

Вестник Воронежского государственного университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ



СЕРИЯ: ПРАВО

Издается с 2006 г.

Выходит 4 раза в год

1(28) — 2017

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. 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. (Евро-
пейский 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 экс-
перт 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-Пе-
тербург); *С. Кодама*, доктор права, проф. (Университет Миэ, Япония); *А. В. Малько*, д-р
юрид. наук, проф. (Саратовский филиал Института государства и права РАН); *Е. И. Носы-
рева*, д-р юрид. наук, проф.; *К. К. Панько*, д-р юрид. наук, проф.; *С. В. Передерин*, д-р юрид.
наук, проф.; *Р. А. Подопригора*, д-р юрид. наук, проф. (Каспийский университет, г. Алматы,
Республика Казахстан); *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 законодатель-
ства в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия: Свидетельство о ре-
гистрации 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. 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 sci-
ences, associate prof.; *T. D. Zrazhevskaya*, dr of legal sciences, prof.; *S. D. Knyazev*, dr of legal sci-
ences, 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 Academy of Sciences); *E. I. Nosyreva*, dr of legal sciences, prof.; *K. K. Panko*, dr of le-
gal sciences, prof.; *S. V. Perederin*, dr of legal sciences, prof.; *R. A. Podoprigora*, dr of legal sci-
ences, prof. (Caspian Public University, Almaty, Kazakhstan); *M. V. Sentsova (Karaseva)*, dr
of legal sciences, prof.; *Yu. V. Sorokina*, dr of legal sciences, prof.; *V. V. Trukhachev*, dr of legal
sciences, prof.; *L. V. Tumanova*, dr of legal sciences, prof. (Tver State University); *N. A. Shish-
kin*, 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, 2017
© Desing, original-model.
Publishing house of the
Voronezh State University, 2017

СОДЕРЖАНИЕ

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

<i>Бялкина Т. М.</i> Функционально-целевая характеристика местного самоуправления как основа определения его компетенции.....	8
<i>Ефремов А. А.</i> Информационное пространство как сфера реализации государственного суверенитета.....	22

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА

<i>Васильев П. В.</i> О понятии и структуре метода научного юридического исследования.....	31
--	----

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Косарева Е. В.</i> Разумный срок судебного разбирательства в контексте Концепции Единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации.....	39
<i>Клеменцева Я. Н.</i> О правовой природе арбитражного сбора	47
<i>Шукин А. И.</i> О некоторых подходах к понятию «международная правовая помощь» по гражданским делам.....	61
<i>Гришин П. А.</i> Самозащита и дозволение самоуправства: отдельные материальные и процессуальные аспекты.....	70

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Гриценко В. В.</i> Доктрина информационной безопасности Российской Федерации: сущность, современное значение и организационно-правовые основы.....	78
<i>Матвеев С. П.</i> Административно-правовые проблемы договорного регулирования в системе органов внутренних дел.....	89
<i>Катаева О. В.</i> Факторы, обуславливающие миграцию в Российскую Федерацию.....	102
<i>Шерипов Н. Т.</i> Современное состояние и перспективы развития института статс-секретаря в Кыргызской Республике	109
<i>Новиков А. В.</i> Правовая природа протокола об административном правонарушении. Совершенствование процедуры его составления.....	126
<i>Ярковой С. В.</i> Административное усмотрение в правоприменительной деятельности административно-публичных органов и их должностных лиц.....	144
<i>Патлаев Д. Е.</i> Правовые основы деятельности органов прокуратуры по осуществлению надзора за исполнением законов о распоряжении землей	153
<i>Фролов Б. М.</i> О некоторых особенностях разграничения полномочий по осуществлению государственного контроля и надзора в сфере образования между Российской Федерацией и ее субъектами.....	164
<i>Иванцова Ю. Г.</i> Нормативное правовое регулирование информационных отношений в Содружестве Независимых Государств	174
<i>Ломакин С. С.</i> Пределы влияния правил, устанавливаемых специальным административно-правовым режимом несостоятельности (банкротства) на принципы исполнения обязательств должника	183

АДМИНИСТРАТИВНОЕ СУДОПРОИЗВОДСТВО

<i>Джаналиева Н. К.</i> О совершенствовании административного судопроизводства в Кыргызской Республике.....	191
<i>Стариков М. Ю.</i> Меры предварительной защиты по обеспечению требований административного истца: функции, виды и отдельные вопросы применения.....	199

