессуальный, так и материальный интерес по делу (например, в случае отказа в приеме сообщения залогодателя о краже автомобиля). Ситуация, когда правоприменитель вынужден исходить из фактического правового положения лица без придания ему четкого процессуального статуса, порождает правовую неопределенность, выходит за рамки процедуры, ограничивает право на защиту и обжалование. Имеются и доводы практического характера: законом для данной категории лиц не установлена обязанность должностных лиц разъяснять им права и обязанности, а также ответственность. Изложенное не соответствует ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. о праве на справедливое разбирательство.

Предпосылкой приемлемости жалобы является предварительная оценка степени допущенного нарушения, потребности в восстановлении предполагаемого нарушенного права заявителя, причем проводится она уже на этапе принятия жалобы к производству. Орган, рассматривающий жалобу, не вправе делать выводы о результатах оценки представленных доказательств, однако основывает решение именно на таком эмпирическом материале. В связи с этим согласимся с А. П. Рыжаковым, отметившим, что «...имеется в виду запрет прямого отражения итогов оценки допустимости, достаточности и достоверности доказательств»³. Прокурор, руководитель следственного органа, суд вынуждены лавировать между необходимостью составления мотивированного постановления и специфическими правилами их изложения. С учетом сроков рассмотрения данной категории дел (3 и 5 суток прокурором, руководителем следственного органа и судом соответственно), невозможности в ряде случаев без выяснения позиции сторон установить фактическое нарушение, такой подход нельзя признать правильным.

² См.: Колоколов Н. А. Оперативный судебный контроль в уголовном процессе. М., 2008. С. 217.

³ Комментарий к постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 1 «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» / под ред. А. П. Рыжакова. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Что касается участников со стороны обвинения, необходимо не только руководствоваться исчерпывающим перечнем лиц, указанных в ст. 124–125 УПК РФ, но и устанавливать предоставленные ему по делу полномочия должностного лица (например, принятие следователем дела к производству в соответствии с подп. 2 п. 2 ст. 38 УПК РФ). Сложность заключается в том, что в некоторых случаях такие полномочия могут быть установлены на основании иных, чем УПК РФ, законов, подзаконных актов. Например, если в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия оперативным сотрудником произведено процессуальное действие (обыск, допрос, др.), жалоба в порядке главы 16 УПК РФ допустима.

Для правильного определения границ обжалования необходимо правильно определить предмет обжалования действий и решений. По смыслу УПК РФ, речь идет о двух группах случаев: действия (бездействие) и решения, причиняющие ущерб конституционным правам и свободам, а также способные такой ущерб причинить. Частично разъяснения по данному вопросу даны в постановлении Пленума ВС РФ (п. 2) путем перечисления соответствующих действий (решений). Однако очевидно, что жалоба может быть принята к производству, если условия приемлемости получают индивидуальную оценку. Проблема заключается в том, что любая норма Конституции получает «наполнение» актами Конституционного Суда РФ, законами и подзаконными актами, поэтому в каждом конкретном случае велико усмотрение должностного лица, рассматривающего жалобу. Бремя доказывания нарушения лежит на заявителе.

Законодательно не определены и пределы правомочий субъекта, компетентного рассматривать жалобу, однако толкование ст. 124–125 УПК РФ позволяет прийти к выводу, что они ограничиваются констатацией факта нарушения или его отсутствия. При этом анализ таких фактов и обстоятельств часто неразрывно связан с исследованием конкретных действий дознавателя, следователя, руководителя следственного органа, прокурора по квалификации деяния, сбору доказательств, применению меры пресечения. Прокурор, руководитель следственного органа, суд при рассмотрении жалобы не вправе вмешиваться в процессуальную деятельность следственных органов. Функцию стороны обвинения в уголовном процессе выполняют уполномоченные на то должностные лица, к которым при рассмотрении дел в порядке ст. 124–125 УПК РФ названные должностные лица не отнесены. Кроме того, вопросы квалификации деяния, оценки доказательств впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу. Если прокурор, руководитель следственного органа, суд затрагивают данные вопросы на досудебной стадии, они приобретают преюдиционное значение, при этом могут не соответствовать впоследствии собранным доказательствам и объему обвинения. Тем самым нарушается принцип состязательности уголовного процесса (ст. 15 УПК РФ).

Соответственно постановления, содержащие в резолютивной части выводы о принятии процессуального решения, об отмене или признании несоответствующим закону конкретного следственного действия или о

необходимости проведения его в ином порядке, о квалификации деяния, следует признавать не соответствующими требованиям главы 16 УПК РФ. Прокурор, руководитель следственного органа, суд вправе лишь признать постановление, действие (бездействие) либо решение законным (незаконным) и/или обоснованным (необоснованным).

Необходимо четко представлять круг тех постановлений, в которых отражены обжалуемые решения, действия (бездействие) должностных лиц. Условно их можно классифицировать по следующим основаниям:

1) постановления, препятствующие дальнейшему движению уголовного дела: об отказе в возбуждении уголовного дела; о возбуждении уголовного дела в отношении конкретного лица; о прекращении уголовного дела; об отмене постановления следователя о прекращении уголовного дела и возобновлении производства по делу прокурором; о приостановлении производства по уголовному делу и продлению срока предварительного расследования;

2) иные решения, действия, касающиеся отдельных процессуальных действий: избрания меры пресечения, мер принуждения за исключением судебных; причиняющие ущерб конституционным правам, закрепленным в УПК РФ (отказ в предоставлении материалов, копий документов, необходимых стороне защиты); отказ в удовлетворении или удовлетворение ходатайств (о проведении очных ставок, о приобщении материалов, о признании недопустимыми доказательств, о проведении экспертизы, иные); следственные действия, произведенные с нарушением закона;

3) действия, решения, способные причинить ущерб конституционным правам и свободам участников уголовного судопроизводства либо затруднить доступ граждан к правосудию (например, осмотр жилища, обыск, выемка допустимы только по решению суда, однако в случаях, не терпящих отлагательства, такое решение может быть получено после проведения, если будет признано законным). Если же суд признает указанные процессуальные действия проведенными с нарушением процессуального закона, причиняющими ущерб конституционным правам, свободам участников производства по уголовному делу, либо затрудняющими доступ граждан к правосудию, они могут быть обжалованы в порядке ст. 125 УПК РФ.

Определенную проблему составляет возможность обжалования отказа в удовлетворении ходатайства потерпевшего о переквалификации действий обвиняемого на статью, предусматривающую иное, более тяжкое наказание. В указанном случае единственная возможность обжалования презюмируется в стадии предварительного расследования, поскольку УПК РФ не предоставляет суду возможности вернуть дело прокурору для пересоставления обвинительного заключения на более тяжкую статью. В некоторой степени дисбаланс был устранен введением в ч. 1 ст. 237 УПК РФ п. 6, позволяющего суду возвращать дело прокурору, когда изложенные в обвинительном заключении фактические обстоятельства свидетельствуют о наличии в действиях обвиняемого признаков более тяжкого преступления.

Как разъяснено в п. 4 постановления Конституционного Суда РФ от 2 июля 2013 г. № 16-П⁴, суд в этих случаях не подменяет сторону обвинения, а лишь указывает на процессуальные нарушения, ущемляющие права участников уголовного судопроизводства, требуя их восстановления.

Несмотря на то что глава 16 УПК РФ не помещена в часть вторую УПК РФ, касающуюся досудебного производства, она распространяется только на стадию предварительного расследования. Соответственно, если обвинительное заключение утверждено прокурором, а уголовное дело направлено в суд, правовые основания для обжалования действий (бездействия) и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, отсутствуют.

Данный подход представляется правильным, поскольку положительный результат рассмотренной жалобы должен влечь процессуальные последствия для заявителя в виде устранения допущенного нарушения, восстановления нарушенного права. Если же уголовное дело направлено в суд первой инстанции для рассмотрения по существу, то обжалование решений, действий (бездействия) должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство на стадии предварительного расследования, не приведет к каким-либо правовым последствиям.

Если же перенести возможность рассмотрения таких жалоб на более поздние стадии судопроизводства, суд будет оперировать исследованными фактами и предрешенными вопросами права, подменяя суды апелляционной, кассационной и надзорной инстанциями, включая те действия и решения, которые нижестоящие суды не положили в основу итогового решения по делу либо отнесли к ним индифферентно. На практике это означало бы осуществление смежной уголовно-правовой процедуры. Подобный подход нарушал бы общепризнанный принцип двухинстанционного производства для решений, не вступивших в законную силу, нивелировал модель «полной апелляции» по уголовным делам.

Соответственно контрольные полномочия обусловлены моментом проведения следственных действий вплоть до направления уголовного дела для рассмотрения по существу в суд с учетом сроков давности привлечения к уголовной ответственности за преступление.

На практике некоторую сложность представляет и объем контрольных полномочий субъектов, компетентных рассматривать жалобы в порядке главы 16 УПК РФ. Например, заявитель обжалует постановление о возбуждении или об отказе в возбуждении уголовного дела. Так, следователь, руководитель следственного органа, дознаватель, орган дознания обязаны принять, проверить сообщение о любом совершенном или готовящемся преступлении, в пределах компетенции, установленной УПК РФ, принять по нему решение не позднее трех суток со дня

⁴ По делу о проверке конституционности положений ч. 1 ст. 237 УПК РФ в связи с жалобой гражданина Республики Узбекистан Б.Т. Гадаева и запросом Курганского областного суда : постановление Конституционного Суда РФ от 2 июля 2013 г. № 16-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 28. Ст. 3881.

поступления сообщения (ч. 1 ст. 144 УПК РФ), после возбуждения дела самостоятельно направлять ход расследования. При этом руководитель следственного органа назван в качестве субъекта пересмотра (ст. 124 УПК РФ), а прокурор, суд не названы в числе субъектов, компетентных инициировать предварительное расследование. Вместе с тем они компетентны лишь проверять законность возбуждения уголовного дела по формальным признакам применительно к форме, содержанию постановления, ни при каких обстоятельствах не затрагивая вопросов, которые будут предметом исследования в ходе рассмотрения дела по существу и при вынесении приговора.

Очевидным пробелом уголовно-процессуального законодательства является отсутствие регламентации порядка рассмотрения жалоб, требований к их содержанию и форме. Жалоба, составленная в произвольной форме, может породить «эффект бумеранга». Если в ней не указано места жительства подателя жалобы, рассматривающий дело орган не сможет направить ему изготовленное по делу постановление; если не указаны наименование должностного лица, суда, куда жалоба подается, сведения о наличии уже поданных по аналогичному основанию жалоб (например, сначала прокурору, затем в суд), возникнет неопределенность в соблюдении прав участников (например, о праве на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, на защиту личности от незаконного и необоснованного ограничения ее прав и свобод), в стабильности производства по делу, поскольку жалоба может одновременно рассматриваться несколькими процессуальными органами.

Правоприменителю, не имеющему возможности отказать в приеме жалобы по основаниям несоблюдения формы, содержания, приходится восполнять недостатки путем вызова заинтересованных лиц (субъекты, указанные в ст. 124 УПК РФ), а последним – излагать существенные для правильного рассмотрения дела обстоятельства уже в процессе рассмотрения жалобы. Должностное лицо, суд вынуждены принимать решение «по факту», без подготовки. Как отмечает В. М. Лебедев, «судья, иные участники обязаны хорошо знать поступившие материалы. Иное не позволит качественно выполнять свои профессиональные обязанности, поскольку решение необходимо принимать с учетом всей имеющейся информации»⁵. В результате руководитель следственного органа, прокурор, суд вынуждены исходить из общих начал уголовного процесса.

Однако если при приеме жалобы очевидно, что действие (бездействие), решение заведомо не входят в предмет обжалования в соответствии с главой 16 УПК РФ, процессуальный интерес субъекта обжало-

⁵ Практика применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Актуальные вопросы судебной практики, рекомендации судей Верховного Суда РФ по применению уголовно-процессуального законодательства на основе новейшей судебной практики / под ред. В. М. Лебедева. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2013. С. 214.

вания явно выходит за пределы такого предмета, либо такое действие (бездействие), решение на момент поступления в суд рассмотрены по существу прокурором или иным судом с соблюдением правил подсудности (ч. 1 ст. 125 УПК РФ), в приеме жалобы можно отказать.

В связи со сложностью фактических и правовых отношений субъектов уголовного процесса, необходимостью уточнения обстоятельств предполагаемого нарушения прав и свобод, доводов заявителя на практике далеко не всегда удается сразу установить наличие или отсутствие ущерба конституционным правам заинтересованного лица. В законе даже минимальные критерии допустимости жалобы отсутствуют, и нередко первоначально не в полном объеме обоснованные, но по факту содержащие нарушения прав материалы остаются за рамками рассмотрения, а жалобы, содержащие много фактических обстоятельств с мнимыми нарушениями, не охраняемыми правом, выносятся на рассмотрение с вынесением постановления о прекращении производства по жалобе. В связи с этим актуально крылатое выражение М. Лютера: «Не получится ли так, что вместе с водой вдруг выплеснем и ребенка. Не лучше ли сначала взвесить все «за» и «против»?»⁶.

При этом заявитель не вправе обжаловать постановления о прекращении производства по жалобе по мотиву несоответствия ее процессуальным решениям ч. 5 ст. 125 УПК РФ. В рассматриваемом случае жалоба не рассматривалась по существу, не была предметом исследования на соответствие предмету обжалования и закону. Таким образом, законный интерес в защите нарушенных конституционных прав не всегда может быть должным образом защищен.

Применительно к решениям по жалобе закон устанавливает разные требования для разных субъектов обжалования. Так, по результатам рассмотрения жалобы прокурор, руководитель следственного органа выносит постановление о полном или частичном удовлетворении жалобы либо об отказе в ее удовлетворении (ч. 2 ст. 124 УПК РФ), а суд – о признании действия (бездействия) или решения соответствующего должностного лица незаконным или необоснованным и о его обязанности устранить допущенное нарушение, или об оставлении жалобы без удовлетворения (ч. 5 ст. 125 УПК РФ). Не совсем ясно, почему в данном случае эквивалентные по предмету административный и судебный порядок различается видами итоговых решений. Как представляется, судам необходимо также предоставлять полномочия на признание действия (бездействия) или решения должностного лица незаконным или необоснованным в части отдельных нарушений прав и свобод, причиняющих или способных причинить ущерб конституционным правам. Нередко суд исследует цепочку нарушений, которые не находятся в причинно-следственной связи друг с другом или логическом единстве, когда нарушается несколько конституционных прав граждан и юри-

⁶ Цит. по: *Душенко К. В.* Словарь современных цитат. 4-е изд., испр. и доп. М., 2006. С. 78.

дических лиц. С формальной точки зрения суд, давая оценку доводам жалобы, некоторые из решений, действий может признать законными и обоснованными.

Такие выводы должны соответствовать фактическим обстоятельствам дела, исследованным доказательствам и доводам участников судебного заседания, констатировать нарушение уголовно-процессуального закона.

В соответствии с ч. 1 ст. 125 УПК РФ жалоба на решение, действие (бездействие) должностных лиц может быть подана в районный суд по месту производства предварительного расследования (территориальная подсудность). Для правильного ее определения заявитель должен правильно указать, а суд – проверить место производства предварительного расследования. По общему правилу предварительное расследование производится по месту совершения деяния, содержащего признаки преступления (ч. 1 ст. 152 УПК РФ).

Однако уголовный процесс складывается из последовательно сменяющихся друг друга этапов и стадий. Стадия предварительного расследования существует в двух формах: дознания и предварительного следствия, при этом включает этап с момента обнаружения признаков преступления, завершающегося вынесением постановления о возбуждении уголовного дела (ст. 140–149 УПК РФ). Из этого следует, что подсудность может определяться и по-другому, исходя из указания на место совершения (обнаружения) преступления в постановлении о возбуждении дела. Заявитель может либо не учесть данное обстоятельство, либо вовсе не иметь копии такого постановления, которое придется дополнительно запрашивать в случае отказа судом в рассмотрении жалобы.

Рассмотрение жалобы производится в срок не позднее трех суток прокурором, руководителем следственного органа, и не позднее пяти суток – судом. Срок является пресекательным, поскольку ч. 2 ст. 6.1 УПК РФ уголовное судопроизводство осуществляется в сроки, установленные УПК РФ, и такой срок презюмируется разумным по смыслу п. 1 ст. 6.1 УПК РФ. «Организационные трудности» органов дознания, следствия, прокуратуры и суда в расчет не принимаются.

Вместе с тем надлежащее рассмотрение жалоб предполагает необходимость извещения участников о времени и месте слушаний, сбор дополнительных процессуальных документов, в том числе сторонами, выяснение обстоятельств рассматриваемого дела, которые могут потребовать отложения рассмотрения. Ходатайства об отложении рассмотрения могут заявляться и самими участниками по объективным (болезнь, командировка) и субъективным причинам (сбор доказательств при их несвоевременном предоставлении, ознакомление с жалобой). Думается, такой срок неприемлем как для органов и должностных лиц, рассматривающих жалобы, так и для сторон. В связи с этим необходимо законодательно закрепить правило о возможности продления указанного срока при наличии обстоятельств, препятствующих своевременному и, главное, надлежащему рассмотрению материалов дела.

С вопросом о сроках неразрывно связан вопрос о возможности приостановления обжалуемого действия (бездействия) или решения (ч. 7 ст. 125 УПК РФ). По общему правилу подача жалобы не приостанавливает производство обжалуемого процессуального действия и исполнение обжалуемого решения, однако орган дознания, дознаватель, следователь, руководитель следственного органа, прокурор или судья вправе сделать это по собственной инициативе. Недостатком закона в этой части является отсутствие хотя бы формального перечня таких нарушений или ссылки на заведомую незаконность и необоснованность процессуального действия.

Итак, уголовно-процессуальный институт обжалования действий и решений должностных лиц, осуществляющих уголовное судопроизводство, является действенным средством контроля за производством предварительного расследования. Однако на практике его эффективность нередко поставлена под угрозу недостаточным нормативно-правовым регулированием, излишней бланкетностью, оценочными категориями и понятиями. УПК РФ, действующие постановления Пленума Верховного Суда РФ недостаточно регламентируют и раскрывают вопросы границ процессуального контроля, предмета и субъектов обжалования, сроков и процессуальных форм института обжалования в порядке главы 16 УПК РФ. Надлежащая защита нарушенных или поставленных под угрозу нарушения конституционных прав и свобод граждан, юридических лиц требует незамедлительного законодательного их разрешения.

Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Липецкий филиал)

Ключников А. Ю., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: andrew19871961@mail.ru

Tel.: 8-904-292-62-96

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Lipetsk Affiliated Branch)

Klyuchnikov A. Yu., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law and Process Department

E-mail: andrew19871961@mail.ru

Tel.: 8-904-292-62-96

**КРИТЕРИИ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ
НАКАЗАНИЯ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ,
СОВЕРШЕННЫЕ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМИ***

В. Н. Воронин

*Московский государственный юридический университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА)*

Поступила в редакцию 20 января 2016 г.

Аннотация: *приводится уголовно-правовой анализ специальных критериев индивидуализации наказания за преступления, совершенные несовершеннолетними, в качестве которых ч. 1 ст. 89 УК РФ выделяет: 1) условия жизни и воспитания несовершеннолетнего; 2) уровень его психического развития и иные особенности личности; 3) влияние на него старших по возрасту лиц. На основе анализа обширных материалов судебной практики, результатов опроса судей, а также теоретических взглядов по исследуемому вопросу автором выявлены факторы, оказывающие влияние посредством изучаемых критериев индивидуализации на меру наказания, а также предложены законодательные изменения формулировок данных критериев и рекомендации для судов по их учету с целью упорядочить судебную практику.*

Ключевые слова: *назначение наказания, индивидуализация наказания, специальные критерии индивидуализации, несовершеннолетний, уровень жизни и воспитания.*

Abstract: *the article presents the criminal-legal analysis of specific criteria of individualization of punishment for crimes committed by minors, which (paragraph 1 of article 89 of the criminal code) distinguishes: 1) the living conditions and upbringing of the juvenile; 2) the level of his mental development and other personal characteristics; 3) the influence on him by older persons. Based on the analysis of extensive materials of judicial practice, the results of a survey of judges, as well as theoretical views on the subject, the author identified factors, influencing through the studied criteria of individualization of the punishment, as well as proposed legislative changes to the wording of these criteria and recommendations for ships on their account, in order to streamline the judicial practice.*

Key words: *sentencing, individualization of punishment, the special criteria for the individualization of minors, the standard of living and education.*

В социальном плане достаточно важна индивидуализация наказания несовершеннолетним. Если взглянуть на данные официальной криминальной статистики за январь–ноябрь 2015 г., то каждое 21-е преступление (4,8 %) совершается несовершеннолетними или при их участии¹.

* Работа проводилась при финансовой поддержке Министерства образования и науки в рамках проектной части государственного задания на выполнение НИР по проекту 1503.

¹ Краткая характеристика состояния преступности в Российской Федерации, в том числе в Крымском федеральном округе за январь – ноябрь 2015 года // Официальный сайт МВД РФ. URL: <https://mvd.ru/folder/101762/item/6917617/> (дата обращения: 29.12.2015).

Согласно статистическим данным, объем карательных мер, которым подверглись несовершеннолетние преступники, следующий: за I полугодие 2015 г. осуждено 11 766 несовершеннолетних, что составляет 3 % от числа всех осужденных за этот период. К осужденным несовершеннолетним (87,7 %) применялся тот или иной вид наказания: к лишению свободы осуждено 1885 (18,7 %) несовершеннолетних, из них большинство 524 (27 %) осуждены на срок от 3 до 5 лет включительно. Причем почти к половине несовершеннолетних (4655, 46 %) было применено условное осуждение. Обязательные работы были назначены 1127 (11 %) несовершеннолетним; штраф 747 (7 %), ограничение свободы – 192 (2 %), исправительные работы – 118 (1 %). Освобождено от наказания по различным основаниям 1246 (12,3 %) несовершеннолетних². Таким образом, основным видом уголовно-правового воздействия на несовершеннолетних, совершивших преступление, остается уголовное наказание. Несмотря на гуманизм и ограничение применения лишения свободы, данный вид наказания назначается реально гораздо чаще других наказаний, не связанных с изоляцией от общества, при этом основной мерой уголовно-правового воздействия все же остается условное неприменение лишения свободы. Правильная индивидуализация назначенного наказания в подобной ситуации крайне важна.

Часть 1 ст. 89 УК РФ содержит императивное правило об обязанности суда учитывать как единые для всех общие и специальные критерии, так и: 1) условия жизни и воспитания несовершеннолетнего; 2) уровень его психического развития и иные особенности личности; 3) влияние на него старших по возрасту лиц. Указанные обстоятельства предлагаем также считать специальными критериями ограниченного применения при индивидуализации наказания, поскольку их использование ограничено возрастом лица, совершившего преступление. С наличием этих обстоятельств можно связать тот факт, что индивидуализация наказания несовершеннолетним является наиболее сложным процессом: суд последовательно применяет три группы правил назначения наказания: общие начала назначения наказания, специальные начала (при необходимости) и специальные критерии ограниченного применения, которые воплощают особенности назначения наказания несовершеннолетним.

В соответствии с правилами каждой группы должна быть произведена индивидуализация, проходящая также в три этапа, каждый из которых имеет свою группу критериев. При всей сложности процесса индивидуализации в отношении несовершеннолетних при опросе судей не выявлено особых проблем с пониманием критериев такой индивидуализации. Почти все опрошенные (94,0 %) посчитали достаточными критерии, указанные в ч. 1 ст. 89 УК РФ, остальные респонденты затруднились с отве-

² Отчет об осужденных, совершивших преступления в несовершеннолетнем возрасте за 6 месяцев 2014 г. // Официальный сайт Судебного департамента при ВС РФ. URL: http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2015/f_10_3_svod_1-2015.xls (дата обращения: 29.12.2015).

том на данный вопрос. По мнению Т. Г. Понятовской, суды не исполняют своей обязанности учитывать по делам о преступлениях несовершеннолетних дополнительные обстоятельства, хотя формальные ссылки на них в обвинительных приговорах делают³. Однако если сравнивать учет судами иных специальных критериев с учетом критериев, которые используются для индивидуализации наказания несовершеннолетним, то здесь картина более позитивная, поскольку в судебной практике можно отыскать приговоры несовершеннолетним, в которых проведено исследование всех необходимых обстоятельств и прослеживается их влияние на меру наказания. Так, в приговоре в отношении несовершеннолетнего А. (ч. 1 ст. 158 УК РФ) суд указал, что А. проживает вместе с матерью, братом, сестрой и ее ребенком в трехкомнатной квартире. Санитарное состояние квартиры удовлетворительное. Взаимоотношения в семье доверительные, доброжелательные, преобладает взаимопонимание и поддержка во всем. Семья малообеспеченная. Мать А. склонна к употреблению спиртных напитков, на учете у врача-нарколога и врача-психиатра не состоит, не работает. Жалоб на А. со стороны соседей, родственников не имелось. А. является получателем пенсии по случаю потери кормильца и состоит на учете у врача-психиатра. По заключению комиссии во время совершения преступления он мог в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий и руководить ими⁴. В данном случае суд подробно исследовал все необходимые обстоятельства, отразил их в приговоре и с учетом этих критериев назначил наказание в виде шести месяцев исправительных работ.

В науке уголовного права вопросы индивидуализации наказания несовершеннолетним освещены довольно подробно: еще в работах советского периода сделаны важные выводы по исследуемому вопросу, в частности М. М. Бабаевым⁵; отметим также современные диссертационные исследования Е. Г. Арефинкиной⁶ и А. О. Долматова⁷. В силу разработанности вопросов о критериях индивидуализации наказания несовершеннолетним названные авторы считают необходимым остановиться на следующем: критерии, перечисленные в ч. 1 ст. 89 УК РФ, являются не чем иным, как развитием такого общего критерия индивидуализации,

³ Цит. по: Уголовно-правовое воздействие / Г. А. Есаков [и др.] ; под ред. А. И. Рарога. М., 2012. С. 210.

⁴ Приговор Коряжемского городского суда Архангельской области от 28 декабря 2012 года по делу № 1-154 // Росправосудие. URL: <https://rospravosudie.com/court-koryazhenskij-gorodskoj-sud-arxangelskaya-oblast-s/act-107248292/> (дата обращения: 29.12.2015).

⁵ См.: Бабаев М. М. Индивидуализация наказания несовершеннолетних. М., 1968.

⁶ См.: Арефинкина Е. Г. Индивидуализация назначения наказания несовершеннолетним : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.

⁷ См.: Долматов А. О. Специальные обстоятельства, подлежащие особому учету при назначении уголовного наказания несовершеннолетним : дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 2014.

как «личность виновного». И это согласуется с позицией судебной практики: согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» правосудие в отношении несовершеннолетних правонарушителей должно быть направлено на то, чтобы применяемые к ним меры воздействия обеспечивали максимально индивидуальный подход к исследованию обстоятельств совершенного деяния и были соизмеримы как с особенностями их личности, так и с обстоятельствами совершенного деяния⁸. Несомненно, учет личности несовершеннолетнего преступника должен быть более глубоким, т.е. суд должен исследовать большее число обстоятельств, а именно: условия жизни и воспитания несовершеннолетнего, уровень его психического развития и иные особенности личности. Что касается учета влияния на несовершеннолетнего старших по возрасту лиц, то в этом случае учет личности несколько шире, чем при применении общего критерия, так как для того чтобы учесть влияние старших лиц, сначала нужно исследовать личность этих людей. Не менее важен здесь и способ влияния: если суд установит, что имели место угрозы или иное воздействие на несовершеннолетнего, наказание, несомненно, должно быть снижено.

Условия жизни и воспитания несовершеннолетнего должны учитываться судом обязательно, и основным здесь будет анализ факторов, которые объективно затрудняют воспитание ребенка (жилищные и материальные проблемы, неполная семья). Согласимся с Е. Г. Арефинкиной, что не внешние, объективные проблемы и трудности, а субъективные факторы внутрисемейной жизни имеют криминогенное значение⁹. А. О. Долматов выделяет обстоятельства, характеризующие положительное воздействие на несовершеннолетнего в семье, к которым относит, например, наличие положительных эмоциональных контактов между детьми и родителями, положительное и ответственное отношение родителей к процессу воспитания. В случае преобладания этих положительных обстоятельств при выборе вида уголовного наказания следует исходить из целесообразности назначения таких видов, которые не предполагают изъятия несовершеннолетнего из семейного окружения, т.е. наказаний, альтернативных лишению свободы, а также целесообразности применения принудительных мер воспитательного воздействия, связанных с оставлением несовершеннолетнего в семье¹⁰. Более предпочтительной является позиция, в соответствии с которой суд должен учитывать только негативные факторы, характеризующие личность несовершеннолетнего, и при их наличии наказание должно быть снижено. Подобный вывод следует из всей гуманной направленности уголовной политики в отноше-

⁸ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 4.

⁹ См.: Арефинкина Е. Г. Указ. соч. С. 123.

¹⁰ См.: Долматов А. О. Специальные обстоятельства, подлежащие особому учету при назначении уголовного наказания несовершеннолетним. С.77.

нии несовершеннолетних. При этом учет факторов, перечисленных в ч. 1 ст. 89 УК РФ, относится только к наказанию и не может быть основанием для применения принудительных мер воспитательного воздействия, поскольку положения данной статьи суд использует только тогда, когда уже решил реализовать уголовную ответственность несовершеннолетнего именно в форме наказания. Наказание является также средством исправления несовершеннолетнего и применяется в соответствии с установленными законом целями, оно не может преследовать цели ограждения несовершеннолетнего от негативной социальной среды еще и путем изоляции последнего.

Что касается *уровня психического развития несовершеннолетнего*, то возможность учета данного фактора при назначении наказания представляется проблематичной. Несомненно, имеет место тот факт, что несовершеннолетние, обладая одинаковым календарным возрастом, могут отличаться друг от друга по уровню психического развития. В связи с этим Е. Г. Арефинкина отмечает, что важным моментом в защите ребенка от объективного вменения стало введение в ст. 20 УК РФ ч. 3, позволяющей не привлекать несовершеннолетнего к уголовной ответственности вследствие отставания в психическом развитии, даже по достижении им соответствующего возраста¹¹. Отставание в психическом развитии или так называемая «возрастная невменяемость» влияет на возможность быть субъектом преступления, а именно на возможность осознавать в полной мере общественную опасность своих действий. Следовательно, при установлении у несовершеннолетнего «возрастной невменяемости» будет отсутствовать субъект преступления как обязательный элемент состава преступления, и о реализации уголовной ответственности вообще не может идти речи, поскольку формально не будет и самого преступления. В подобном случае неудачной кажется формулировка об учете именно уровня психического развития на этапе назначения наказания, так как уровень предполагает определенную градацию, сравнение, выявление степени различия. Более удачной формулировкой была бы следующая редакция: «учет особенностей психического развития», тем более что эти особенности суд мог бы принять во внимание при применении ч. 7 ст. 88 УК РФ, давая указание органу, исполняющему наказание, учесть последние уже при индивидуальном подходе при исполнении наказания.

Итак, законодательная формулировка критериев индивидуализации наказания, назначаемого несовершеннолетним, представляется сложной для правоприменения в силу наличия оценочных неправовых категорий. Авторы, изучавшие судебную практику, единодушно приходят к выводу о формальном подходе судов к учету данных обстоятельств¹². Можно также отметить, что индивидуализация наказания даже при должном учете

¹¹ См.: Арефинкина Е. Г. Указ. соч. С. 119.

¹² См.: Долматов А. О. Особенности назначения уголовного наказания несовершеннолетним (анализ практики) // Вестник Томского гос. ун-та. Серия: Право. 2012. № 3(5); Ашин А. А. Наказание несовершеннолетних за хищение чужого имущества (закон, теория и практика) / отв. ред. А. И. Чучаев. Владимир, 2004. С. 137.

обстоятельств, указанных в законе, возможна только односторонняя – это означает, что при установлении наличия отрицательного влияния исследованных выше обстоятельств на личность несовершеннолетнего преступника суды должны смягчать наказание, что же делать при установлении отсутствия их влияния – непонятно. Вряд ли можно согласиться с тем, что при отсутствии негативного влияния со стороны взрослых, при условии проживания в полной, обеспеченной семье и нормальном или даже опережающем уровне психического развития наказание несовершеннолетнему должно быть выше при прочих одинаковых обстоятельствах. Сравнительно новое постановление Пленума Верховного Суда РФ ограничилось также лишь сухим пересказом критериев, указанных в законе, не дав рекомендаций по их учету, не осуществив их толкования.

Для избежания формального подхода к индивидуализации наказания несовершеннолетним необходимо пересмотреть состав критериев индивидуализации их наказания, а именно: изменить некоторые формулировки, выработать дополнительные критерии, а также закрепить рекомендации по их учету на уровне постановления Пленума Верховного Суда РФ. К примеру, необходимо учитывать данные о составе семьи несовершеннолетнего, в частности полноту семьи, наличие бабушек/дедушек, наличие других детей, учитывать, кто именно в семье занимается воспитанием ребенка, у кого с ним наиболее близкий психологический контакт. Следует учитывать время, которое уделяется воспитанию ребенка, а также характеристику личности родителей и иных членов семьи, занимающихся воспитанием. В случае если ребенок проживает в неполной семье, если его родители находятся в разводе – суду нужно выяснять, как данный факт повлиял на личность ребенка. Естественно, суд должен обращать внимание и на бытовые условия в семье несовершеннолетнего. Множество факторов, влияющих на формирование личности несовершеннолетнего, связаны с местом обучения, в первую очередь со школой, поэтому нужно учитывать отношения, складывающиеся между несовершеннолетним и его сверстниками в рамках класса и всей школы, а также обращать внимание на круг общения несовершеннолетнего, на характеристику личности его сверстников.

Таким образом, только при должном, полном и всестороннем учете факторов, влияющих на формирование личности несовершеннолетнего преступника, можно говорить о том, что индивидуализация наказания несовершеннолетнему состоялась.

Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

Воронин В. Н., кандидат юридических наук, преподаватель кафедры уголовного права

E-mail: voronin@zakon.ru

Тел.: 8-925-531-63-35

Moscow State Law University named after O. E. Kutafin

Voronin V. N., Candidate of Legal Sciences, Lecturer of the Criminal Law Department

E-mail: voronin@zakon.ru

Tel.: 8-925-531-63-35

ОСНОВАНИЯ ПОЯВЛЕНИЯ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ ЛИЦА, ВЫДАЧА КОТОРОГО ЗАПРАШИВАЕТСЯ ДЛЯ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ

А. А. Насонов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 27 октября 2015 г.

Аннотация: проанализированы особенности правовой регламентации указанных оснований в УПК РФ; теоретически соотнесено содержание понятий «основания», «повод», «условия»; сопоставлены две системы оснований: система оснований выдачи лица для уголовного преследования и система оснований появления в российском уголовном процессе лица, выдача которого запрашивается для уголовного преследования.

Ключевые слова: лицо, выдача которого запрашивается; основания появления лица, выдача которого запрашивается; основания выдачи лица для уголовного преследования; запрос о выдаче лица для уголовного преследования; международные договоры; национальное законодательство; принцип взаимности.

Abstract: article is devoted studying of the bases of occurrence in the Russian criminal trial of the person which delivery is requested for criminal prosecution. Features of a legal regulation of the specified bases in УПК the Russian Federation are analysed; the maintenance of concepts of «basis», «occasion», «conditions» is theoretically correlated; two systems of the bases are compared: system of the bases of delivery of the person for criminal prosecution and system of the bases of occurrence in the Russian criminal trial of the person which delivery is requested for criminal prosecution.

Key words: the person which delivery is requested; the bases of occurrence of the person which delivery is requested; the bases of delivery of the person for criminal prosecution; inquiry about delivery of the person for criminal prosecution; the international contracts; the national legislation; a reciprocity principle.

Лицо, в отношении которого поступает запрос иностранного государства о выдаче для уголовного преследования, в литературе именуется по-разному. Одни авторы называют его запрашиваемым лицом¹; другие – лицом, совершившим преступление против запрашивающего государства²; третьи – лицом, подлежащим выдаче³, или лицом, подлежащим

¹ См.: Косарева А. Е. Выдача лица для уголовного преследования или исполнения приговора в российском уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 10.

² См.: Джигирь А. И. Институт выдачи лиц, совершивших преступление : проблемы уголовно-правовой регламентации : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2009. С. 9.

³ См.: Шурухнова Д. Н. Выдача, передача и выдворение лиц в отношении государств : права, законные интересы и их гарантии : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 9.

экстрадиции⁴. Нет единого названия данному субъекту и в зарубежном уголовно-процессуальном законодательстве. Так, УПК Украины именуется его лицом, в отношении которого рассматривается вопрос о выдаче в иностранное государство (ст. 581); УПК Республики Беларусь – лицом, задержанным либо к которому применена мера пресечения на основании решения об исполнении просьбы органа иностранного государства либо в связи с нахождением в международном розыске с целью выдачи (п. 9 ст. 6, ст. 507); в УПК Азербайджанской Республики – лицом, запрошенным для выдачи (ст. 496).