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

<i>Карпова Е. С.</i> О классификации земельных правонарушений	218
---	-----

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО. НАЛОГОВОЕ ПРАВО. БАНКОВСКОЕ ПРАВО

<i>Демин А. В.</i> Налоговый мониторинг: текущее состояние, проблемы и перспективы.....	226
<i>Аббясова Е. В.</i> Налоговая амнистия	235

ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Артамонов В. В.</i> Современные проблемы создания благоприятных условий труда и стратегия законоотворчества	241
--	-----

УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Малахова Л. И.</i> Свидетельский иммунитет в уголовном судопроизводстве РФ: проблемы правовой регламентации.....	246
<i>Басова О. О.</i> Перспективы участия помощника судьи в примирительных процедурах по уголовным делам.....	253
<i>Кургузкина Е. Б., Зубкова А. В.</i> Личность преступника, склонного к незаконной добыче (вылову) водных биологических ресурсов и нарушению правил охраны водных биологических ресурсов	265
<i>Нешпор Е. А.</i> Современная система исправительно-воспитательной деятельности пенитенциарных учреждений Индии	275

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

<i>Вылегжанин А. Н., Дудыкина И. П.</i> Конвенция ООН по морскому праву и правовой режим арктического шельфа	284
<i>Исполинов А. С.</i> Вопросы толкования и применения пактов о правах человека (к 50-летию принятия).....	303
<i>Сивопляс А. В.</i> Некоторые вопросы ответственности в сфере выборов во Франции	313

РЕЦЕНЗИИ

<i>Галушко Д. В.</i> Рецензия на кн.: Кудряшов В. В. Международно-правовое регулирование суверенных финансовых институтов. – М.: Финансовый ун-т, 2015. – 316 с.....	322
--	-----

Информация

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования.....	325
--	-----

PROCEEDINGS
OF VORONEZH
STATE UNIVERSITY



SERIES: LAW
FIRST PUBLISHED IN 2006
Published quarterly

Series: Law. 2017. № 1 (28). January–March

CONTENTS

STATE AUTHORITY. LEGISLATIVE PROCESS. CONSTITUTIONAL
LAW. PUBLIC MANAGEMENT. LOCAL SELFGOVERNMENT

- Byalkina T. M.* Functional and target characteristic of local self-government as a basis for determining its competence..... 8
Efremov A. A. Information space as the sphere of realization of sovereignty 22

THEORY AND HISTORY LAW

- Vasiliev P. V.* About concept of and structure of the method of scientific legal research 31

CIVIL LAW. CIVIL PROCESS. ARBITRATION PROCESS

- Kosareva E. V.* Reasonable time for court proceedings for the purposes of the Concept of the uniform Civil procedural code of the Russian Federation 39
Klementseva Ya. N. To the question of the legal nature of the arbitration fee 47
Shchukin A. I. On some approaches to the concept of «international legal aid» in civil cases..... 61
Grishin P. A. Self-defense and permissibility of arbitrariness: some substantive and procedural aspects 70

ADMINISTRATIVE LAW AND ADMINISTRATIVE PROCESS

- 6 *Gritsenko V. V.* Doctrine of information security of the Russian Federation: essence, the present value and organizational and legal bases..... 78
Matveev S. P. Administrative and legal problems of contractual regulation in the system of internal affairs bodies 89
Kataeva O. V. Factors defining migration to Russian Federation 102
Scheripov N. T. Current state and prospects of development of the State Secretary of the Institute in the Kyrgyz Republic 109
Novikov A. V. Nature of the protocol of administrative offence. Improving procedures for its preparation 126
Yarkovoy S. V. Administrative discretion in the law enforcement by administrative public bodies and their officials 144
Patlaev D. E. The legal basis of activities of bodies of Prosecutor's office on supervision of execution of laws on disposal of land 153

Frolov B. M. Some features of separation of powers to exercise state control and supervision in educational sphere between the Russian Federation and its subjects..	164
Ivanzova Yu. G. Normative-legal regulation of information relations in the Commonwealth of Independent States.....	174
Lomakin S. S. Limits of influence of the rules established by the administrative-legal regime of insolvency (bankruptcy) to the principles of fulfillment debtor's obligations	183

ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS

Dzhanalieva N. K. On the issue of improving the administrative proceedings in the Kyrgyz Republic	191
Starilov M. Yu. Preliminary protection measures to provide the administrative claim requirements: features, views and some questions of application	199