УПК РФ наряду с понятиями «лицо, в отношении которого принято решение о выдаче» (ч. 2 ст. 463); «выдаваемое лицо» (ст. 467) использует и более общие понятия – «лицо, в отношении которого направлен запрос о выдаче» (ч. 4 ст. 460, ч. 3 ст. 462), «лицо, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче» (ч. 1 ст. 464).

Действительно, любое из приведенных понятий напрямую связано с таким обстоятельством, как наличие запроса о выдаче лица для уголовного преследования. Поэтому закономерен вывод о том, что несмотря на различие в названиях, речь идет об одном понятийном ряде, адресованном лицу, в отношении которого поступает запрос иностранного государства о выдаче для уголовного преследования.

Нельзя не заметить, что все подходы к названию рассматриваемого субъекта объединяет обращение к нему как к лицу. Последнее используется в тексте УПК РФ главным образом для определения других понятий, например: подозреваемого (ч. 1 ст. 46), обвиняемого (ч. 1 ст. 47), защитника (ч. 1 ст. 49), потерпевшего (ч. 1 ст. 42), гражданского ответчика (ч. 1 ст. 54), свидетель (ч. 1 ст. 56), эксперт (ч. 1 ст. 57), специалист (ч. 1 ст. 49), переводчик (ч. 1 ст. 59), прокурор (ч. 1 ст. 37), следователь (ч. 1 ст. 38) и т.д. Как видно, все эти понятия стоят в одном ряду, а именно – в ряду участников уголовного судопроизводства. Очевидно, что любой участник уголовного судопроизводства является лицом, но не любое лицо является таким участником.

Относится ли к участникам уголовного судопроизводства лицо, в отношении которого поступает запрос о выдаче для уголовного преследования? Учитывая, что выдача лица для уголовного преследования является одной из разновидностей международной правовой помощи по уголовным делам, необходимо выяснить более общий вопрос: предусматривается ли в качестве субъекта правовой помощи личность в процессе ее оказания на международном уровне. П. В. Фадеев, проводя исследования в этой области, приходит к выводу о том, что личность в процессе оказания правовой помощи на международном уровне не предусматривается в качестве субъекта этой помощи⁵. По-иному на данную проблему смотрит

⁴ См.: *Марченко А. В.* Международное сотрудничество в уголовном процессе по выдаче преступников : правовое регулирование и практика : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 12.

⁵ См.: *Фадеев П. В.* Теоретические основы правовой помощи участникам уголовного судопроизводства / под ред. О. А. Зайцева. М., 2014. С. 32.

Р. С. Тамаев, обращая внимание на то, что целью международной правовой помощи является защита конституционных прав и свобод личности, полагает, что «субъектами международной правовой помощи в сфере уголовного процесса являются предусмотренные законом государственные органы и должностные лица, осуществляющие уголовное судопроизводство, а также принимающие в нем участие физические и юридические лица, полномочные выполнять определенные уголовно-процессуальные функции или участвовать в их реализации, наделенные соответствующими правами и обязанностями, вступающие в уголовно-процессуальные отношения друг с другом»⁶.

Полагаем, что отрицать участие конкретного физического лица в уголовно-процессуальных отношениях, возникающих в связи с оказанием международной правовой помощи, разновидностью которой является выдача лица для уголовного преследования, вряд ли будет правильным. Возможность такого участия обусловлена тем, что данное лицо является носителем определенных прав и обязанностей в указанной сфере, которые ему необходимы для защиты собственных интересов.

По законодательству государства, которое обращается в Российскую Федерацию с запросом о выдаче лица для уголовного преследования, данное лицо находится в статусе обвиняемого, подозреваемого. А каков статус лица, в отношении которого поступил запрос иностранного государства о выдаче, по российскому уголовно-процессуальному законодательству?

В разделе II УПК РФ «Участники уголовного судопроизводства» об этом лице ничего не говорится. В главе 54 УПК РФ «Выдача лица для уголовного преследования или исполнения приговора» также отсутствуют прямые сведения на этот счет. Сделать вывод о том, что лицо, в отношении которого поступает запрос о выдаче для уголовного преследования, относится к числу участников российского уголовного судопроизводства, можно лишь опосредовано, установив принадлежность ему специфических для таких участников признаков. Но прежде необходимо выяснить, кого следует считать лицом, в отношении которого поступает запрос о выдаче для уголовного преследования.

Начнем с оснований его появления в уголовном судопроизводстве, а значит, и наделения его соответствующими правами и обязанностями. Они непосредственно связаны с основаниями выдачи лица для уголовного преследования. В литературе к таким основаниям относятся разные факторы. Во-первых, выделяются правовые основания, к которым относятся три ведущих основания – международные договоры, международный принцип взаимности и национальные законы государств, а также дополнительное основание – моральное обязательство⁷. Другие ученые

⁶ Тамаев Р. С. Международное сотрудничество в сфере борьбы с преступностью (политические проблемы законодательного регулирования правовой помощи) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 145–146.

⁷ См.: Косарева А. Е. Правовые основания выдачи лиц в Российской Федерации. URL: http://superinf.ru/view_helpstud.php?id=1131 (дата обращения: 11.10.2015).

придерживаются аналогичных взглядов, особенно в части договоров, относя их к правовым основаниям для выдачи⁸.

Однако в рамках рассматриваемой проблемы нет единого мнения среди ученых. Спорным является отнесение к таким основаниям, например, принципа взаимности и морального обязательства. По мнению, А. И. Джигирь, «при всей их важности в качестве оснований экстрадиции не могут выступать принцип взаимности и вытекающие из норм международного права моральные обязательства государств»⁹. В связи с этим отстаивается двуединое основание экстрадиции: фактическое – совершение экстрадиционного преступления, юридическое – наличие международного и внутригосударственного законодательства, предусматривающих уголовную ответственность за данное преступление¹⁰.

Есть и более оригинальная точка зрения. Так, Т. Т. Казиканов, обращая внимание на необходимость разграничения оснований осуществления экстрадиции и оснований направления требования об экстрадиции, предлагает к первой группе оснований относить следующие:

1. Фактические основания, под которыми следует понимать совершение лицом экстрадиционного преступления, за которое срок наказания должен составлять как минимум один год лишения свободы и при условии его наказуемости в уголовно-правовом порядке в обеих странах.

2. Юридические основания, к которым относятся постановление о привлечении в качестве обвиняемого (в отношении обвиняемого); постановление о назначении главного судебного разбирательства (в отношении подсудимого); обвинительный приговор (в отношении осужденного).

Международные договоры с государствами и взаимность Т. Т. Казиканов относит к основаниям для направления требования об экстрадиции¹¹.

Что касается фактического основания выдачи, то некоторые авторы относят его к условиям выдачи лица¹².

Применительно к юридическим основаниям выдачи лица для уголовного преследования Т. Т. Казиканов отнес процессуальные документы,

⁸ См.: Комментарий к уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко ; науч. ред. В. Т. Томин, М. П. Поляков. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 974.

⁹ Джигирь А. И. Институт выдачи лиц, совершивших преступление : проблемы уголовно-правовой регламентации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2009. С. 20.

¹⁰ См.: Там же. С. 9.

¹¹ См.: Казиканов Т. Т. Проблемы процессуально-правового обеспечения экстрадиции на предварительном расследовании : по материалам Республики Казахстан : дис. ... канд. юрид. наук. Алматы, 2005. С. 13.

¹² См.: Безлепкин Б. Т. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный). М., 2002. С. 512 ; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник / Л. Н. Башкатов [и др.] ; отв. ред. И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловская. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 664 ; Уголовный процесс : учебник / под ред. Н. С. Мановой и Ю. В. Францифорова. М., 2016. С. 340 ; Уголовный процесс : учеб. для вузов / под ред. Б. Б. Булатова, А. М. Барнова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С. 598.

которые прилагаются к запросу о выдаче, называемым в литературных источниках процессуальным поводом для выдачи лица¹³.

Проблема разграничения поводов, оснований и условий выдачи лица для уголовного преследования прежде всего возникает из-за нечеткой правовой регламентации данного вопроса в УПК РФ. Об основаниях и условиях упоминается в ч. 1–3 ст. 460 УПК РФ. Причем в ч. 3 ст. 460 УПК РФ говорится о необходимости для запроса о выдаче оснований и условий, указанных в ч. 1 и 2 рассматриваемой статьи. Правда, определиться в какой из них указаны основания, а в какой – условия, не так просто. Термин «основание» используется лишь в ч. 1 ст. 460 УПК РФ применительно к международным договорам Российской Федерации с иностранным государством и письменному обязательству Генерального прокурора Российской Федерации выдавать в будущем на основе принципа взаимности этому государству лиц в соответствии с законодательством Российской Федерации. Анализ ч. 2 ст. 460 УПК РФ позволяет говорить о том, что и обстоятельство, указанное в нем, а именно уголовно наказуемое деяние, за совершение которого предусматривается наказание в виде лишения свободы на срок не менее одного года или более тяжкое наказание, служит также основанием для запроса о выдаче. Что же считать тогда условиями, упомянутыми ч. 3 ст. 460 УПК РФ, если и ч. 1, и ч. 2 ст. 460 УПК РФ посвящены основаниям для направления запроса о выдаче?

Разрешение данной проблемы лежит в плоскости разграничения поводов, оснований и условий выдачи лица для уголовного преследования. Для этого необходимо сравнить указанные понятия. Этимологически под поводом понимается обстоятельство, способное быть основанием для чего-нибудь¹⁴. Основание, согласно толковому словарю, – это причина, достаточный повод, оправдывающий что-нибудь¹⁵. Синонимичность понятий «повод» и «основание» очевидна. Разъясняя одно из значений слова «условие», Т. Ф. Ефремова использует следующие высказывания: 1) применительно к единственному числу рассматриваемого слова – это «то, что делает возможным что-либо другое, от чего зависит что-либо другое, что определяет собою что-либо другое»; 2) применительно ко множественному числу – «обязательные обстоятельства, предпосылки, определяющие, обуславливающие существование, осуществление чего-либо»¹⁶. Сопоставляя значение понятий «повод» и «условия», «основания» и «условия», не трудно заметить тонкую смысловую грань, лежащую между ними, не препятствующую их приблизительному тождеству. Видимо, данный фактор учитывал законодатель, формируя свой подход к определению оснований

¹³ См.: Уголовный процесс : учебник / под ред. Н. С. Мановой и Ю. В. Францифорова. М., 2016. С. 340.

¹⁴ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 519.

¹⁵ См.: Там же. С. 454.

¹⁶ Ефремова Т. Ф. Новый словарь русского языка. Толково-словообразовательный. М., 2000. URL: <http://enc-dic.com/efremova/Uslovie-113348.html> (дата обращения: 21.10.2015).

таких видов уголовно-процессуальной деятельности, как, например, производство дознания в сокращенной форме (ст. 226.1 УПК РФ); применение особого порядка принятия судебного решения (ст. 314 УПК РФ); применение особого порядка проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве (ст. 317.6 УПК РФ). Указанные случаи объединяет то, что при их правовой регламентации различие между понятиями «основание» и «условие», по сути, не прослеживается. Так, согласно ст. 314 УПК РФ «Основания применения особого порядка принятия судебного решения», состоящей из четырех частей, законодатель в ч. 1 и 2 перечисляет обстоятельства, без которых не может состояться данная уголовно-процессуальная форма. Видимо, они и являются основаниями для нее, хотя в содержании этой статьи термин «основание» вообще не используется. Вместе с тем в ч. 3 ст. 314 УПК РФ указанные обстоятельства называются условиями. Это свидетельствует о том, что в понимании законодателя применительно к особому порядку принятия судебного решения понятия «основание» и «условие» являются тождественными.

Аналогичная ситуация складывается и с текстом ст. 317.6 УПК РФ «Основания применения особого порядка проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве». Одно из таких оснований указано в ч. 1 ст. 317.6 УПК РФ. Поскольку в названии статьи говорится об основаниях во множественном числе, то, видимо, остальные основания указаны в ч. 2 ст. 317.6 УПК РФ. Как и в случае со ст. 314 УПК РФ обстоятельства, именуемые в ч. 1 и 2 ст. 317.6 УПК РФ основаниями применения особого порядка проведения судебного заседания и вынесения судебного решения по уголовному делу в отношении обвиняемого, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве, в ч. 3 ст. 317.6 УПК РФ выдаются законодателем за условия этого вида уголовно-процессуальной деятельности.

Специфично использование данных понятий и в ст. 226.1 УПК РФ. В названии указанной статьи из этих двух понятий отдается предпочтение понятию «основание», соответственно оно выглядит следующим образом: «Основание и порядок производства дознания в сокращенной форме» (ст. 226.1 УПК РФ). Несмотря на это, в содержании ст. 226.1 УПК РФ говорится не только об основании, но и условиях производства дознания в сокращенной форме. Видимо, законодатель и в этом случае усматривает синонимичность указанных понятий.

Учет смысловой близости понятий «повод», «основание» и «условие», на наш взгляд, необходим и при определении системы оснований выдачи лица для уголовного преследования, в которую войдут не только правовые основы (международные договоры, принцип взаимности, национальные законы государств), но и повод (запрос о выдаче лица для уголовного преследования), а также условия, одни из которых предусмотрены в ч. 3 ст. 462 УПК РФ (принадлежность деяния, послужив-

шего основанием для запроса иностранного государства о выдаче, к преступлению в соответствии с уголовным законодательством как запрашивающей стороны, так и Российской Федерации; наказание за совершение деяний, в связи с которым направлен запрос о выдаче, по уголовному закону должно быть в виде лишения свободы на срок свыше одного года или более тяжким; гарантированность со стороны иностранного государства, направившего запрос, что лицо, в отношении которого направлен запрос о выдаче, будет преследоваться только за преступление, которое указано в запросе, и после окончания судебного разбирательства и отбытия наказания сможет свободно покинуть территорию данного государства, а также не будет выслано, передано либо выдано третьему государству без согласия Российской Федерации) и условий, вытекающих из содержания других статей УПК РФ (например, ст. 464 УПК РФ) (лицо, в отношении которого направлен запрос, является иностранцем либо лицом без гражданства).

Как видно, система оснований выдачи лица для уголовного преследования отличается сложностью, обусловленной не только множественностью образующих ее элементов, но и их разноплановостью, позволяющей дифференцировать основания выдачи лица для уголовного преследования на группы, обозначенные выше.

После того как определены основания для выдачи лица, необходимо ответить на следующий вопрос: совпадают ли они с основаниями появления в качестве участника уголовного судопроизводства лица, в отношении которого поступает запрос о выдаче для уголовного преследования, а значит, и с основаниями наделения его соответствующими правами и обязанностями. Ранее в работе отмечалось, что эти основания связаны. Однако их анализ не позволяет говорить о полном совпадении отмеченных оснований. Дело в том, что для того чтобы такое лицо стало участником уголовного судопроизводства, совсем не обязательна та группа оснований, которая именуется условиями выдачи лица, без которых такая выдача просто не состоится (ч. 3 ст. 462 УПК РФ). Несмотря на то что в этом случае в результате экстрадиционной проверки принимается решение об отказе в выдаче лица иностранному государству, указанное лицо с момента поступления запроса о выдаче и до принятия решения о его отказе вступает в уголовно-процессуальные отношения, относящиеся к экстрадиционной проверке, а значит, реализует свои права, включая и право на защиту (например, путем обжалования постановления об избрании в отношении его меры пресечения в виде заключения под стражу, применяемой в ожидании проверки перед выдачей; путем предоставления своих доводов при рассмотрении запроса о его выдаче Генеральной прокуратурой РФ, причем эти доводы должны быть приняты во внимание). Тем более, что такая проверка, как показывает судебная практика, дело не одного дня. Так, по одному из дел, рассмотренных ЕСПЧ, прошло около полугода до того момента, как Генеральная прокуратура РФ сделала заявление об отка-

зе в удовлетворении просьбы о выдаче лица иностранному государству. Причем период времени лицо, в отношении которого проводилась экстрадиционная проверка, находилось под стражей¹⁷.

Изучение постановлений Европейского суда по правам человека показало, что нередко проверка в ожидании выдачи начинается до поступления соответствующего запроса от иностранного государства, что связано с фактом объявления лица в международный розыск. Так, по делу «Сидиковы против России» хорошо прослеживается, что 19 мая 2011 г. вторая заявительница была задержана как лицо, разыскиваемое властями Таджикистана по подозрению в совершении правонарушения. 20 мая 2011 г. по ходатайству Мещанской межрайонной прокуратуры Мещанский районный суд г. Москвы выдал санкцию на заключение второй заявительницы под стражу сроком на два месяца. А запрос о выдаче второй заявительницы от Генеральной прокуратуры Таджикистана Генеральная прокуратура РФ получила лишь 6 июля 2011 г.¹⁸

Как видно, в рассмотренном случае основанием для появления лица, предполагаемого к выдаче иностранному государству, является вовсе не запрос о его выдаче, что никак не противоречит международным договорам.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (ст. 61) обращает внимание на следующие ситуации в рассматриваемом контексте, связанные со взятием под стражу или задержанием до получения требования о выдаче:

1. Лицо по ходатайству может быть взято под стражу и до получения требования о выдаче. При этом требование о выдаче будет дополнительно, на что должно содержаться указание в ходатайстве о взятии под стражу до получения требования о выдаче (п. 1 ст. 61).

2. Лицо может быть задержано и без указанного ходатайства, если имеются предусмотренные законодательством основания подозревать, что оно совершило на территории другой Договаривающейся Стороны преступление, влекущее выдачу (п. 2 ст. 61)¹⁹.

3. Договаривающиеся Стороны осуществляют по поручению розыск лица до получения требования о его выдаче при наличии оснований полагать, что это лицо может находиться на территории запрашиваемой Договаривающейся Стороны. При этом поручение об осуществле-

¹⁷ Постановление Европейского суда по правам человека от 20 июня 2013 г. (по жалобе № 73455/11 «Сидиковы против России»). URL: <https://docviewer.yandex.ru> (дата обращения: 04.10.2015).

¹⁸ Там же.

¹⁹ Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам : заключена в г. Минске 22 января 1993 г. : ратифицирована Федеральным законом от 4 апреля 1994 г. № 16-ФЗ : вступила в силу 19 мая 1994 г., для Российской Федерации – 10 декабря 1994 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 17. Ст. 1472.

нии розыска должно содержать указание о том, что требование о выдаче этого лица будет представлено (ст. 61.1)²⁰.

Европейская конвенция о выдаче ETS от 13 декабря 1957 г. № 024 предусматривает возможность запрашивающей стороны обратиться в случаях, не терпящих отлагательства, с просьбой о временном задержании лица до направления запроса о его выдаче. Однако направление последнего предполагается (ст. 16).

Верховный Суд РФ, следуя положениям международных договоров, также не обошел стороной ситуацию выполнения процессуальных действий в отношении лица до получения запроса о его выдаче. Речь идет, прежде всего, о заключении под стражу и задержании – действий, ограничивающих права лица (хотя и на законном основании) и тем самым затрудняющих ему реализацию права на защиту. Именно в условиях заключения под стражу и задержания особенно остро стоит вопрос о достаточности возможностей для подготовки к защите. Т. В. Трубникова, изучая позиции ЕСПЧ и Пленума Верховного Суда РФ по вопросу о праве лиц, содержащихся под стражей, иметь возможность для подготовки защиты, справедливо отмечает: «В отношении лица, содержащегося под стражей, это, в частности, означает, что ему должны быть предоставлены такие условия, которые позволили бы ему читать и писать с разумной степенью концентрации»²¹.

Итак, Пленум Верховного Суда РФ в п. 18 постановления от 14 июня 2012 г. № 11 «О практике рассмотрения судами вопросов, связанных с выдачей лиц для уголовного преследования или исполнения приговора, а также передачей лиц для отбывания наказания» с особой тщательностью уделяет внимание документам, необходимым для рассмотрения судом ходатайства прокурора о заключении лица под стражу до получения запроса о выдаче, относя к ним: «просьбу о временном задержании, отвечающую требованиям, которые определены в статье 16 Европейской конвенции о выдаче, если запрашивающее государство является участником указанного международного договора; ходатайство о взятии под стражу, которое содержит информацию, предусмотренную в статье 61 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 года, если запрашивающее государство является участником данного международного договора; поручение об осуществлении розыска, составленного согласно статье 61.1 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, если запрашивающее государство является участником Протокола от 28 марта 1997 года к этой Конвенции; дру-

²⁰ Протокол к Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. : подписан в г. Москве 28 марта 1997 г. : ратифицирован Федеральным законом от 8 октября 2000 г. № 124-ФЗ) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 4. Ст. 224.

²¹ Трубникова Т. В. Вопросы права на защиту : позиции ЕСПЧ и Пленума Верховного Суда РФ // Уголовный процесс. 2015. № 9. С. 86.

гие документы, необходимые для заключения лица под стражу либо применения к нему иных мер пресечения до получения запроса о выдаче в соответствии с подлежащими применению международными договорами Российской Федерации»²².

Поскольку закон допускает возможность участия лица в уголовном судопроизводстве и тогда, когда запрашивающей стороной только предполагается направить поручение о выдаче, то более точным его названием будет «лицо, выдача которого запрашивается». Именно это название используется в Кишиневской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г., к сожалению, нератифицированной Российской Федерацией.

Таким образом, учитывая положения, содержащиеся в международных договорах, в российском уголовно-процессуальном законодательстве, а также судебную практику, можно утверждать, что система оснований появления в российском уголовном судопроизводстве лица, выдача которого запрашивается, включает в себя: основания в более общем виде или правовые основы (международные договоры, принцип взаимности, национальное законодательство); поступившие от иностранного государства запрос о выдаче для уголовного преследования или просьбы, предшествующие получению требования о его выдаче (просьба о временном задержании разыскиваемого лица; ходатайство о взятии под стражу; поручение об осуществлении розыска); при отсутствии ходатайства иностранного государства о взятии под стражу – предусмотренные законодательством основания подозревать, что лицо совершило на территории другой Договаривающейся Стороны преступление, влекущее выдачу.

²² URL: // <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req>

Воронежский государственный университет

Насонов А. А., аспирант кафедры уголовного процесса

E-mail: nasonova-amelina@mail.ru

Тел.: 8-908-142-22-27

Voronezh State University

Nasonov A. A., Post-graduate Student of the Criminal Process Department

E-mail: nasonova-amelina@mail.ru

Tel.: 8-908-142-22-27

УДК 343.721

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ БОРЬБЫ С МОШЕННИЧЕСТВОМ В СФЕРЕ КРЕДИТОВАНИЯ

Е. Б. Пастушков

*Воронежский государственный аграрный университет
имени императора Петра I*

Поступила в редакцию 7 апреля 2015 г.

Аннотация: проанализирована статистика преступлений, предусмотренных ст. 159–159.6 УК РФ, выявлены основные причины, которые на практике не позволяют эффективно использовать эти статьи в борьбе с мошенничеством. Исследованы материалы судебно-следственной практики за 2013–2014 гг., сформулированы проблемы и предложены пути совершенствования уголовно-правовых мер в борьбе с мошенничеством.

Ключевые слова: мошенничество, кредитование, причины мошенничества, борьба с мошенничеством в сфере кредитования.

Abstract: statistics of crimes specified in article 159–159.6 of Criminal Code of Russian Federation, is analyzed in the article; primary causes, which doesn't make it possible to use efficiently in practice this articles of Criminal Code of Russian Federation in fraud-fighting, are revealed. Also, the materials of judicial and investigation practice during the period 2013–2014 are investigated, the problems are formulated and ways of improvement of measures of criminal law in fraud-fighting.

Key words: fraud, crediting, causes of fraud, fraud-fighting in crediting field.

Происходящие в современной России реформы в политической и социально-экономической сферах, нарастание негативных тенденций санкционной политики в отношении нашей страны способствуют изменению кредитно-финансовой системы нашего государства.

По мнению экспертов, в 2014 г. в России произошли существенные изменения сферы кредитования, что обусловлено рядом факторов: во-первых, вступил в силу обновленный Федеральный закон от 21 декабря 2013 г. № 353-ФЗ (в ред. от 21 июля 2014 г.) «О потребительском кредите (займе)»¹, который ужесточил порядок получения кредитов и требования к заемщикам; во-вторых, негативное влияние продолжают оказывать мировой экономический кризис, увеличение налоговой нагрузки внутри государства, падение курса отечественной валюты, «зачистка» банковского сектора, – все это негативно сказалось на объеме выданных займов и процентных ставках. Физические и юридические лица стали более осторожными, научились правильно оценивать стоимость и обслуживание долга, многие из них отложили крупные покупки до лучших времен².

251

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 51. С. 6673.

² См. подробнее: Аналитический обзор «Потребительский кредит : итоги 2014 года». URL: <http://credit-lite.ru> (дата обращения: 10.03.2015).

Вместе с тем стремительно растет объем просроченной задолженности по кредитам. Согласно опубликованным данным Национального бюро кредитных историй, на 1 января 2015 г. общий размер просроченных займов в Российской Федерации оценивается примерно в 520–540 млрд рублей. Причем процентное соотношение невозврата по кредитным обязательствам варьируется от 20 до 50 % в зависимости от вида кредита. Опасения специалистов вызывает не столько сумма, сколько темпы ежегодного прироста просроченной задолженности – от 10 до 12 %³, и носят они не только экономический характер (в первую очередь, это снижение реального уровня дохода россиян, отсутствие эффективной системы страхования кредитов и др.). Экспертные оценки суммы невозвратов по отдельным видам кредитов расходятся, однако общим является мнение, что до 1/3 всех невозвратов в России – это результат целенаправленных мошеннических действий. Поэтому совершенствование уголовно-правовых мер борьбы с мошенничеством в сфере кредитования имеет важнейшее значение в деле обеспечения стабильности функционирования всей кредитно-финансовой системы.

Следует отметить, что вопросам анализа уголовно-правовой регламентации борьбы с мошенничеством в отечественной юридической литературе посвящено немало публикаций. Авторами подробно рассмотрены характеристики отдельных элементов и признаков составов преступлений, предусмотренных ст. 159–159.6 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ)⁴. Как показало проведенное исследование, на практике многие перечисленные статьи Особенной части УК РФ о мошенничестве остаются «неработающими». Отдельные нормы правоприменителем используются достаточно редко и неохотно, несмотря на имеющиеся факты совершения противоправных деяний.

По данным уголовной статистики⁵, за 2014 г. в Российской Федерации было зарегистрировано преступлений, предусмотренных:

– ст. 159 УК РФ «Мошенничество» – 131 050; выявлено лиц, их совершивших, – 26 397; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 37 810;

– ст. 159.1 УК РФ «Мошенничество в сфере кредитования» – 14 959; выявлено лиц, их совершивших, – 6988; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 6015;

– ст. 159.2 УК РФ «Мошенничество при получении выплат» – 8390; выявлено лиц, их совершивших, – 6841; направлено в суд с обвинитель-

³ Информация официального сайта Национального бюро кредитных историй. URL: <http://www.nbki.ru/> (дата обращения: 12.03.2015).

⁴ См., например: *Третьяк М. И.* Мошенничество как преступление против собственности в современном уголовном праве : курс лекций. М., 2014.

⁵ См., подробнее: Официальный сайт МВД Российской Федерации. URL: <http://www.mvdinform.ru> ; Портал правовой статистики Генеральной прокуратуры РФ. URL: <http://www.crimesstat.ru> ; Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики РФ (Росстат). URL: <http://www.gks.ru> (дата обращения: 12.03.2015).

ным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 4501;

– ст. 159.3 УК РФ «Мошенничество с использованием платежных карт» – 925; выявлено лиц, их совершивших, – 542; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 461;

– ст. 159.4 УК РФ «Мошенничество в сфере предпринимательской деятельности» – 3454; выявлено лиц, их совершивших, – 939; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 1164;

– ст. 159.5 УК РФ «Мошенничество в сфере страхования» – 441; выявлено лиц, их совершивших, – 235; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 233;

– ст. 159.6 «Мошенничество в сфере компьютерной информации» – 995; выявлено лиц, их совершивших, – 135; направлено в суд с обвинительным заключением, обвинительным актом, обвинительным заключением – 237.

Таким образом, число зарегистрированных мошенничеств – 160 214; выявлено лиц, их совершивших, – 42 077.

Среди основных причин, которые на практике не позволяют эффективно использовать эти статьи УК РФ в борьбе с мошенничеством, большинство опрошенных респондентов (71,5 %) указало⁶: несовершенство конструкции уголовно-правовых норм (неточность законодательных формулировок обязательных признаков объективной и субъективной сторон преступлений в УК РФ, проблемы разрешения конкуренции уголовно-правовых норм о мошенничестве), и только 22,5 % показали исключительно на проблемы выявления и доказывания рассматриваемых преступлений. В первую очередь, речь идет об относительно новой разновидности мошенничества – мошеннических действий в сфере кредитования, уголовная ответственность за совершение которых предусмотрена ст. 159.1 УК РФ; введена Федеральным законом от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ. Причем значимость борьбы с этими разновидностями мошенничеств подчеркивали многие ученые и практики⁷.

⁶ В проведенном опросе проблем борьбы с мошенничеством принимали участие 127 сотрудников правоохранительных органов, занимающихся выявлением, раскрытием, расследованием и предупреждением преступлений в сфере экономики (МВД России, Следственного комитета России, Прокуратуры России); 29 судей; 209 представителей кредитных организаций, занимающихся кредитованием физических и юридических лиц из 17 регионов Российской Федерации.

⁷ См., например: *Юрин В. М.* Мошенничество в предпринимательской и иных сферах экономической деятельности : особенности доказывания виновности // Рос. следователь. 2014. № 2. С. 8 ; *Данилов Д. А.* Мошенничество в кредитно-банковской сфере // Пробелы в рос. законодательстве. 2014. № 1. С. 206–207 ; *Пашевич М. В.* Системы выявления кредитного мошенничества // Закон и право. 2014. № 1. С. 124 ; *Полянский А. Ю.* Уголовно-правовые аспекты мошенничества в сфере кредитования // Вестник Омского ун-та. 2014. № 1 (38). С. 220–221.

Удельный вес рассматриваемых преступлений в общем числе мошенничеств составляет 9,3 %, а количество выявленных лиц, их совершивших, 16,6 % (в среднем – каждое десятое преступление и каждый десятый преступник). Проведенные исследования показывают, что их латентность достаточно высока (от 5 до 8 преступлений на одно зарегистрированное), причем более 50 % из них относятся к так называемой «искусственной» латентности, когда о факте совершенного деяния известно правоохранительным органам, которые впоследствии сознательно официально его не регистрируют.

Специфика мошенничества в сфере кредитования заключается в том, что совершить преступление можно исключительно в сфере кредитных отношений. Финансово-экономическая сущность кредита заключается в возникновении и юридическом оформлении определенных отношений между заемщиком (в роли последних могут выступать физические лица – получатели денежных средств в долг) и кредитором, предусматривающие возврат стоимости в денежной или товарной форме. Объектом кредитных отношений выступает ссуженная стоимость, которую кредитор передает заемщику на время. Такие отношения могут выражаться в различных формах: коммерческий кредит, заем, лизинг, ипотечный кредит и др.

Большинство опрошенных респондентов из числа сотрудников правоохранительных органов (89,8 %) отметили, что одной из главных проблем является законодательное определение способа совершения преступления, предусмотренного ст. 159.1 УК РФ. Так, согласно уголовному закону мошенничеством в сфере кредитования является «...хищение денежных средств заемщика путем предоставления банку или иному кредитору заведомо ложных и (или) недостоверных сведений».

Анализ материалов судебно-следственной практики за 2013–2014 гг. показывает⁸, что в качестве заведомо ложных сведений выступают персональные данные о физическом лице – 44,2 % (например, паспортные данные); в качестве недостоверных сведений выступают сведения о доходах лица, прочих кредитных обязательствах – 55,7 %. При этом в п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате» указаны следующие разъяснения: «...как мошенничество квалифицируется безвозмездное обращение лицом в свою пользу или в пользу других лиц денежных средств, находящихся на счетах в банках, совершенное с корыстной целью путем обмана или злоупотребления доверием (например, путем представления в банк поддельных платежных поручений, заключения кредитного договора под условием возврата кредита, которое лицо не намерено выполнять).

⁸ Изучено 128 уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 159.1 УК РФ; 147 отказных материалов по фактам совершения деяний, подпадающих под признаки рассматриваемых составов преступлений (в том числе официально опубликованных на сайте «РосПравосудие». URL: <https://rospravosudie.com> (дата обращения: 15.03.2015).

Нельзя забывать, что постановления Пленума Верховного Суда РФ носят исключительно рекомендательный характер, однако их положений придерживаются практически все звенья системы правосудия, начиная с оперативных работников и заканчивая судьями.

Акцентирование внимания в постановлении на то обстоятельство, что мошенничество в сфере кредитных отношений возможно лишь в том случае, если «...лицо не намерено выполнять» условия возврата кредита, создает массу трудностей для правоприменителя. Более того, в некоторых случаях делает невозможным привлечь виновных лиц к уголовной ответственности. Проблема заключается в том, что даже если преступник имеет прямой умысел (корыстную цель) на хищение денежных средств (кредита), предоставляет заведомо ложные и (или) недостоверные сведения, фактически совершая обман, он всегда может сослаться на возникшие у него временные финансовые трудности по уплате платежей по конкретному или нескольким кредитным договорам. В этом случае факт обмана (т.е. нежелание лица изначально выполнять условия кредитного договора по возврату денежных средств) доказать практически невозможно. Как результат из сферы уголовно-правового регулирования такие отношения переходят в гражданско-правовую. Принципиально изменяется схема правоотношений между субъектами из категории «преступник – государство в лице правоохранительных органов» (уголовно-правовые отношения) в категорию «заемщик – кредитор» (гражданско-правовые отношения). Достаточно сказать, что согласно проведенному исследованию за период 2013–2014 гг. в России на одно возбужденное уголовное дело по факту мошенничества в сфере кредитования приходится от 8 до 10 фактов отказов в возбуждении уголовного дела.

Необходимо учитывать, что действительно в некоторых случаях, заемщик предоставляет заведомо ложные и (или) недостоверные сведения кредитору не с целью последующего хищения денежных средств, а с целью получения большего объема кредитных средств. Такие лица, несмотря на фактический обман кредитной организации (или сразу нескольких организаций), в полном объеме и своевременно выполняют условия предоставления кредита (осуществляют платежи). Однако, как показывает практика, это является «исключением из правил» по невозвратам кредитов. В большинстве случаев предоставлением заведомо ложных или недостоверных сведений в кредитные организации занимаются именно мошенники, причем их действия носят системный характер.

К сожалению, как показал проведенный опрос респондентов из числа представителей кредитных организаций и сотрудников правоохранительных органов, получается, что при возникновении проблем с выполнением кредитных обязательств со стороны заемщика конечная цель деятельности у них отличается кардинально: первые стремятся вернуть кредитные денежные средства, привлечь к ответственности недобросовестного заемщика для них непринципиально (как правило, кредиторы избегают общения с органами правопорядка, активно используют возможности коллекторских агентств); вторые – стремятся пресечь преступ-

ную деятельность и привлечь к ответственности виновных в невозврате лиц. На проблемы межведомственного взаимодействия в борьбе с мошенничеством в сфере кредитования, нежелания кредитных организаций планомерно работать с сотрудниками правоохранительных органов указало 67,4 % опрошенных респондентов. Кредитные организации обращаются в правоохранительные органы, когда требуется оперативное вмешательство с учетом сил и средств, имеющихся у последних, в том числе информационно-аналитических баз данных.

Как результат наличия этой проблемы показатели уголовной статистики за 2014 г., которые свидетельствуют о том, что в среднем только 40,1 % (в абсолютном выражении – 6015) уголовных дел из общего числа возбужденных дел по признакам состава преступления, предусмотренного ст. 159.1 УК РФ (в абсолютном выражении – 14 959), за этот период направлялись в суд с обвинительным заключением. В 45,1 % случаев (в абсолютном выражении – 6752) уголовные дела были приостановлены на основании соответствующего пункта ч. 1 ст. 208 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), в частности: п. 1 «лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого, не установлено» – 6492; п. 2 «подозреваемый или обвиняемый скрылся от следствия либо место его нахождения не установлено по иным причинам» – 226; п. 3 «место нахождения подозреваемого или обвиняемого известно, однако реальная возможность его участия в уголовном деле отсутствует» – 23; п. 4 «временное тяжелое заболевание подозреваемого или обвиняемого, удостоверенное медицинским заключением, препятствует его участию в следственных и иных процессуальных действиях» – 11. Налицо проблемы эффективности деятельности по раскрытию и расследованию таких преступлений.

Таким образом, совершенствование уголовно-правовых мер является одной из составляющей комплекса мер борьбы с мошенничеством в сфере кредитования. Это направление является главным и имеет первостепенное значение.