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY AND PROCEEDINGS OF THE CASES OF ADMINISTRATIVE OFFENSES

Karpova E. S. About the classification of land offenses.....	218
---	-----

FINANCIAL LAW. TAX LAW. BANKING LAW

Demin A. V. Tax monitoring: current state, problems and prospects	226
Abbasova E. V. Tax amnesty	235

LABOUR LAW

Artamonov V. V. Modern problems of creation of favorable working conditions and strategy of lawmaking	241
--	-----

CRIMINAL LAW. CRIMINAL PROCEDURE. CRIMINALISTICS

Malakhova L. I. Witness immunity is in criminal trial of Russian Federation: problems of legal regulation	246
Basova O. O. Prospects of participation of assistant judge in mediation procedures of criminal cases.....	253
Kurguzkina E. B., Zubkova A. V. The identity of the criminal, prone to illegal extraction of aquatic biological resources and violation of rules of protection of water biological resources	265
Neshpor E. A. The current system of correctional and educational activities of the penitentiary institutions of India.....	275

INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

Vylegzhanin A. N., Dudykina I. P. The UN Convention on the law of the Sea and the legal regime of the Arctic Shelf	284
Ispolinov A. S. Issues of interpretation and application of the International Covenants of human rights (50-th anniversary of its adoption)	303
Sivoplyas A. V. Some problems of responsibility in the area of elections in France...	313

REVIEWS

Galushko D. V. Review of the book: Kudryashov V. V. International legal regulation of the sovereign financial institutions. – M. : Financial University, 2015. – 316 p.	322
---	-----

Information

The requirements to the materials, sent to the editorial staff for publishing	325
---	-----

УДК 342.25

**ФУНКЦИОНАЛЬНО-ЦЕЛЕВАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ КАК ОСНОВА
ОПРЕДЕЛЕНИЯ ЕГО КОМПЕТЕНЦИИ**

Т. М. Бялкина

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 января 2017 г.

Аннотация: *статья посвящена функционально-целевой характеристике местного самоуправления как института публичной власти, рассмотрению вопросов местного значения в качестве основных функций местного самоуправления, их видам, взаимосвязи с внутренними функциями государства. Обосновываются предложения по совершенствованию существующих подходов к правовому регулированию компетенции местного самоуправления.*

Ключевые слова: *местное самоуправление, вопросы местного значения, функции, компетенция, полномочия органов местного самоуправления.*

Abstract: *the article is devoted to the functional-task characteristics of local government as an institution of public authority, consideration of local issues as the main local government functions, their types, the relationship with the internal functions of the state. The proposals to improve existing approaches to the legal regulation of competence of local self-government.*

Key words: *local government, local issues, functions, competence and powers of local authorities.*

Прошло практически четверть века с того времени, когда понятие «вопросы местного значения» впервые было употреблено в Законе СССР от 9 апреля 1990 г. «Об общих началах местного самоуправления и местного хозяйства в СССР»¹, а затем закреплено в Конституции РФ 1993 г.² С тех пор дискуссии о понятии и содержании данной правовой категории, ее использовании в нормативных правовых актах о компетенции местного самоуправления, соотношении с полномочиями и другие ведутся постоянно, периодически активизируясь по причине изменения соответствующих норм федерального законодательства³. Однако единого подхода к

¹ Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 16. Ст. 267.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4398.

³ См. об этом: *Васильев В. И.* О некоторых понятиях муниципального права // Журнал рос. права. 2013. № 12. С. 46; *Дементьева О.* Совершенствование законодательного регулирования компетенционных основ местного самоуправления // Муниципальное право. 2012. № 1. С. 8–15; *Маркварт Э., Савранская О.* К вопросу «О вопросах» или краткий анализ терминов и понятий, используемых в ста-

определению данной категории как не было изначально, так не сложилось до сих пор. Новый этап муниципальной реформы, начало которому было положено принятием Федерального закона от 27 мая 2014 г. № 136-ФЗ⁴, существенным образом изменившего подходы к правовому регулированию компетенции местного самоуправления, вновь активизировал дискуссии на эту тему. Это в очередной раз показало, что без однозначного определения содержания конституционной категории «вопросы местного значения», ее места в структуре компетенции местного самоуправления правотворческая деятельность и правоприменительная практика в данной сфере общественных отношений обречены на неудачу.