Представляется, что первым шагом в решении обозначенных проблем уголовно-правовой борьбы с мошенничеством в сфере кредитования должны стать соответствующие изменения и дополнения УК РФ.

Во-первых, полагаем целесообразным ст. 159.1 исключить из текста УК РФ. При таком варианте решения проблемы, факт мошеннических действий должен будет квалифицироваться как обычное мошенничество по ст. 159 УК РФ (с этим согласилось 73,5 % респондентов из числа сотрудников правоохранительных органов).

Во-вторых, необходимо внести в текст УК РФ новую ст. 176.1 «Незаконное получение кредита физическим лицом». Напомним, что согласно ст. 176 УК РФ «Незаконное получение кредита», уголовной ответственности подлежит индивидуальный предприниматель или руководитель организации за получение кредита либо льготных условий кредитования путем предоставления банку или иному кредитору заведомо ложных сведений о хозяйственном положении либо финансовом состоянии индиви-

дуального предпринимателя или организации (если деяние причинило крупный ущерб – более 1,5 млн рублей). Следовательно, уголовная ответственность наступает за сам факт обмана банка или иной кредитной организации за предоставление заведомо ложных или недостоверных сведений в отличие от мошенничества, где преступник пытается совершить хищение с помощью такого обмана. Причем для новой ст. 176.1 УК РФ категория «крупный ущерб» должна быть изменена в сторону снижения минимального значения – свыше 500 тыс. рублей. Таким образом будет решена основная проблема – преступник не сможет избежать уголовной ответственности за совершение мошеннических действий в кредитной сфере, пользуясь несовершенством конструкции состава преступления, предусмотренного ст. 159.1 УК РФ, а также будет нести вполне обоснованную ответственность за предоставление заведомо ложных или недостоверных сведений кредитной организации (с этим предложением согласились 81,1 % опрошенных сотрудников правоохранительных органов и, что более важно, 94,0 % респондентов из числа работников кредитных организаций).

Воронежский государственный аграрный университет имени императора Петра I

Пастушков Е. Б., старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин

E-mail: PastushkovEB@mail.ru

Тел.: 8-920-447-91-77

*Voronezh State Agricultural University
Pastushkov E. B., Lecturer of the Civil
Law Disciplines Department*

E-mail: PastushkovEB@mail.ru

Tel.: 8-920-447-91-77

ЮРИДИЧЕСКИЕ ОСНОВАНИЯ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

В. Ю. Стельмах

Уральский юридический институт МВД России

Поступила в редакцию 2 июня 2015 г.

Аннотация: рассматривается понятие юридических оснований производства следственных действий. Автор формулирует определение юридических оснований, рассматривает их составные элементы, анализирует спорные вопросы, не в полной мере регламентированные уголовно-процессуальным законом.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, предварительное расследование, следственные действия, юридические основания.

Abstract: the article discusses the concept of legal basis of investigative actions. The author formulates the definition of legal basis, considering their constituent elements, analyzes controversial issues not fully regulated by the Criminal Procedure Law.

Key words: criminal proceedings, the preliminary investigation, investigations, legal grounds.

Следственные действия являются важнейшим средством доказывания в уголовном судопроизводстве. Именно поэтому проблемам их нормативной регламентации и практического производства в науке уголовного процесса традиционно уделяется повышенное внимание. Несмотря на значительное число научных работ, посвященных следственным действиям, многие вопросы до настоящего времени не получили однозначного разрешения. В свою очередь, нерешенность данных вопросов на теоретическом уровне осложняет следственную практику и в ряде случаев ставит под сомнение законность проведения следственных действий.

Одним из вопросов, не получивших однозначной интерпретации, является вопрос об основаниях производства следственных действий. В науке традиционно выделяются фактические и юридические (процессуальные, формальные) основания. В настоящей статье попытаемся сконцентрировать внимание на юридических основаниях.

К юридическим основаниям относится наличие у следователя полномочий на производство следственного действия по конкретному уголовному делу. Поскольку юридические основания отражают, прежде всего, формальный аспект назначения следственного действия, они еще именуются процессуальными или формально-правовыми.

Анализ высказанных учеными точек зрения позволяет выделить два подхода относительно содержания юридических оснований. Сторонники узкого подхода сводят юридическое основание производства следственного действия только к процессуальному документу, в кото-

ром содержится решение о его проведении¹. Последователи широкого подхода полагают, что в содержание юридического основания входит большее число обстоятельств, которые в самом общем виде определяются как «предварительное выполнение предусмотренных в законе процедур»². В частности, В. А. Семенцов предлагает выделять в структуре юридического основания проведения следственного действия три элемента: 1) процессуальный документ, на основании которого оно производится; 2) соблюдение уголовно-процессуальной формы проведения следственного действия; 3) правомочия должностных лиц и органов на его производство³. Однако представляется, что относить к юридическому основанию следственного действия соблюдение формы его производства не совсем правильно. Основание – это событие, существующее до начала проведения следственного действия, обуславливающее и «разрешающее» его проведение. Соблюдение формы отражает ход и результаты производства следственного действия и поэтому не является основанием его проведения.

В. М. Быков называет одним из юридических оснований следственного действия его нормативное закрепление в уголовно-процессуальном законе⁴. Вместе с тем основание – это обстоятельство, существующее только при наличии самого явления, которое это основание «разрешает». Если действие не закреплено в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации (далее – УПК РФ) как следственное, отсутствует возможность его производства в этом качестве, говорить о юридических основаниях его производства в принципе не приходится.

Обширный перечень юридических оснований приведен С. А. Шейфером, который включает в него следующие обстоятельства:

1. Возможность производства следственных действий:

а) только после возбуждения уголовного дела (за исключением осмотра места происшествия, трупа, предметов и документов, освидетельствования, назначения и производства экспертизы, получения образцов для сравнительного исследования, которые в силу прямого указания закона могут проводиться до возбуждения дела);

¹ См., например: *Меремьянина О. В.* Основания производства следственных действий : дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2004. С. 72 ; *Парадеев В. М.* Следственные действия // Уголовный процесс : учебник. М., 2011. С. 425 ; *Полуянова Е. В.* Следственные действия в уголовном процессе Российской Федерации : понятие, классификация и порядок производства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С. 17 ; *Смирнов А. В., Калиновский К. Б.* Следственные действия в российском уголовном процессе : учеб. пособие для студентов. СПб., 2004. С. 37.

² Уголовно-процессуальное право (уголовный процесс) : учеб. для студентов вузов / под ред. А. В. Ендольцевой, О. В. Химичевой, Е. Н. Клепцовой. М., 2014. С. 344–345.

³ См.: *Семенцов В. А.* Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики). Екатеринбург, 2006. С. 147–149.

⁴ См.: *Быков В. М.* Правовые основания и условия производства следственных действий по УПК РФ // Журнал рос. права. 2005. № 6 (102). С. 152.

б) с соблюдением правил подследственности;
в) до окончания либо до приостановления предварительного следствия;

г) при расследовании вновь открывшихся обстоятельств.

2. Право на проведение следственных действий, которое возникает в случаях:

а) принятия уголовного дела к производству следователем, дознавателем, руководителем следственного органа;

б) исполнения следователем поручения о производстве следственных действий не по месту расследования (ч. 1 ст. 152 УПК РФ);

в) проведения органом дознания, дознавателем или следователем неотложных следственных действий по возбужденным ими уголовным делам, которые им не подследственны и будут переданы соответственно либо от органа дознания в следственное подразделение, либо из одного следственного подразделения в другое (ст. 157, ч. 5 ст. 152 УПК РФ);

г) исполнения органом дознания поручений следователя о производстве отдельных следственных действий (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ).

3. Наличие в определенных случаях процессуального документа, предваряющего производство следственного действия – постановления о назначении следственного действия, выносимого следователем либо самостоятельно, либо с согласия руководителя следственного органа, а для некоторых следственных действий, связанных с наиболее существенными ограничениями прав граждан, – судебного разрешения на производство следственного действия⁵.

П. В. Фомичев предлагает разделять правовые и процессуальные основания следственного действия, понимая под правовыми основаниями нормативные правила, устанавливающие возможность производства следственных действий уполномоченными субъектами уголовного судопроизводства, а под процессуальными – документ о назначении следственного действия⁶. По сути, эта точка зрения совпадает с мнением С. А. Шейфера, различаясь лишь в употребляемых терминах.

Возникает вопрос, как расценивать данные обстоятельства: как основания следственного действия или как общие правила его производства (по аналогии с теми, что закреплены в ст. 164 УПК РФ). Думается, что более правильным было бы относить названные обстоятельства именно к основаниям следственных действий, поскольку они существуют «вне» следственного действия и представляют собой «внешние» предпосылки его проведения. Общие правила характеризуют следственное действие «изнутри», выступая в качестве «внутренних» предписаний, применяющихся уже после начала проведения следственного действия.

⁵ См.: Шейфер С. А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара, 2004. С. 27–31.

⁶ См.: Фомичев П. В. Правовые и процессуальные основания производства следственных действий // Вестник Саратовской гос. юрид. академии. 2010. № 4. С. 186–187.

Соглашаясь в целом с позицией С. А. Шейфера, полагаем необходимым несколько скорректировать ее и выделить в структуре процессуального основания следственного действия три аспекта.

Первый аспект (временной) характеризует период, в течение которого возможно производство следственного действия. По общему правилу начальным моментом, после которого допускается проведение следственных действий, выступает возбуждение уголовного дела. Время возбуждения дела фиксируется во вводной части соответствующего постановления с точностью до минуты. Вместе с тем действующее законодательство предусматривает возможность производства до возбуждения уголовного дела следующих следственных действий: осмотра места происшествия, трупа, предметов и документов; освидетельствования; назначения и производства судебных экспертиз; получения образцов для сравнительного исследования. Поэтому представляется, что начальным моментом, дающим право на проведение данных следственных действий, является получение сотрудником правоохранительного органа сообщения (сигнала) о преступлении, даже до его официальной регистрации.

Крайне актуальным остается вопрос о возможности производства следственных действий в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Казалось бы, постановка этого вопроса неправомерна, поскольку следственные действия и оперативно-розыскные мероприятия – различные средства доказывания, существующие «параллельно» друг друга. Однако необходимо учитывать, что в отличие от следственных действий некоторые оперативно-розыскные мероприятия имеют сложную структуру и состоят из нескольких относительно самостоятельных действий. Характерным примером выступают проверочная закупка и оперативный эксперимент. В ходе проверочной закупки, как правило, производятся следующие действия: досмотр «покупателя» до закупки; осмотр денег или иных предметов, передаваемых ему в качестве средства платежа за приобретаемые запрещенные объекты; выдача денег «покупателю»; досмотр задержанного лица и изъятие у него денег, использовавшихся для проверочной закупки (иногда – осмотра для изъятия денег, если они при задержании были выброшены); выдача «покупателем» приобретенных объектов; досмотр «покупателя» после закупки. Следует учитывать, что оперативно-розыскное законодательство в настоящее время не располагает «собственным» набором процессуальных действий, поэтому для фиксации хода и результатов оперативно-розыскных мероприятий, придания им устойчивой формы используются действия, предусмотренные административным и уголовно-процессуальным законодательством. Соответственно, в ходе оперативно-розыскных мероприятий достаточно часто производятся осмотры места происшествия и предметов (документов). Специфической особенностью их проведения при указанных обстоятельствах является то, что в данных ситуациях повода для возбуждения дела еще не существует. Вместе с тем оперативно-розыскные мероприятия осуществляются для выявления преступлений, т.е. при поступлении определенной информации о самом факте их совершения

(хотя соответствующие сведения могут поступить из конфиденциальных источников, разглашение которых недопустимо). В силу этого в рамках оперативно-розыскных мероприятий могут производиться осмотры места происшествия и предметов (документов). Представляется, что в случае проведения следственных действий рапорт о результатах оперативно-розыскного мероприятия должен быть незамедлительно официально зарегистрирован в дежурной части соответствующего правоохранительного органа, независимо от того, достигнуты ли цели проведения данного мероприятия. Кроме того, в ходе оперативно-розыскных мероприятий недопустимо проведение судебной экспертизы и получения образцов для сравнительного исследования, поскольку законодательство, регламентирующее оперативно-розыскную деятельность, предусматривает оперативно-розыскные мероприятия аналогичного содержания (исследование предметов и документов и сбор образцов для сравнительного исследования), которые и должны производиться в рамках оперативно-розыскной деятельности.

Конечным моментом, после которого производство следственных действий недопустимо, выступает: а) объявление первому из обвиняемых об окончании производства следственных действий (ч. 1 ст. 215 УПК РФ); б) приостановление производства предварительного расследования (ч. 3 ст. 209 УПК РФ); в) прекращение уголовного дела (ст. 212–213 УПК РФ). Вместе с тем необходимо отметить, что действующее уголовно-процессуальное законодательство предусматривает определенную возможность производства следственных действий в момент ознакомления обвиняемых с материалами уголовного дела, чего УПК РСФСР не допускал в принципе. В ч. 1 ст. 219 УПК РФ установлено, что в случае удовлетворения ходатайства, заявленного одним из участников производства по уголовному делу в процессе ознакомления с делом, следователь дополняет материалы уголовного дела, что не препятствует продолжению ознакомления с материалами уголовного дела другими участниками. По буквальному смыслу, закон не ограничивает следователя видами производимых им действий по дополнению материалов дела, следовательно, в процессе такого дополнения могут производиться и следственные действия. Данная ситуация представляет собой определенное исключение из общего правила. Следственные действия могут в подобных случаях производиться до окончания ознакомления обвиняемых с делом. Впоследствии все обвиняемые знакомятся с протоколами следственных действий, о чем составляется отдельный протокол.

Второй аспект (персональный) характеризует лицо, имеющее право на производство следственного действия. После возбуждения уголовного дела таким правом по общему правилу обладает только следователь (дознаватель), в производстве которого находится уголовное дело. Проведение следственных действий другими должностными лицами допускается как исключение только в случаях, прямо предусмотренных законом: а) следователем правоохранительного органа, дислоцированного на другой территории – в порядке исполнения поручения о производстве

следственных действий; б) сотрудником органа дознания – также в порядке исполнения поручения о производстве следственных действий; в) сотрудником органа дознания – в случае возбуждения уголовного дела для производства неотложных следственных действий, до передачи данного уголовного дела следователю. Руководитель следственного органа в настоящее время вправе производить следственные действия только после принятия уголовного дела к своему производству.

Значительно большую сложность представляет решение вопроса о том, кто имеет право на производство следственных действий до возбуждения уголовного дела. Представляется, что такими полномочиями обладают все сотрудники органов предварительного расследования и дознания, к которым поступило сообщение о преступлении, при условии, что данные должностные лица находятся при исполнении служебных обязанностей и на территории, обслуживаемой правоохранительным органом, в штате которого они состоят. При этом не имеет значения, подсудственно ли будет уголовное дело (в случае его возбуждения) тому правоохранительному органу, в штате которого находится соответствующий сотрудник. Вместе с тем очевидно, что данный вопрос требует глубокой теоретической разработки.

В настоящее время законодательных ограничений для поручения проведения любого следственного действия органу дознания или другому следователю не существует. При этом в теории уголовного процесса выработаны правила, в соответствии с которыми категорически не рекомендуется поручать органу дознания производство следственных действий: а) производимых непосредственно с обвиняемым (подозреваемым); б) сложных по своему характеру (очная ставка, предъявление для опознания, следственный эксперимент, проверка показаний на месте); в) больших по объему; г) требующих глубокого знания обстоятельств уголовного дела (например, допрос для опровержения алиби); д) не допускающих повторного проведения (в частности, предъявление для опознания)⁷. Более того, поручение о производстве следственных действий органу дознания следует расценивать как исключительный случай, и по общему правилу все следственные действия должен производить следователь, расследующий уголовное дело. Поручать производство подобных следственных действий другому следственному органу допустимо только в случае невозможности выезда в командировку следователя, в производстве которого находится дело. Если следственное действие производится по судебному решению, его получение является обязанностью следователя, инициирующего производство следственного действия, который обязан направить решение суда вместе с поручением исполнителю.

Поручить другому следственному органу производство многих следственных действий (например, очной ставки, следственного эксперимен-

⁷ См., например: Дознание в органах внутренних дел : учеб. пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция» / под ред. Н. В. Румянцева, Ф. К. Зиннурова. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2011. С. 97.

та, проверки показаний на месте, осмотра и выемки почтово-телеграфных отправок, осмотра и прослушивания фонограммы записанных переговоров, осмотра носителей с информацией о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами) фактически невозможно, поскольку следователь, производящий следственное действие, не знает уголовного дела, и в силу этого он будет не в состоянии в полном объеме отразить сведения, имеющие значение для уголовного дела.

В настоящее время уголовно-процессуальный закон допускает проведение любых следственных действий в качестве неотложных органом дознания. Однако необходимо иметь в виду, что неотложные следственные действия должны быть направлены только на обнаружение и фиксацию следов преступления, а также на получение доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования (п. 18 ст. 5 УПК РФ).

Нет ограничений по видам следственных действий и для субъектов, указанных в ч. 3 ст. 40 УПК РФ, при возбуждении ими уголовного дела. Однако очевидно, что многие следственные действия не могут быть произведены ими по объективным причинам, в силу отсутствия организационных возможностей (например, производство судебной экспертизы, наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, контроль и запись телефонных и иных переговоров, получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами).

Достаточно сложным является вопрос о возможности производства следственных действий при проверке новых или вновь открывшихся обстоятельств.

В соответствии с ч. 1 ст. 415 УПК РФ производство, ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств, возбуждается прокурором. Если в поводе для возбуждения производства содержатся сведения о совершении преступления участниками уголовного судопроизводства (п. 1–3 ч. 3 ст. 413 УПК РФ), прокурор выносит постановление о возбуждении производства ввиду вновь открывшихся обстоятельств, проводит проверку, истребует копию приговора и справку суда о вступлении данного приговора в законную силу (ч. 3 ст. 415 УПК РФ).

Если в поводе для возбуждения производства указаны сведения о наличии «иных новых обстоятельств» (п. 3 ч. 4 ст. 413 УПК РФ), прокурор выносит постановление о возбуждении производства ввиду новых обстоятельств, после чего направляет соответствующие материалы руководителю следственного органа для производства расследования этих обстоятельств и решения вопроса об уголовном преследовании по выявленным фактам. При расследовании новых обстоятельств могут производиться следственные и иные процессуальные действия в порядке, установленном УПК РФ (ч. 4 ст. 415).