В связи с этим предлагаем еще раз поразмышлять на эту тему, в очередной раз обратившись к соответствующим положениям Конституции РФ и федерального законодательства. В ч. 1 ст. 130 Конституции РФ сказано, что местное самоуправление в Российской Федерации обеспечивает самостоятельное решение населением вопросов местного значения, владение, пользование и распоряжение муниципальной собственностью. Часть 1 ст. 132 устанавливает, что органы местного самоуправления самостоятельно управляют муниципальной собственностью, формируют, утверждают и исполняют местный бюджет, устанавливают местные налоги и сборы, осуществляют охрану общественного порядка, а также решают иные вопросы местного значения. То есть в двух статьях Конституции РФ о вопросах местного значения говорится применительно к *местному самоуправлению* и к *органам местного самоуправления*.

Используя правила формальной логики, можно сделать вывод, что в ст. 130 Конституция РФ определяет *предназначение местного самоуправления* в государстве в целом, закрепляя, что данный институт публичной власти обеспечивает решение вопросов местного значения. Иными словами, в данной статье говорится, для каких целей в государстве учреждается, признается местное самоуправление.

Статья 132 Конституции РФ употребляет термин «вопросы местного значения» применительно к *органам местного самоуправления*, которые, как известно, являются организационной формой (наряду с формой непосредственной демократии) осуществления населением местного самоуправления. В данном случае Конституция РФ определяет конкретные задачи органов местного самоуправления, которые они должны решать в процессе своей управленческой деятельности, называя важней-

стях 14–16 Закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 06.10.2003 № 131-ФЗ // Муниципальное право. 2004. № 4. С. 2–9; *Мирошник В. А.* Политико-правовые проблемы реализации вопросов местного значения // Местное право. 2012. № 1. С. 7–18; *Непомнящих С. С.* Вопросы местного значения как элемент компетенции местного самоуправления // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 5. С. 22–24; *Тимофеев Н. С.* К проблеме принципов и критериев выделения вопросов местного значения // Конституционное и муниципальное право. 2008. № 11. С. 15–21; и др.

⁴ URL: <http://www.pravo.gov.ru>

шие из них и оставляя данный перечень открытым для последующего уточнения в законодательстве.

«Решение вопросов», «управление» – это понятия, связанные с деятельностным аспектом характеристики института муниципальной власти, который, безусловно, может рассматриваться и со многих других позиций, исходя из конкретных целей тех или иных исследований. Сущность местного самоуправления как институционального явления, осуществляющего определенную деятельность, выражается в его функциях. Таким образом, Конституция РФ употребляет понятие «вопросы местного значения» в *двух аспектах*: во-первых, в качестве *функционально-целевой* характеристики местного самоуправления как института публичной власти; во-вторых, в качестве *конкретных управленческих функций* органов местного самоуправления, посредством которых обеспечивается решение соответствующих задач в границах муниципальных образований.

Рассмотрим, каким образом эти конституционные положения в настоящее время конкретизированы в федеральном законодательстве. Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»⁵ (далее – Федеральный закон № 131-ФЗ) в главе 3 «Вопросы местного значения» закрепляет перечень данных вопросов применительно к определенным типам (видам) муниципальных образований, учитывая при этом их особенности и возможности. В ст. 2 данного закона вопросы местного значения определяются как вопросы непосредственного обеспечения жизнедеятельности населения муниципального образования, решение которых в соответствии с Конституцией РФ и настоящим федеральным законом осуществляется населением и (или) органами местного самоуправления самостоятельно. Акцент делается на самостоятельное осуществление этих вопросов населением, однако никакой иной конкретизации цитируемое определение более не содержит. Как отмечает В. И. Васильев, закрепленное в законе содержание данного термина не дает исчерпывающего представления об особенностях его правового наполнения в соотношении с другими понятиями. В этом плане он ограничивается тавтологией: «вопросы – это вопросы». По сути, всё, что характеризует по закону вопросы местного значения, относится и к полномочиям субъектов МСУ⁶.

Таким образом, Федеральный закон № 131-ФЗ не говорит о том, что же относится к вопросам местного значения, местного самоуправления как публично-властного института, не определяет его основные функции, ограничиваясь установлением перечня задач, решаемых органами местного самоуправления определенных муниципальных образований. Однако без этого, как показал и доказал более чем двадцатилетний период существования российской муниципальной власти, невозможно оптимальным образом осуществить правовое регулирование компетенции местного самоуправления, закрепить в нормативных правовых ак-

⁵ URL: <http://www.pravo.gov.ru>

⁶ См.: *Васильев В. И.* О некоторых понятиях муниципального права. С. 46.

тах конкретный перечень вопросов (задач) и полномочий его субъектов, поскольку именно функции местного самоуправления выступают теми объективными границами (рамками, критериями, ограничителями) конкретных дел, которые в заданных параметрах должны осуществлять органы местного самоуправления. Как отмечает В. В. Гулина, выявление состава основополагающих функций местного самоуправления как конституционного института служит концептуальной основой для определения функций органов местной власти и, в свою очередь, определения их компетенции⁷. И эта задача – определение основных функций местного самоуправления как института публичной власти – в настоящее время является первостепенной в науке муниципального права.

Чтобы подчеркнуть значимость данной проблемы для российского местного самоуправления, вновь процитируем В. И. Васильева: «Многозначность важнейших терминов, относящихся к функциональной характеристике МСУ, отражает зыбкость ориентиров государственной политики, направленной на укоренение важнейшего института народовластия, что в конечном счете объясняется объективными условиями современного этапа политического и социально-экономического развития страны. Огранка нормативно-понятийных координат местного самоуправления прямым образом связана с позитивными изменениями этих условий, усилением определенности и последовательности действий государства в сфере МСУ. Вместе с тем оттачивание терминологии, освобождение понятий от расплывчатости, противоречивости являет собой самостоятельную правовую задачу не только для законодателя, но и для науки муниципального права»⁸.

Вопрос о функциях местного самоуправления не обделен вниманием со стороны представителей муниципально-правовой науки, в научной и учебной литературе рассматриваются их виды, предлагаются различные критерии классификации⁹. Так, И. И. Овчинниковым предложена система функций местного самоуправления как функций управленческой деятельности, которую осуществляет институт местного самоуправления, и эти функции носят «технологический» характер по отношению к функциям первичного уровня. Предлагаемая классификация характеризуется выделением так называемых общих функций, к числу которых, по мнению автора, относятся следующие:

⁷ См.: Гулина В. В. Функции местного самоуправления : институционально-правовое исследование : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Казань, 2013.

⁸ Васильев В. И. О некоторых понятиях муниципального права. С. 55–56.

⁹ См., например: Гулина В. В. Функциональное назначение местного самоуправления как политико-правового института // Государственная власть и местное самоуправление. 2011. № 9. С. 10–13 ; Давыденко О. А. Местное самоуправление в Российской Федерации : конституционно-правовые аспекты муниципальных властеотношений : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 41 ; Еремин А. Р. Реализация права человека и гражданина на местное самоуправление в Российской Федерации : конституционные вопросы. Саратов, 2003. С. 87 ; Наумов С. Ю., Подсумкова А. А. Основы организации муниципального управления : учеб. пособие. М., 2009. С. 174 ; и др.

а) организация, понимаемая как формирование и совершенствование структур, подсистем и звеньев местного самоуправления и как приведение в действие всего механизма местного самоуправления в рамках муниципального образования;

б) комплексное планирование, состоящее в выработке целей, средств и направлений развития институтов местного самоуправления, всего муниципального образования, обеспечения жизнедеятельности населения;

в) осуществление муниципальной кадровой политики;

г) регулирование, т.е. формирование правил, норм и методов поведения и деятельности органов местного самоуправления, должностных лиц, юридических и физических лиц на территории муниципального образования;

д) координация – согласование деятельности различных участников муниципальных общественных отношений с целью обеспечения реализации задач местного самоуправления;

е) контроль как обратная связь в муниципальной деятельности, процесс анализа результатов деятельности органов местного самоуправления, способ влияния на общественные процессы в муниципальных образованиях¹⁰.

Предлагаемые И. И. Овчинниковым функции справедливы и применимы к любой управленческой деятельности, в том числе осуществляемой органами муниципальной власти, однако они в меньшей степени связаны с предметной спецификой деятельности субъектов местного самоуправления.

На наш взгляд, сущностную характеристику местного самоуправления в большей степени отражает система функций, предложенная О. Е. Кутафиным и В. И. Фадеевым. По их мнению, к функциям местного самоуправления относятся следующие основные направления его деятельности:

1. Обеспечение участия населения в решении вопросов местного значения.

2. Управление муниципальной собственностью, финансовыми средствами муниципального образования.

3. Обеспечение комплексного экономического и социального развития территории муниципального образования.

4. Обеспечение удовлетворения основных жизненных потребностей населения в сферах, отнесенных к ведению муниципальных образований.

5. Охрана общественного порядка.

6. Представительство и защита интересов и прав местного самоуправления, гарантированных Конституцией РФ и федеральными законами¹¹.