Очевидно, что употребленный в законе термин «проверка» должен пониматься в широком смысле. Порядок действий после получения повода о возбуждении производства зависит от содержания изложенных в данном поводе сведений.

В случае, когда речь идет о преступных действиях, совершенных как властными, так и невластными участниками уголовного судопроизводства (например, защитником или потерпевшим), прокурор обязан вынести постановление о направлении соответствующих материалов руководителю следственного органа и направить соответствующие материалы для принятия решения о возбуждении уголовного дела (п. 4 ч. 1 ст. 140, ст. 144, 146–147 УПК РФ). При возбуждении уголовного дела по нему производится предварительное расследование, во время которого и проводятся следственные действия, затем при наличии оснований соответствующим лицам предъявляется обвинение.

Вместе с тем в случаях, когда речь идет об обстоятельствах, не представляющих собой самостоятельного преступления (например, представление лицом ложных документов о личности, симулирование психического заболевания, в результате чего к лицу необоснованно применяются меры медицинского характера), уголовное дело не возбуждается, а соответствующие факты проверяются средствами, предусмотренными для проверки сообщений о преступлениях (направление запросов, получение объяснений и заключений специалистов). Очевидно, что в подобных ситуациях допускается производство только тех следственных действий, которые разрешены до возбуждения уголовного дела. В рамках данной проверки не предъявляется обвинение и не составляется обвинительное заключение.

Таким образом, во время производства по новым или вновь открывшимся обстоятельствам проведение следственных действий допускается лишь в тех случаях, когда было возбуждено уголовное дело.

Третий (документальный) аспект процессуального основания следственного действия определяет, какой документ должен быть вынесен для его производства. Действующее законодательство предусматривает три варианта назначения следственных действий: а) по судебному решению (это относится к следственным действиям, ограничивающим конституционные права граждан); б) по постановлению следователя; в) без постановления следователя.

По судебному решению производятся следующие следственные действия: осмотр жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц; обыск в жилище; личный обыск; выемка в жилище, из помещения адвокатского образования, из ломбарда, предметов и документов, содержащих государственную и иную охраняемую законом тайну; наложение ареста на почтово-телеграфные отправления; контроль и запись телефонных и иных переговоров; получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами.

Необходимо отметить, что ч. 5 ст. 165 УПК РФ предусматривает возможность проведения в случаях, не терпящих отлагательства, некоторых следственных действий без судебного решения. В этом случае следственное действие производится по постановлению следователя, и в течение 24 суток материалы о данном следственном действии представляются судье, осуществляющему проверку законности его проведения. Таким образом, в по-

добных ситуациях юридическим основанием следственного действия выступает постановление следователя, которое, однако, должно оцениваться в неразрывной связи с соответствующим постановлением судьи.

По постановлению следователя производятся такие следственные действия, как освидетельствование; обыск (кроме обыска в жилище); выемка (кроме указанных случаев, когда для ее производства требуется судебное решение); судебная экспертиза; получение образцов для сравнительного исследования.

К следственным действиям, осуществляемым без предварительного вынесения постановления, относятся все виды следственного осмотра (кроме осмотра жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц), допросы, очная ставка, предъявление для опознания, следственный эксперимент, проверка показаний на месте⁸. Указанные следственные действия производятся по устному решению следователя, основанному на его внутреннем убеждении в необходимости их проведения и доводимому до сведения всех участников соответствующего следственного действия.

Иногда в научной литературе указывается, что юридическим основанием таких следственных действий выступает документ, которым лицо вызывается для их проведения (например, повестка)⁹. Указанный документ содержит только требование о прибытии лица к следователю, при этом запланированное следственное действие после явки может не производиться либо может быть проведено другое следственное действие. Тем более не является юридическим основанием соответствующих следственных действий вводная часть протокола, в котором фиксируется их ход. Основание должно существовать до начала производства следственного действия. Протокол же следственного действия начинает составляться, когда следственное действие уже началось.

Таким образом, юридическое основание следственных действий, производимых по устному решению следователя, не имеет документального аспекта.

Если те или иные следственные действия выполняются в качестве неотложных или субъектами, перечисленными в ч. 3 ст. 40 УПК РФ, они должны быть произведены с соблюдением всех предусмотренных законом норм, в том числе с вынесением процессуальных документов, разрешающих их проведение.

Имеются особенности и при определении юридических оснований такого следственного действия, как допрос. Следует учитывать, что производство допроса является обязательным в следующих случаях:

1. Допрос в качестве подозреваемого:

а) не позднее 24 часов с момента фактического задержания лица (ч. 2 ст. 46, ч. 4 ст. 92 УПК РФ);

⁸ См.: Францифоров Ю. В. Особенности классификации следственных действий // Рос. следователь. 2010. № 24. С. 12.

⁹ См., например: Уголовный процесс : учеб. для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям / М. Х. Гельдибаев, В. В. Вандышев. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С. 329.

б) в течение 3 суток с момента вручения лицу уведомления о подозрении в совершении преступления (ч. 1 ст. 223¹ УПК РФ).

2. Допрос в качестве обвиняемого – немедленно после предъявления обвинения, т.е. после объявления постановления о привлечении в качестве обвиняемого (ч. 1 ст. 173 УПК РФ).

Вместе с тем в указанных случаях юридическим основанием допроса нельзя признавать соответственно протокол задержания, уведомление о подозрении и постановление о привлечении в качестве обвиняемого. Указанные процессуальные акты действительно делают производство допроса необходимым в соответствующие сроки, однако все же не являются прямыми юридическими основаниями проведения данного следственного действия.

Кроме того, следует учитывать, что ч. 4 ст. 173 УПК РФ устанавливает, что последующий допрос обвиняемого после его отказа от дачи показаний допускается только по просьбе самого обвиняемого. В настоящее время в соответствии со сложившейся правоприменительной практикой по просьбе обвиняемого производятся все допросы, если он хотя бы один раз отказался от дачи показаний. По смыслу закона, подобная просьба должна облекаться в письменную форму. В практической деятельности принято, что обвиняемый составляет на имя следователя заявление или ходатайство, в котором формулирует просьбу о проведении допроса. Кроме того, подобное правило распространяется и на допросы подозреваемого, обладающего практически аналогичными с обвиняемым правами.

Указанное правило не распространяется на следственные действия, представляющие с гносеологической точки зрения допрос, но имеющие самостоятельный характер (очная ставка), а также на следственные действия, производство которых является обязательным (допрос обвиняемого при предъявлении обвинения).

Таким образом, в подобных случаях допрос обвиняемого производится по устному решению следователя, но при обязательном наличии письменного заявления самого обвиняемого, которое само не является юридическим основанием допроса, однако служит его обязательным условием.

Целесообразность закрепления данного правила вызывает сомнения. Очевидно, что оно направлено на защиту прав лица, подвергающегося уголовному преследованию, однако в итоге данное лицо, по сути, получает возможность блокировать проведение следственных действий, а значит и собиране доказательств. По сути, следственное действие производится по усмотрению не следователя, а обвиняемого, позиция которого является окончательной, что в принципе представляется недопустимым и противоречащим фундаментальным положениям уголовного процесса.

Итак, юридическое основание следственного действия представляет собой совокупность обстоятельств, позволяющих произвести следственное действие с формально-правовой стороны. В структуре юридического основания целесообразно выделить три аспекта: 1) временной, характеризующий период, в течение которого допускается проведение следствен-

ных действий; 2) персональный, определяющий субъекта, правомочного производить следственные действия; 3) документальный, т.е. процессуальный документ, на основании которого непосредственно осуществляется следственное действие (в конструкции следственных действий, производимых по устному решению следователя, документальный аспект юридического основания отсутствует).

*Уральский юридический институт
МВД России*

Стельмах В. Ю., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса

E-mail: vstelmah@mail.ru

Tel.: 8-904-983-04-55

Ural Institute of Law Ministry of Internal Affairs of Russia

Stelmakh V. Yu., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process Department

E-mail: vstelmah@mail.ru

Tel.: 8-904-983-04-55

**ПРОБЛЕМЫ ИЗМЕНЕНИЯ СУДОМ В ХОДЕ УГОЛОВНОГО
СУДОПРОИЗВОДСТВА КАТЕГОРИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ
НА МЕНЕЕ ТЯЖКУЮ**

А. Л. Аристархов

*Научно-исследовательский институт
Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации*

Поступила в редакцию 17 ноября 2015 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы изменения судом категории преступления на менее тяжкую.

Ключевые слова: уголовный процесс, суд, категория преступления.

Abstract: in the article is considered the problems to changes by the court of categories the crimes for more serious.

Key words: criminal proceeding, court, categories of crimes.

Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) дополнен нормой, позволяющей суду рассматривать вопрос о возможности изменения категории преступления на менее тяжкую. В правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в определении от 24 декабря 2012 г. № 1662-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Великанова Валерия Сергеевича на нарушение его конституционных прав ч. 6 ст. 15 Уголовного кодекса Российской Федерации», указано, что «данная новелла уголовного закона улучшает положение осужденных»¹, а по мнению правоприменителей, изменение категории преступления воспринимается в качестве «уголовно-процессуального основания смягчения наказания»².

Согласно ч. 6 ст. 15 УК РФ, с учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности суд вправе при наличии смягчающих наказание обстоятельств и при отсутствии отягчающих наказание обстоятельств изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления при условии, что:

за совершение преступления, указанного в ч. 3 настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее трех лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание;

за совершение преступления, указанного в ч. 4 настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее пяти лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание;

¹ Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

² *Исмаилов Ч. М.* Изменение категории преступления судом // Вестник Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации. 2013. № 6 (38). С. 49.

за совершение преступления, указанного в ч. 5 настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее семи лет лишения свободы.

Поскольку при рассмотрении обозначенного вопроса затрагиваются аспекты не только уголовного, но и уголовно-процессуального права, в данной статье хотелось бы рассмотреть актуальные проблемы уголовно-процессуальной и взаимосвязанной с ней оперативно-розыскной деятельности.

Общеизвестно, что ряд преступлений раскрывается исключительно средствами оперативно-розыскной деятельности. Подобные преступления могут быть направлены против жизни и здоровья граждан; половой неприкосновенности и половой свободы личности; государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления. В данном случае сложно обозначить весь перечень общественных отношений, которые нарушаются раскрываемыми таким образом преступлениями, поскольку жизненные ситуации многогранны. Значимые сведения для раскрытия таких (латентных) преступлений добываются также в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, в том числе ограничивающих конституционные права граждан.

В общем порядке оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан, в соответствии с ч. 2 ст. 8 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Федеральный закон об ОРД) осуществляются на основании судебного решения. Согласно данной норме проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права человека и гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается, прежде всего, на основании судебного решения. При его вынесении судьей учитывается не только подлежащая применению форма предварительного расследования, но и в ряде случаев категория преступления, о которой компетентными должностными лицами говорится в оперативно-служебных документах. С учетом положений Федерального закона об ОРД таким оперативно-розыскным мероприятием является прослушивание телефонных переговоров. Согласно ч. 4 ст. 8 Федерального закона об ОРД, прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении преступлений средней тяжести, тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях. Помимо этого органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, перед определением возможности проведения оперативного эксперимента также самостоятельно ориентируются не только на форму предварительного расследования, но и категорию преступления. В соответствии с ч. 8 ст. 8 Федерального закона об ОРД проведение оперативного эксперимента допускается только в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступле-

ния средней тяжести, тяжкого или особо тяжкого преступления, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

Исключением в части учета формы предварительного расследования и категории преступления являются ситуации, которые не терпят отлагательства и могут привести к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, а также сочетаются с наличием данных о событиях и действиях (бездействии), создающих угрозу государственной, военной, экономической, информационной или экологической безопасности Российской Федерации (ч. 3 ст. 8 Федерального закона об ОРД).

Результативность оперативно-розыскных мероприятий, в том числе прослушивания телефонных переговоров, оперативного эксперимента, сложно переоценить, так как полученные по результатам их проведения сведения позволяют раскрыть неочевидные или завуалированные преступления. При этом оперативный эксперимент может производиться как в отношении конкретных лиц, обоснованно заподозренных в преступной деятельности (получение взятки, вымогательство, продажа наркотиков), так и для выявления намерений неизвестных лиц, совершающих серийные преступления, путем применения различных «ловушек» и «приманок»³. Так, в марте 2014 г. сотрудниками правоохранительных органов в ходе оперативно-розыскных мероприятий в Орехово-Зуевском, Одинцовском, Подольском районах Подмосковья и г. Москве задержали с поличным лиц, входящих в состав организованной группы, которые перевозили наркотические средства в скрытых полостях автомобиля и занимались их сбытом⁴.

По ряду преступлений полученные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательства являются основополагающими, например по фактам похищения человека, вымогательства, незаконного оборота наркотических средств, взяточничества и др. При этом такие преступления, как похищение человека (ч. 1 ст. 126 УК РФ), вымогательство (ч. 1 ст. 163 УК РФ), незаконные приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконные приобретение, хранение, перевозка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества (ч. 1 ст. 228 УК РФ), посредничество во взяточничестве (ч. 1 ст. 291.1 УК РФ), относятся к преступлениям средней тяжести. Одновременно статистические данные свидетельствуют о том, что в целом по Российской Федерации удельный вес тяжких и особо

³ См.: Прокурорский надзор за законностью проведения и документирования оперативно-розыскных мероприятий : учеб. пособие / Е. Л. Никитин, Г. В. Дытченко. 2-е изд., перераб. СПб., 2013. С. 27.

⁴ См.: Прокуратура Московской области направила в суд уголовное дело о приготовлении к сбыту более 28 кг героина. URL: <http://genproc.gov.ru/smi/news/genproc/news-839573/>

тяжких преступлений в 2014 г. составил 24,3 %⁵, а в 2013 г. – 24,4 %⁶. Соответственно удельный вес преступлений небольшой и средней тяжести в рассматриваемые периоды был равен 75,7 и 75,6 %.

Общезвестно, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в доказывании по уголовным делам. Конституционный Суд РФ указал, что «результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе норм уголовно-процессуального закона»⁷. При этом, определяя свойства доказательств, субъекты доказывания должны не только трансформировать их в доказательства, предусмотренные УПК РФ, но и проверить и оценить, в том числе с позиции допустимости. Рассматривая положения ст. 74, 75, 84, 86, 89 УПК РФ, Конституционный Суд РФ также акцентировал внимание на том, что «эти статьи не содержат каких-либо положений, позволяющих использовать в доказывании по уголовному делу недопустимые доказательства, в том числе результаты оперативно-розыскной деятельности, если они не закреплены надлежащим процессуальным путем либо иным образом не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам УПК РФ» (п. 2)⁸. Допустимые доказательства могут составлять основу обвинения, которое является предметом судебного разбирательства.

В уголовном процессе на категорию преступления ориентирована также возможность производства такого следственного действия, как контроль и запись телефонных переговоров. В соответствии со ст. 186 УПК РФ данное следственное действие производится по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном ст. 165 УПК РФ. Полученные путем производства данного следственного действия доказательства также должны обладать необ-

⁵ Главное организационно-аналитическое управление и управление правовой статистики Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Статистический сборник «Состояние преступности в России за январь–декабрь 2014 г.». URL: <http://genproc.gov.ru/upload/iblock/581/2014.pdf>

⁶ Главное организационно-аналитическое управление и управление правовой статистики Генеральной прокуратуры Российской Федерации. Статистический сборник «Состояние преступности в России за январь–декабрь 2013 г.». URL: <http://genproc.gov.ru/upload/iblock/297/2013.pdf>

⁷ По делу о проверке конституционности статьи 21 и статьи 21.1 Закона Российской Федерации «О государственной тайне» в связи с жалобой гражданина О. А. Лаптева : постановление Конституционного Суда РФ от 6 ноября 2014 г. № 27-П (п. 4.2). Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Дружинина Игоря Сергеевича на нарушение его конституционных прав положениями ст. 74, 75, 84, 86 и 89 УПК РФ : определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 октября 2006 г. № 427-О. Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

ходимыми свойствами с целью обеспечения возможности их использования в доказывании по уголовным делам.

Переходя к вопросу о возможности изменения судом категории преступления на менее тяжкую, необходимо отметить, что такое решение суд вправе принять по результатам судебного разбирательства и при вынесении обвинительного приговора. В связи с этим указывается, что «решение об изменении судом категории преступления происходит в ходе уже начатой процедуры вынесения обвинительного приговора, при наличии вопросов квалификации деяния, на основе установленной законом категории преступления»⁹. В соответствии с п. 6.1 ч. 1 ст. 299 УПК РФ при постановлении приговора суд в совещательной комнате разрешает в том числе вопрос о том, имеются ли основания для изменения категории преступления, в совершении которого обвиняется подсудимый, на менее тяжкую в соответствии с ч. 6 ст. 15 УК РФ. Отличие мотивации данного судебного решения от процессуального решения, в котором суд реализует полномочия по изменению обвинения (п. 3 ст. 307 УК РФ), весьма существенное, так как при изменении категории преступления юридическая оценка его фактических обстоятельств (квалификация) сомнению не подвергается. С учетом п. 9 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 г. № 1 «О судебном приговоре» такое процессуальное решение суда не должно ухудшать положение подсудимого и нарушать его право на защиту¹⁰.

Следует отметить, что практика применения положений ч. 6 ст. 15 УК РФ в настоящее время является сложившейся, хотя и «не носит повсеместного характера»¹¹. Так, в описательно-мотивировочной части кассационного определения судебной коллегии по уголовным делам Приморского Краевого суда от 21 марта 2012 г. указано, что суд при назначении наказания И., осужденному за совершение преступления, предусмотренного п. «в» ч. 2 ст. 158 УК РФ, применил Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ, изменив категорию преступления на менее тяжкую, признав, что он совершил преступление небольшой тяжести¹². Согласно описательно-мотивировочной части кассационного определения судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Тыва от 15 февраля 2012 г., осужденному за совершение преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 3 ст. 228.1 УК РФ, А. с учетом положения ч. 6 ст. 15 УК РФ снижена категория преступления с особо тяжкого на тяжкое¹³.

⁹ Дядькин Д. Уголовно-правовые проблемы применения ч. 6 ст. 15 УК РФ // Уголовное право. 2015. № 2. С. 28.

¹⁰ Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Хайдаров А. Право суда не изменять категорию преступления на менее тяжкую // Законность. 2015. № 2. С. 39.

¹² ГАС РФ «Правосудие». Поиск текста судебных решений. Уголовное дело 22-1572/2012. URL: <http://goo.gl/zlfAMf>

¹³ Уголовное дело 22-156/2012. URL: <http://goo.gl/LbeYoH> // Там же.