¹⁰ См.: Овчинников И. И. Местное самоуправление в системе народовластия. М., 1999. С. 112.

¹¹ См.: Кутафин О. Е., Фадеев В. И. Муниципальное право Российской Федерации : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 126–137.

Как видим, к функциям местного самоуправления ведущие специалисты в области муниципального права отнесли конституционно установленные вопросы местного значения, такие как управление муниципальной собственностью и охрана общественного порядка, а также иные, важные, по мнению авторов, вопросы.

Полагаем возможным и целесообразным, с учетом современных реалий российского местного самоуправления, уточнить содержание предложенных функций, а также дополнить их перечень. Основой для этого, на наш взгляд, уместным будет считать систему внутренних функций государства, поскольку они реализуются как органами государственной власти, так и органами местного самоуправления, безусловно, с учетом специфики каждого из уровней публичной власти.

В теории государства и права существуют различные подходы к пониманию функций государства, их видов, содержания, и анализ этих аспектов выходит за рамки данной статьи¹². Тем не менее в большинстве публикаций к числу внутренних функций государства относят, как правило, следующие: политическую, экономическую, социальную, обеспечения прав и свобод человека и гражданина, экологическую, фискальную (налогообложения и взимания налогов), правоохранительную и некоторые др.¹³

Попробуем выделить в рамках содержания функций государства функции местного самоуправления, учитывая при этом предназначение и особенности данной формы народовластия, которая реализуется в пределах определенных границ – территорий муниципальных образований, связана, прежде всего, с жизнеобеспечением населения и опирается при этом преимущественно на собственные экономические и финансовые ресурсы.

1. Политическая функция государства на местном уровне предполагает необходимость максимально полной реализации принципов демократии, народовластия в организации и деятельности местного самоуправления как уровня публичной власти, наиболее приближенного к населению. Поэтому функцией местного самоуправления является *обеспечение участия населения в осуществлении местного самоуправления, реализации права населения на участие в управлении муниципальным образованием, в том числе права жителей муниципального образования избирать и быть избранными в органы местного самоуправления.*

В муниципальных образованиях должны быть созданы необходимые условия для реализации населением принадлежащей ему власти, обеспечения права граждан на участие в управлении делами соответству-

¹² Анализ различных точек зрения о функциях государства приводит, к примеру, Ю. Н. Беляева (см.: *Беляева Ю. Н. О социальных функциях государства // Журнал рос. права. 2016. № 1. С. 99–103.*

¹³ См., например: *Теория государства и права : учеб. для вузов / отв. ред. В. Д. Перевалов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 69–80 ; Рассказов Л. П. Теория государства и права : учеб. для вузов. 6-е изд. М., 2014. С. 76–83 ; и др.*

ющего муниципального образования. Нормативно-правовым обоснованием данной функции выступает ст. 32 Конституции РФ, а также ст. 3 Федерального закона № 131-ФЗ, положения иных законов, регламентирующих функционирование политико-властных институтов местного самоуправления.

К числу политических функций местного самоуправления следует также отнести *функцию представительства и защиты интересов и прав местного самоуправления, гарантированных Конституцией РФ и федеральными законами*. Роль данной функции в настоящее время имеет особое значение в связи с наметившейся тенденцией усиления влияния органов государственной власти, особенно субъектов РФ, на организацию и деятельность местного самоуправления, их стремлением уменьшить демократический потенциал данного института народовластия путем замены прямых выборов глав муниципальных образований населением псевдовыборами на конкурсной основе, прямым вмешательством органов государственной власти в решение вопросов местного значения путем перераспределения полномочий, что противоречит основополагающим принципам местного самоуправления. Защита местного самоуправления, в том числе в судебном порядке, в настоящее время актуальна как никогда. В этой ситуации особую значимость приобретает деятельность Конституционного Суда РФ по рассмотрению обращений, связанных с нарушениями конституционных основ организации и функционирования института муниципальной власти.