Представляется, что в данном случае определенные сложности начинают зарождаться уже тогда, когда постановленный судом первой инстанции обвинительный приговор проверяется судом вышестоящей инстанции в предусмотренном законом порядке. Дополнительные трудности с позиции соответствия ряда полученных доказательств критериям допустимости создает проверка обстоятельств преступления, изложенных в обвинительном приговоре, вступившем в законную силу, так как до этого времени приоритетное значение в определении категории преступления имели положения ст. 15 УК РФ. По данному поводу высказываются различные суждения от подразделения дифференциации возможностей определения категории преступления на «формальную (законодательно определенную) и фактическую (установленную судом)»¹⁴, до того, что от указанной новеллы «следует по возможности быстрее отказаться»¹⁵. Учитывая, что данные вопросы могут быть предметом отдельного исследования, в данной статье они не рассматриваются.

Из положений п. 12 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 ноября 2012 г. № 26 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в суде апелляционной инстанции» следует, что «под предусмотренной частью 4 статьи 389.13 УПК РФ проверкой доказательств судом апелляционной инстанции следует понимать исследование по правилам, установленным статьями 87–89 и главой 37 УПК РФ (с особенностями, предусмотренными частями 3–8 статьи 389.13 УПК РФ), доказательств, получивших оценку суда первой инстанции, а также исследование имеющихся в деле доказательств, которые не были исследованы судом первой инстанции, а равно исследование по тем же правилам новых доказательств, представленных сторонами». Согласно п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 2 «О применении норм главы 47.1 УПК РФ, регулирующих производство в суде кассационной инстанции», «если в кассационных жалобе, представлении содержится указание на допущенные судом нарушения уголовно-процессуального закона при исследовании или оценке доказательств (например, обоснование приговора недопустимыми доказательствами), повлиявшие на правильность установления судом фактических обстоятельств дела и приведшие к судебной ошибке, такие доводы не должны быть оставлены без проверки».

Необходимо отметить, что в отличие от судов кассационной и надзорной инстанций суды первой и апелляционной инстанций исследуют (проверяют, оценивают) имеющиеся доказательства во взаимосвязи с категорией преступлений, установленной законом. При этом в науке уголовного процесса разграничиваются случаи, при которых суд апел-

¹⁴ Дядькин Д. Указ. соч. С. 27.

¹⁵ Малков В. Право суда на изменение категории преступления // Законность. 2013. № 11. С. 36.

ляционной инстанции вправе вынести приговор и при которых – постановление (определение)¹⁶. В данном случае важным является то, что «статус категории преступления, которая изначально задается законодателем в ч. 2–5 ст. 15 УК РФ, и статус категории преступления, которая в конечном счете определяется судом, согласно буквальному смыслу закона существенно отличаются»¹⁷. Поэтому несмотря на то что между положениями ст. 15 УК РФ и преюдициальным значением обстоятельств, установленных вступившим в законную силу обвинительным приговором суда, постановленным в общем порядке, непосредственной конкуренции не наблюдается, для субъектов доказывания ее порождают свойства целостности приговора, обеспечиваемые положениями ч. 2 ст. 297 УК РФ. Согласно данной норме приговор признается законным, обоснованным и справедливым, если он постановлен в соответствии с требованиями УПК РФ и основан на правильном применении уголовного закона. В силу специфики природы органов судебной власти изложенные в приговоре сведения воспринимаются как окончательные и общеобязательные, в том числе в части категории совершенного преступления.

Взаимосвязанным с данным обстоятельством является то, что решение суда об изменении категории преступления улучшает положение лица, совершившего преступление. Соответственно, несмотря на то что в данном случае речь о принятии нового закона, имеющего обратную силу, не идет, характер принимаемого судом решения и наступающих для подсудимого последствий являются тому тождественным. При таких обстоятельствах принятое судом решение, в котором констатировано снижение категории преступлений, приобретает особый характер. Указанное порождает необходимость распространения улучшающих в отношении осужденного положений, изложенных во вступившем в законную силу приговоре суда, на последующую оценку судом вышестоящей инстанции порядка получения доказательств требованиям закона.

С рассматриваемых позиций наиболее уязвимыми являются уголовные дела о преступлениях средней тяжести, в основу предъявленного обвинения которых были заложены доказательства, в том числе взаимосвязанные с результатами оперативно-розыскной деятельности. Снижение соответствующим судом первой, а также апелляционной инстанций категории преступления до преступления небольшой тяжести может в дальнейшем поставить под сомнение допустимость таких доказательств, поскольку в ретроспективном аспекте ситуация воспринимается двояко. Принимая во внимание положения УПК РФ, а также специфику обозначенных вопросов, можно констатировать, что их появление характерно для производства в судах кассационной и надзорной инстанций, а также

¹⁶ См.: *Комогорцева К. А.* Рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке по уголовно-процессуальному законодательству Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 30.

¹⁷ *Щепельков В. Ф.* Проблемы применения уголовного закона в связи с изменением ст. 15 УК РФ // *Криминалист*. 2012. № 1(10). С. 13.

при проверке приговора суда в условиях появления новых или вновь открывшихся обстоятельств.

Таким образом, очевидно, что в целях предотвращения двусмысленности в случаях, когда в материалах уголовного дела о преступлении средней тяжести имеются доказательства, полученные на основе проведения ряда оперативно-розыскных мероприятий (прослушивание телефонных переговоров, оперативный эксперимент) и производства следственных действий (контроль и запись переговоров) при вынесении судами первой и апелляционной инстанций обвинительного приговора положения п. 6.1 ч. 1 ст. 299 УПК РФ применяться не должны.

Научно-исследовательский институт Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

*Аристархов А. Л., кандидат юридических наук, старший научный сотрудник
Тел.: 8-499-253-12-26*

Research Institute of the Academy of the Prosecutor's General Office of the Russian Federation

*Aristarhov A. L., Candidate of Legal Sciences, Senior Researcher
Tel.: 8-499-253-12-26*

**ПРОБЛЕМЫ РАЗГРАНИЧЕНИЯ УГОЛОВНОЙ
И АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ЗА ПРОТИВОПРАВНЫЕ ДЕЯНИЯ
В СФЕРЕ МИГРАЦИОННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ**

П. А. Акименко

Тамбовский государственный университет имени Г. Р. Державина

Р. Б. Осокин

Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя

Поступила в редакцию 27 октября 2015 г.

Аннотация: рассмотрен ряд предложений по совершенствованию ст. 322.1 УК РФ (организация незаконной миграции) и ст. 18.8, 18.9, 18.14 главы 18 КоАП РФ с целью разграничения случаев применения данных уголовно-правовых и административно-правовых норм при привлечении к ответственности виновных лиц за нарушения миграционного законодательства. Раскрыт анализ предложений по модернизации вышеуказанных статей УК РФ и КоАП РФ применительно к складывающейся неоднородной судебной практики с учетом рационального применения в тех или иных случаях уголовно-правовых либо административно-правовых норм. Использованы аналитический, диалектический и индуктивный научные методы. В результате анализа данной научной темы приводились и рассматривались наиболее актуальные предложения других исследователей. Кроме того, автором сделаны собственные предложения по усовершенствованию ст. 322.1 УК РФ и ст. 18.8, 18.9, 18.14 главы 18 КоАП РФ. Все указанные новации выработаны, исходя из складывающейся судебной практики с учетом наиболее ярких предложений научной мысли с основой на развивающиеся общественные отношения в данной сфере правового регулирования.

Ключевые слова: организация незаконной миграции, проблемы квалификации, административно-правовые запреты, уголовно-правовые запреты, степень общественной опасности, коллизия правовых норм, проблемы разграничения.

Abstract: a number of suggestions for improvement of article 322.1 of the Criminal code of the Russian Federation (the organization of illegal migration) and articles 18.8, 18.9, 18.14 of chapter 18 of the Code of the Russian Federation about administrative offenses for the purpose of differentiation of cases of application of data criminal and legal and administrative precepts of law is considered at accountability of perpetrators for violations of the migratory legislation. The analysis of offers on modernization above-stated articles of the Criminal code of the Russian Federation and articles of the Code of the Russian Federation about administrative offenses in relation to the developing non-uniform jurisprudence taking into account rational application in these or those cases criminal and legal or administrative precepts of law is opened. Analytical, dialectic and inductive scientific methods are used. As a result of the analysis of this scientific subject the most actual proposals of other researchers were brought and considered. Besides, the author made own offers on improvement of article 322.1 of the criminal code of Russian Federation and articles 18.8, 18.9, 18.14 of chapter 18

of the Code of the Russian Federation on administrative offenses. All specified innovations are developed proceeding from the developing jurisprudence taking into account the brightest offers of scientific thought with a basis on the developing public relations in this sphere of legal regulation.

Key words: *organization of illegal migration, qualification problem, administrative and legal ban, criminal and legal ban, degree of public danger, collision of precepts of law, differentiation problems.*

Актуальность проблем разграничения в российском законодательстве уголовной и административной ответственности за противоправные деяния, связанные с организацией незаконной миграции, для теоретиков, особенно правоприменителей, носит ярко выраженный дискуссионный характер. Законодателем до сих пор так и не определены общепринятые критерии по разграничению двух вышеназванных видов ответственности за девиантное поведение в данной сфере правоотношений, что, несомненно, влечет за собой неправильное толкование, а затем и применение норм уголовного и административного права. Установленная в главе 18 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹ (далее – КоАП РФ) административная ответственность за ряд правонарушений, связанных с организацией незаконной миграции, не всегда может иметь достаточное запретительное и воспитательное воздействие на правонарушителей. В связи с этим в действующий Уголовный кодекс Российской Федерации² (далее – УК РФ) в соответствии с Федеральным законом от 28 декабря 2004 г. № 187-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» была включена ст. 322.1, ч. 1 которой изложена следующим образом: «...организация незаконного въезда в Российскую Федерацию иностранных граждан или лиц без гражданства, их незаконного пребывания в Российской Федерации или незаконного транзитного проезда через территорию Российской Федерации». Вместе с тем в практической деятельности уполномоченных государственных органов по привлечению виновных лиц к тому или иному виду ответственности за нарушения миграционного законодательства РФ при въезде, пребывании и транзитном проезде через территорию Российской Федерации возникает ряд вопросов о разграничении тех или иных противоправных деяний в качестве административных проступков (деликтов), ответственность за которые установлена в главе 18 КоАП РФ, с уголовно наказуемыми деяниями (преступлениями), ответственность за которые наступает по ст. 322.1 УК РФ. Так, в УК РФ не предусмотрена ответ-

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 05.10.2015). URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=LAW;n=187043;fld=134;dst=3878,0;rnd=0.2508743104990572> (дата обращения: 10.10.2015).

² Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/popular/ukrf/10_43.html#p6153 (дата обращения: 11.10.2015).

ственность для иностранных граждан либо лиц без гражданства в связи с нарушением установленного порядка въезда, пребывания или транзитного проезда через территорию Российской Федерации, в ст. 322.1 УК РФ только определена ответственность принимающей (приглашающей) стороны за указанные противоправные деяния. В данном случае ответственность за подобного рода правонарушения с учетом тех или иных конкретизирующих признаков совершаемых деяний закреплена в ст. 18.8 КоАП РФ. Если внимательно проанализировать и сопоставить диспозиции ст. 322.1 УК РФ и ст. 18.9, 18.14 КоАП РФ, на первый взгляд может показаться, что присутствует конкуренция между уголовно-правовой и административно-правовыми нормами. Однако, согласно преобладающей точке зрения среди ученых-правоведов, в теории права определен принцип справедливости юридической ответственности, в рамках которого признается недопустимой двойная форма ответственности за одно и то же правонарушение³, т.е. правонарушение не может одновременно являться преступлением и административным проступком (деликтом), следовательно, деликтоспособное лицо не может нести за него дважды административную и уголовную ответственность. Ярким примером коллизии административно-правовых и уголовно-правовых норм в данной сфере правоотношений является отсутствие установленных законодателем критериев разграничения правонарушений, за которые закреплена административная ответственность в ст. 18.9, 18.14 КоАП РФ и уголовная ответственность в ст. 322.1 УК РФ. Это может привести к неправильной юридической оценке правоприменителем тех или иных противоправных деяний, связанных с организацией незаконной миграции с точки зрения возможности привлечения к тому или иному виду ответственности и соответственно к ошибочной квалификации и несправедливому назначению наказания виновному лицу, в том числе ввиду несоответствия степени общественной опасности административного проступка (деликта) в сравнении с преступлением, за которое предусмотрена более строгая мера ответственности.

Диспозиция ст. 18.14 КоАП РФ содержит административно-правовые нормы, закрепляющие ответственность за непринятие должных мер со стороны организаций или частных лиц по недопущению проникновения на территорию Российской Федерации нарушителей.

Сопоставляя и анализируя приведенные выше диспозиции ч. 1 ст. 322.1 УК РФ и ст. 18.14 КоАП РФ, можно прийти к выводу, что указанные административно наказуемые деяния в отличие от уголовно наказуемых могут совершаться только в форме бездействия с косвенным умыслом либо по неосторожности. Противоправные же деяния, ответственность за которые наступает по ст. 322.1 УК РФ, могут быть совершены только с прямым умыслом путем действия или бездействия. Таким

³ См.: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. URL: http://www.pravo-olymp.ru/wp-content/uploads/2013/04/TGP_Matuzov_Malko.pdf (дата обращения: 14.10.2015).

образом, по названным основаниям можно четко разграничить административные проступки (деликты), подпадающие под действие ст. 18.14 КоАП РФ, и преступления, ответственность за которые установлена в ст. 322.1 УК РФ.

Значительно сложнее обстоит дело с разграничением правонарушений, которые по формальным признакам могут подпадать как под действие ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ, так и под действие ч. 1 ст. 322.1 УК РФ (бесспорность квалификации тех или иных деяний по ч. 2 ст. 322.1 УК РФ не вызывает сомнений ввиду ярко выраженного отличительного характера закрепленных в ней квалифицирующих признаков).

Диспозиции ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ содержат административно-правовые нормы, закрепляющие ответственность представителей юридических лиц и частных лиц за нарушения порядка пребывания и транзитного проезда иностранных граждан и лиц без гражданства в Российскую Федерацию.

Сравнительный анализ ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ и ч. 1 ст. 322.1 УК РФ с точки зрения буквального толкования показывает, что бесспорной в плане квалификации и решения вопроса о привлечении к уголовной ответственности по ч. 1 ст. 322.1 УК РФ является противоправная деятельность виновного лица, связанная с организацией незаконного въезда в Российскую Федерацию иностранных граждан и лиц без гражданства. Неопределенность в квалификации вызывает организация незаконного пребывания и незаконного транзитного проезда иностранных граждан или лиц без гражданства через территорию Российской Федерации. Основа правовой проблемы здесь заключается в том, какой смысл законодатель пытался вложить в слово «организация» применительно к ч. 1 ст. 322.1 УК РФ. Размытость возможных толкований данной юридической конструкции послужила той платформой, на которой разгорелись споры как теоретиков-правоведов, так и правоприменителей. На фоне нескончаемых дискуссий существуют разные точки зрения по данному вопросу.

Ряд ученых-правоведов предлагает применительно к указанной коллизии уголовно-правовой и административно-правовой норм для их разграничения использовать такой признак, как общественная опасность того или иного противоправного деяния⁴. Однако данный признак является неопределенным и основывается на внутренней оценке правоприменителем того или иного противоправного деяния в сфере организации незаконной миграции, что недопустимо, поскольку может повлечь неправильное применение правовых норм, устанавливающих ту или иную меру ответственности, несправедливость назначенного наказания и его правовых последствий, а также злоупотребление правом с целью неза-

⁴ См.: Дядюн К. В. Отграничение преступления, предусмотренного ст. 322.1 УК, от смежных административных проступков // Законность. 2012. № 9. С. 57–62 ; Багиров Ч. М. Малозначительность деяния и ее уголовно-правовое значение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2005. С. 8.

конного достижения корыстных, иных личных либо ложно понятых служебных интересов.

Другим возможным дифференцирующим критерием может служить объективная сторона того или иного правонарушения, ее составные компоненты⁵. Однако подобный критерий также неприемлем применительно к данным составам преступления и административного проступка (деликта), так как фактически в ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ перечисляются способы организации незаконного пребывания и транзитного проезда иностранных граждан через территорию Российской Федерации, что может включать в качестве признаков объективной стороны и ч. 1 ст. 322.1 УК РФ. Ученые-правоведы считают, что ключевым элементом разграничения действия ч. 1 ст. 322.1 УК РФ и ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ является количественный критерий, а именно если нарушение миграционного законодательства, за которое установлена ответственность, носит единичный характер, то необходимо применять норму КоАП РФ, если же системный, то соответствующую норму УК РФ⁶. Однако данный подход не совпадает со складывающейся судебной практикой. Согласно постановлению Химкинского районного суда Московской области, приговор первой инстанции по обвинению гражданина «А» в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 322.1 УК РФ, остался без изменения, а апелляционная жалоба защитника без удовлетворения.

Гражданин «А» был осужден за то, что с умыслом, направленным на организацию незаконного пребывания в Российской Федерации иностранных граждан, в нарушение установленного порядка, не имея разрешения на привлечение иностранной рабочей силы на территории Российской Федерации, организовал в бытовом вагончике (по адресу: ...) незаконное пребывание иностранного гражданина «Б», не имеющего регистрации по месту пребывания и разрешения на право занятия трудовой деятельностью. Гражданин «А» предоставил иностранному гражданину «Б» бытовой вагончик по вышеуказанному адресу, который оборудовал для проживания предметами домашнего быта и уюта, а именно: оборудовал кровати, приобрел спальные принадлежности (матрацы, одеяла, подушки), кухонную посуду, бытовую технику, заведомо зная, что у него нет уведомления по месту пребывания и разрешения на работу иностранного гражданина или лица без гражданства.

Приведенный пример иллюстрирует однократные действия по оборудованию и последующее предоставление для проживания иностранного гражданина или лица без гражданства не пригодного для постоянного либо временного проживания помещения, которые квалифицируются по ч. 1 ст. 322.1 УК РФ⁷. Следовательно, разовые деяния по организации незаконной миграции в зависимости от обстоятельств того или иного уго-

⁵ См.: Дядюн К. В. Указ. соч. С. 57–62.

⁶ См.: Дядюн К. В. Указ. соч. ; Асмандиярова Н. Р. Борьба с незаконной миграцией на региональном уровне : уголовно-правовой и криминологический аспекты : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 16.