2. Экономическая и социальная функции государства на местном уровне проявляются в функции *обеспечения комплексного социально-экономического развития муниципального образования*. Определение комплексного социально-экономического развития включает в себя такие основные позиции, как развитие инфраструктуры муниципального образования, взаимосвязанное и сбалансированное, в том числе территориально, развитие всех основных сфер жизнедеятельности муниципального образования в комплексе. В Российской Федерации не предусмотрено существование на территориях муниципальных образований органов государственной власти, которые отвечали бы за все сферы и направления его развития, поскольку у расположенных в них территориальных подразделений органов государственной власти имеются свои специальные (отраслевые, функциональные, иные) задачи, связанные с решением определенных государственных вопросов. За обеспечение развития муниципального хозяйства, муниципальной экономики и социально-культурной сферы в границах муниципального образования в комплексе отвечают прежде всего субъекты местного самоуправления. Именно они должны стимулировать инвестиционную привлекательность своих территорий, заниматься поддержкой развития малого и среднего бизнеса, создавать благоприятную среду обитания для жителей. Нормативно-правовым обоснованием данной функции можно считать конституционный принцип самостоятельности местного самоуправления в решении вопросов местного значения (ст. 12, 130 Конституции РФ), а также положе-

ния ст. 5 и 6 Федерального закона № 131-ФЗ о том, что осуществление исполнительно-распорядительных и контрольных полномочий органами государственной власти в отношении муниципальных образований и органов местного самоуправления допускается только в случаях и порядке, установленных Конституцией РФ, федеральными конституционными законами, настоящим федеральным законом и другими федеральными законами.

Важность данного направления деятельности органов местного самоуправления отмечается в Основах государственной политики регионального развития Российской Федерации на период до 2015 г., утвержденных Указом Президента РФ от 16 января 2017 г. № 13¹⁴. В качестве приоритетных задач (п. 7), среди прочих, называется привлечение частных инвестиций в негосударственный сектор экономики, в том числе на местном уровне, посредством:

- формирования по инициативе органов местного самоуправления приоритетных инвестиционных проектов местного уровня, определения (уточнения) мест размещения особых (свободных) экономических зон, индустриальных и технологических парков, иных зон с особыми условиями ведения предпринимательской деятельности с учетом прогнозов социально-экономического развития регионов и планов по инфраструктурному и социальному обустройству территорий, предусмотренных государственными и муниципальными программами развития отдельных отраслей экономики и социальной сферы, а также инвестиционными программами субъектов естественных монополий;

- установления (уточнения) на период до 2025 г. на местном уровне льготных налоговых, таможенно-тарифных и иных условий деятельности частных инвесторов, реализующих приоритетные инвестиционные проекты и (или) осуществляющих деятельность в зонах с особыми условиями ведения предпринимательской деятельности;

- проведения конкурсов (аукционов) на право заключения соглашений о реализации приоритетных инвестиционных проектов, в которых определяются права, обязанности и ответственность частных инвесторов, органов местного самоуправления и субъектов естественных монополий по синхронизированному строительству (реконструкции) объектов инженерной, энергетической, транспортной и социальной инфраструктуры и соответствующих коммерческих объектов, а также устанавливаются гарантии финансирования взаимных обязательств сторон на период действия указанных соглашений.

К данному экономическому блоку относится такая функция местного самоуправления, как *управление муниципальным имуществом, средствами местного бюджета*. Без надлежащего финансового и имущественного обеспечения невозможно решение местных вопросов, поэтому наличие экономической основы является необходимым признаком муниципального образования. Муниципальная собственность в соответствии

¹⁴ URL: <http://www.pravo.gov.ru>

со ст. 8 Конституции РФ, признается и защищается наравне с государственной, частной и иными формами собственности. Каждое муниципальное образование самостоятельно исполняет свой местный бюджет, который является единственной формой формирования и расходования денежных средств на местном уровне.

Данная функция местного самоуправления закрепляется ст. 130, 132 Конституции РФ и выступает в качестве базисной для реализации всех остальных функций местного самоуправления. В современных условиях необходима активная деятельность органов местного самоуправления по повышению эффективности использования имеющихся экономических и финансовых ресурсов своих муниципальных образований. Задачи по стимулированию деятельности органов публичной власти в данном направлении, в том числе органов местного самоуправления, называются в вышеупомянутых Основах государственной политики регионального развития Российской Федерации на период до 2015 г. К ним, в частности, относится совершенствование механизмов стимулирования муниципальных образований к наращиванию собственного экономического потенциала посредством:

совершенствования системы формирования, распределения и предоставления межбюджетных трансфертов из бюджета одного уровня бюджетной системы Российской Федерации в бюджет другого уровня, а также условий предоставления межбюджетных трансфертов. При этом следует предусматривать в качестве одного из важнейших условий предоставления межбюджетных трансфертов обязанность органов государственной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления по проведению единой государственной политики в соответствующих отраслях экономики, наращиванию собственного экономического потенциала в соответствии со стратегией пространственного развития Российской Федерации, стратегиями социально-экономического развития субъектов РФ и муниципальных образований на период до 2025 г., а также по выполнению социальных обязательств перед гражданами;