⁷ URL: <http://rospravosudie.com/court-ximkinskij-gorodskoj-sud-moskovskaya-oblast-s/act-100455615/> (дата обращения: 21.10.2015).

ловного дела могут квалифицироваться как по ч. 1 ст. 322.1 УК РФ, так и по ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ.

Для решения указанной правовой проблемы могут быть применены несколько подходов.

Одним из них может стать введение в УК РФ такого правового института, как административная преюдиция, под которой в уголовном праве понимается привлечение лица к уголовной ответственности, если оно в течение определенного периода после одного или более административных наказаний за административное правонарушение совершит такое же нарушение⁸. О более широком применении в уголовном законодательстве РФ данного юридического института в 2009 г. в ежегодном послании Федеральному Собранию РФ сообщил Президент РФ⁹. Таким образом, одним из альтернативных вариантов решения вопроса о привлечении к ответственности лица, совершившего организацию незаконной миграции иностранного гражданина или лица без гражданства, могло бы стать внесение изменений в диспозицию ч. 1 ст. 322.1 УК РФ, которая имела бы следующую редакцию:

«1. Организация незаконного въезда в Российскую Федерацию иностранных граждан или лиц без гражданства, их незаконного пребывания в Российской Федерации или незаконного транзитного проезда через территорию Российской Федерации, совершенная повторно в течение года после наложения административного взыскания за подобное нарушение».

Ярким примером использования административной преюдиции может служить введение Федеральным законом от 31 декабря 2014 г. № 528-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросу усиления ответственности за совершение правонарушений в сфере безопасности дорожного движения» в УК РФ ст. 264.1 «нарушение правил дорожного движения лицом, подвергнутым административному наказанию»¹⁰.

Другим решением может служить принятие Верховным Судом РФ постановления Пленума, посвященного ответственности за правонарушения в сфере организации миграции, в котором следует разграничить административную и уголовную ответственность за подобного рода противоправные деяния путем установления одного из нескольких возможных критериев. Первый из них мог бы быть основан на субъективной стороне, а именно все правонарушения, совершенные с прямым умыслом, считать уголовно наказуемыми деяниями, а все правонарушения с косвенным умыслом либо совершенные по неосторожности – администра-

⁸ Административная преюдиция // Электронный юрид. журнал «Правовые технологии». URL: <http://www.lawtech.ru/journal/articles/15625> (дата обращения: 21.10.2015).

⁹ Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. URL: <http://kremlin.ru/events/president/transcripts/5979> (дата обращения: 22.10.2015).

¹⁰ URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_173165/ (дата обращения: 22.10.2015).

тивно наказуемыми деяниями. Второй может опираться на объективную сторону конкретного правонарушения¹¹, а именно те деяния, которые закреплены в ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ, относить к административным проступкам (деликтам), а все иные деяния, связанные с организацией незаконной миграции, к преступлениям. Однако при таком подходе возникнет ряд проблем и противоречий с действующим законодательством и складывающейся судебной практикой (ярким примером которой является приведенное выше судебное решение), без изменения которых очевидна невозможность применения данных критериев.

Третьим наиболее приемлемым решением может служить законодательное усовершенствование (преобразование) конструкций диспозиций правовых норм, содержащихся в ч. 1 ст. 322.1 УК РФ и ч. 1–3 ст. 18.9 КоАП РФ. Следует более полно определить (раскрыть) либо видоизменить формулировки указанных правовых норм для их понятной дифференциации, а именно дать четкое определение понятию «организация незаконной миграции» в соответствующей уголовно-правовой норме путем отграничения ее от идентичной административно-правовой нормы с указанием индивидуальных признаков как совершения уголовно наказуемого деяния, так и совершения административно наказуемого деяния. Так, возможным вариантом могло бы стать следующее определение организации незаконной миграции в примечании к ст. 322.1 УК РФ: «...организация незаконной миграции – совокупность последовательных целенаправленных противоправных действий (бездействий), направленных на организацию незаконного въезда, пребывания или транзитного проезда через территорию Российской Федерации, к каковым относить фальсификацию документов, необходимых для въезда, пребывания или транзитного проезда через территорию Российской Федерации иностранных граждан либо лиц без гражданства, привлечение для работы иностранной рабочей силы, создание условий для проживания, отсутствие постановки на учет и регистрации, отсутствие необходимых документов для пребывания, транзитного проезда и т.д.». При этом административная ответственность за указанные правонарушения наступала бы лишь тогда, когда совершались конкретные разовые действия, перечисленные в диспозициях соответствующих статей КоАП РФ. Данный принцип мог бы служить индикатором, с помощью которого правоприменитель в том или ином случае мог применить либо соответствующую уголовно-правовую норму, либо административно-правовую норму за нарушения в сфере миграционного законодательства. В подтверждение указанной правовой позиции можно привести следующий пример из судебной практики – приговор Мысковского городского суда Кемеровской области.

¹¹ См.: Осокин Р. Б., Журавлева Г. В. К вопросу о понимании объективной стороны состава преступления // Актуальные проблемы уголовного права, криминологии, уголовного процесса и уголовно-исполнительного права : теория и практика. Тамбов, 2014. С. 59–61.

Гражданка «А», сожительствуя с иностранным гражданином «Б», достоверно зная о том, что последний незаконно находится на территории Российской Федерации, а именно по истечении срока временного пребывания с ее территории не выехал, из личной заинтересованности организовала незаконное пребывание на территории Российской Федерации иностранного гражданина «Б» в нарушение установленного законодательством Российской Федерации порядка пребывания иностранных граждан на территории Российской Федерации. Реализуя свой преступный умысел, направленный на организацию незаконного пребывания иностранного гражданина «Б» на территории Российской Федерации, подсудимая «А», осознавая общественную опасность и противоправность своих действий, предвидя наступление общественно опасных последствий в виде незаконного пребывания иностранного гражданина «Б» на территории Российской Федерации, в нарушение требований ... и, желая наступления указанных последствий, осознавая, что «Б» на территории Российской Федерации находится незаконно, в нарушение режима законного пребывания иностранных граждан на территории Российской Федерации, предприняла активные действия, направленные на обеспечение нахождения на территории г. Мыски Кемеровской области иностранного гражданина «Б» – предоставила для совместного проживания жилье, за которое производила регулярную оплату, обеспечивала его денежными средствами, продуктами питания и иными средствами, необходимыми для дальнейшего незаконного пребывания на территории Российской Федерации. Гражданка «А» была признана виновной и осуждена по ч. 1 ст. 322.1 УК РФ.

Из приведенного судебного решения видно, что виновное лицо из личной заинтересованности совершило ряд последовательных противоправных действий, целенаправленных на организацию незаконного пребывания на территории Российской Федерации иностранного гражданина¹².

Таким образом, до сих пор так и остается неразрешенным вопрос коллизии уголовно-правовых и административно-правовых норм, предусматривающих ответственность в области нарушений миграционного законодательства. Из приведенного анализа наглядно просматривается актуальность проблематики и возможные пути ее решения, такие как законодательный (внесение вышепредложенных вариантов изменений в действующее законодательство) и судебный (обобщение судебной практики высшим судебным органом), при помощи которых и с использованием соответствующих юридических механизмов имеется основа для формирования правильного, обоснованного и взвешенного подхода с учетом мнения правоприменителей и «железной воли» законодателя. Платформой же для продвижения в данном направлении может стать активное обсуждение указанной проблематики в научных кругах с привлечением заинтересованных представителей гражданского общества, что будет являться своеобразным фильтром для отсева сомнительных и поиска оптимальных юридических конструкций¹³. Вместе с тем большую роль

¹² URL: <https://rospravosudie.com/court-myskovskij-gorodskoj-sud-kemerovskaya-oblast-s/act-104586731/> (дата обращения: 22.10.2015).

¹³ См.: *Осокин П. Б.* Общественное мнение как условие криминализации общественно опасных деяний (на примере занятия проституцией) // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2014. № 1 (27). С. 58–62.

в скорейшем усовершенствовании уголовно-правовой и административно-правовой норм может сыграть процесс нравственной эволюции общества, выражающийся в усилении морального осуждения гражданами любого рода противоправных деяний в сфере организации незаконной миграции, который, в свою очередь, даст толчок для формирования в данном направлении единства судебной практики¹⁴. Однако в настоящее время никаких подвижек в данном направлении ни на законодательном уровне, ни на уровне высшего судебного органа – Верховного Суда РФ путем выработки определенной позиции не наблюдается. В связи с этим правоприменителям остается только опираться на складывающуюся неоднородную судебную практику, обстоятельства, установленные в ходе расследования, собственное понимание и уяснение действующего законодательства в сфере миграционных правоотношений. Но при таком подходе возрастает риск неправильного применения соответствующих правовых норм, что влечет за собой принятие неправильных и противоречивых юридически значимых решений.

¹⁴ См.: *Осокин Р. Б.* Общественная нравственность : опыт теоретико-инструментального анализа // *Образование. Наука. Научные кадры.* 2013. № 7. С. 74–78 ; *Его же.* Уголовно-правовая охрана общественной нравственности : история и зарубежный опыт противодействия. Тамбов, 2013 ; *Его же.* Об основных направлениях уголовно-правовой политики в сфере противодействия преступлениям против общественной нравственности // *Уголовный закон : проблемы и перспективы : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (15 апреля 2011 г.).* Тамбов, 2011. С. 219–223 ; *Правоохранительная политика : проблемы формирования и осуществления / под ред. А. В. Малько, Р. В. Пузикова.* М., 2012. С. 100–114.

Тамбовский государственный университет имени Г. Р. Державина

Акименко П. А., аспирант

E-mail: nochnoy_patrul@mail.ru

Московский университет МВД России имени В. Я. Кикотя

Осокин Р. Б., доктор юридических наук, доцент

E-mail: osokinr@mail.ru

Tambov State University named after G. R. Derzhavin

Akimenko P. A., Post-graduate Student

E-mail: nochnoy_patrul@mail.ru

Moscow University of the Russian Ministry of Internal Affairs named after V. Ya. Kikot

Osokin R. B., Doctor of Legal Sciences, Associate Professor

E-mail: osokinr@mail.ru

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1.1. К публикации принимаются материалы, содержащие результаты научных исследований, оформленные в виде полных статей, кратких сообщений, обзоров. В журнале могут быть опубликованы рецензии и материалы-обзоры проведенных научных конференций (форумов, семинаров).

1.2. Содержание присылаемых в редакционную коллегию журнала материалов и их оформление должно соответствовать установленным требованиям (см. сайт журнала: <http://www.vestnik.vsu.ru/content/pravo/>; <http://www.law.vsu.ru/science/publications/vestnik.html>).

1.3. Материалы необходимо представлять в редакционную коллегию по почте или по электронной почте. В случае если материал направляется в редакционную коллегию по почте, нужно прилагать электронный носитель, содержащий файл со статьей автора.

1.4. Подписанный автором (соавторами) текст публикации оформляется **одним файлом**, который содержит следующую информацию и структуру:

- индекс УДК;
- название статьи на русском и английском языках;
- инициалы и фамилия автора (соавторов);
- наименование образовательной, научной или иной организации, в которой автор (соавторы) работает (или занимает соответствующую должность);
- дата направления материала в редакцию журнала;
- аннотация статьи на русском и английском языках;
- ключевые слова на русском и английском языках;
- текст статьи;
- сведения об авторе (соавторах) на русском и английском языках с полным указанием фамилии, имени, отчества, ученой степени, ученого звания, основного места работы, занимаемой должности, номера (служебного, домашнего или мобильного) телефона, домашнего или служебного адреса, адреса электронной почты.

1.5. Для аспирантов и соискателей дополнительно необходимо прислать в редакцию журнала выписку из протокола заседания кафедры (сектора, подразделения организации) о рекомендации присланного материала к опубликованию в журнале или краткий отзыв научного руководителя с рекомендацией опубликования статьи.

1.6. Статьи, направляемые в редакцию, подлежат рецензированию, и в случае положительной рецензии – научному и контрольному редактированию.

1.7. Решение о публикации статьи принимается редакционной коллегией журнала.

1.8. 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. Объем статьи не должен превышать 16–18 страниц (к сведению: 22 страницы, или 40 000 знаков, включая пробелы и знаки препинания, составляют один печатный лист).

2.4. Сноски оформляются постранично. Нумерация – сквозная.

2.5. Правила оформления сносок – в соответствии с ГОСТом 7.0.5 – 2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления». Во избежание оши-

бок редакционная коллегия рекомендует авторам самостоятельно не сокращать сноски, всякий раз приводя полные сведения о цитируемом источнике.

2.6. Все страницы рукописи следует пронумеровать.

2.7. Наименования организаций, органов государственной власти, учреждений, международных организаций не сокращаются. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

2.8. Все таблицы должны быть упомянуты в тексте. Каждая таблица печатается на отдельной странице 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, то приводится полностью его название.

2.9. Схемы и диаграммы должны быть пронумерованы и представлены в виде отдельных файлов.

2.10. Иллюстрации (фотографии) могут быть черно-белыми и цветными, отсканированы с разрешением 300 точек на дюйм и сохранены в отдельном файле в формате tif или jpg.

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.

3.3. В отдельных случаях возможна доработка (улучшение качества) статьи автором по рекомендации редакционной коллегии. Статья, направленная автору на доработку, должна быть возвращена в исправленном виде вместе с ее первоначальным вариантом в максимально короткие сроки. К переработанной рукописи автору (соавторам) необходимо приложить письмо, содержащее ответы на сделанные редакцией замечания и поясняющее все произведенные в статье изменения.

3.4. 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;
- опубликования статьи в иных изданиях или представления статьи для опубликования идентичных материалов в другие издания.

3.5. Рукописи, представленные для публикации, не возвращаются.

3.6. Мнение редакционной коллегии не всегда может совпадать с точкой зрения автора.

Requirements to the materials directed to an editorial board of the journal for publication

1. GENERAL PROVISIONS

1.1. To the publication the materials containing the results of scientific researches issued in the form of full articles, short messages, reviews are accepted. Reviews and materials reviews of the held scientific conferences (forums, seminars) can be published in the journal.

1.2. The content of the materials sent to the editorial board of the journal and their arrangement must conform to the established requirements (see website: <http://www.vestnik.vsu.ru/content/pravo/>; <http://www.law.vsu.ru/science/publications/vestnik.html>).

1.3. Materials should be sent to the editorial board by mail or by e-mail. In case material goes to an editorial board by mail, it is necessary to apply the electronic data storage device containing the file with the author's article.

1.4. The text of the publication signed by the author (coauthors) should be made out by **one file** which contains the following information and structure:

- UDC identifier;
- article heading in Russian and in English;
- author's (coauthors') initials and surnames;
- name of educational, scientific or other organization where the author (coauthors) works (or holds any appointment);
- date of directing materials to the editorial board of the journal;
- summary of the article in Russian and in English;
- key words in Russian and in English;
- text of article;
- data on the author (coauthors) in Russian and in English with the full indication of a surname, name, middle name, academic degree, academic status, primary place of employment, post, phone number (office, home or mobile), home or office addresses, e-mail.

1.5. For postgraduate students and degree-seeking students it is also necessary to send an extract from the minutes of chair (sector, division of the organization) about the recommendation of the sent material to publication in the journal or a short response of the research supervisor with the recommendation of publication of article to editorial board of the journal.

1.6. Articles sent to the editorial board shall be reviewed, and in case of the positive review – scientific and control correcting.

1.7. The decision on the publication of the article is made by the editorial board of the journal.

1.8. The publication of articles is free of charge.

2. REQUIREMENTS TO ARRANGEMENT OF THE MATERIALS DIRECTED TO THE EDITORIAL BOARD OF THE JOURNAL FOR PUBLICATION

2.1. The text is printed in a text editor of WinWord; font – Times New Roman; size – 14th; interval – 1,5.

2.2. All page-sides shall be 2 centimeters.

2.3. The volume of article shouldn't exceed 16-18 pages (note: 22 pages, or 40 000 symbols, including gaps and punctuation marks, make one printed page).

2.4. References are made out page by page. Numbering goes through.

2.5. References are arranged according to state standard specification 7.0.5 – 2008 «The bibliographic references. General requirements and rules of drawing up». In order

to avoid mistakes the editorial board recommends not to reduce references independently, each time pointing out full data on the citing source.

2.6. All pages of the manuscript should be numbered.

2.7. Names of the organizations, public authorities, institutions, international organizations aren't reduced. All abbreviations and reductions, except for well-known, shall be deciphered at the first use in the text.

2.8. All tables shall be mentioned in the text. Each table is printed on the separate page and numbered according to its first mention in the text. Each column must have short heading (reductions and abbreviations can be used there). Explanations of terms, abbreviations are located in references (notes), but not in the table headings. The symbol – * is applied for references. If data from other published or unpublished source are used, its heading has to be named completely.

2.9. Schemes and charts shall be numbered and submitted in separate files.

2.10. Illustrations (photos) can be black-and-white or colored, scanned with the dimension of 300 dots per inch and kept in the separate file in the tif or jpg format.

3. THE DECISION TO PUBLISH AND TO REFUSE PUBLICATION

3.1. Sending the article to the journal, the author is obliged not to represent identical material to other publishers before decision on the publication is made.

3.2. The editorial board sends articles for the conclusion to specialists or experts in case if knowledge of narrow area of law is necessary to make decision on the publication.

3.3. According to the recommendation of the editorial board completion (quality improvement) of article by the author is in some cases possible. Article sent to the author to completion has to be returned in the corrected form together with its initial version in the shortest terms. The author (coauthors) needs to attach the letter containing answers to the remarks made by edition and explaining all changes made in article to the processed manuscript.

3.4. Refusal in the publication is possible in cases:

- article's discrepancy to a profile and specifics of the journal;
- the rough violations in citing including references to statute rules;
- article's discrepancy to scientific level and practical usefulness criteria;
- negative conclusion of the editorial board;
- the article (or identical materials) is published or submitted for publication in other printed editions

3.5. Manuscripts submitted for publication are not returned.

3.6. The opinion of the editorial board does not always coincide with the author's point of view.

**ВЕСТНИК
ВОРОНЕЖСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА**

СЕРИЯ: ПРАВО. 2016. № 1 (24)

Номер подписан в печать 15.03.2016

Ведущий редактор *Н. Н. Масленникова*

Электронная верстка *Е. Н. Попуга*

Корректор *Г. И. Старухина*

Формат 70×100/16.

Уч.-изд. л. 24,0. Усл. п. л. 22,9. Тираж 500 экз. Заказ 99.

Издательский дом ВГУ
394000 Воронеж, пл. Ленина, 10

Отпечатано в типографии
Издательского дома ВГУ
394000 Воронеж, ул. Пушкинская, 3