эффективного применения мер финансовой ответственности субъектов РФ и муниципальных образований и персональной ответственности их высших должностных лиц за невыполнение принятых при получении межбюджетных трансфертов обязательств по эффективному использованию бюджетных средств и достижению конкретных результатов в развитии соответствующих отраслей экономики и социальной сферы;

предоставления грантов из региональных бюджетов муниципальным образованиям, достигавшим наиболее высоких темпов наращивания собственного экономического потенциала и снижения уровня дотационности территорий;

частичного зачисления в местные бюджеты доходов от отдельных налогов и сборов, подлежащих зачислению в региональные бюджеты, которые были дополнительно начислены на соответствующей территории в результате деятельности органов местного самоуправления по наращиванию экономического потенциала территорий.

К этой же группе, на наш взгляд, относится такая функция, как *создание условий для строительства жилья и иных объектов на территории городского округа, организация строительства и содержания муниципального жилищного фонда, обеспечение проживающих в муниципальном образовании и нуждающихся в жилых помещениях малоимущих граждан жильем помещениями*. Реализация данной функции имеет большое значение для развития экономики муниципального образования в целом, поскольку способствует созданию новых объектов недвижимости, увеличению муниципальной собственности, расширению налогооблагаемой базы, развитию предпринимательства и т.п. В рамках этого направления муниципальной деятельности решается жилищная проблема, которая является первоочередной задачей очень многих муниципалитетов и жизненно важным вопросом большого числа граждан России.

На наш взгляд, в современных российских условиях имеются основания для выделения в качестве самостоятельной функции *охраны окружающей среды и благоустройства территорий муниципальных образований*. Загрязненность и захламленность многих российских территорий бытовыми и промышленными отходами, неблагоприятная экологическая обстановка означают необходимость объединения усилий всех органов публичной власти, в том числе и органов местного самоуправления, а также населения, для решения этих проблем. Исходя из того, что данные вопросы самым непосредственным образом связаны с качеством жизни на определенных территориях, их население весьма заинтересовано в улучшении сложившейся ситуации и при надлежащем информационном, организационном, материально-техническом обеспечении со стороны органов местного самоуправления будет принимать активное участие в соответствующих мероприятиях.

3. Важнейшей функцией государства является обеспечение прав и свобод человека и гражданина. Реализация многих прав и свобод, в том числе закрепленных в главе 2 Конституции РФ, осуществляется по месту жительства граждан органами местного самоуправления. В силу этого одной из функций местного самоуправления следует считать *обеспечение основных жизненных потребностей населения (организация коммунального, транспортного, бытового, торгового, социально-культурного и иного обслуживания) в сферах, отнесенных к ведению муниципального образования*.

Данная функция предполагает деятельность органов местного самоуправления в рамках их предметов ведения (т.е. определенных сфер общественных отношений), в которых законодательно установлены полномочия данных органов по решению конкретных вопросов, касающихся, прежде всего, интересов жителей определенных населенных пунктов и территорий, т.е. являющихся вопросами местного значения. Эти вопросы связаны с обеспечением каждодневных жизненных потребностей населения соответствующего муниципального образования, т.е. последствия этой деятельности, как правило, не выходят за его границы. Вопросы

местного значения для всех типов муниципальных образований (за исключением внутригородских территорий городов федерального значения) закрепляет Федеральный закон № 131-ФЗ (ст. 14, 15, 16, 16.2), конкретные полномочия органов местного самоуправления по их решению содержатся в большом количестве отраслевых федеральных законов, а также в законах субъектов РФ, уставах муниципальных образований.

После принятия Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»¹⁵ у органов публичной власти, в том числе органов местного самоуправления, появилось новое направление деятельности – *организация предоставления жителям муниципальных образований муниципальных услуг*. Понятие муниципальной услуги закреплено ст. 2 данного закона, в которой говорится, что муниципальная услуга – это деятельность по реализации функций органа местного самоуправления (далее – орган, предоставляющий муниципальные услуги), которая осуществляется по запросам заявителей в пределах полномочий органа, предоставляющего муниципальные услуги, по решению вопросов местного значения, установленных в соответствии с Федеральным законом от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и уставами муниципальных образований.

Концепция оказания публичных, в том числе муниципальных, услуг в том виде, как она регламентирована Федеральным законом № 210-ФЗ, неоднозначно воспринята научным сообществом и является дискуссионной¹⁶. В силу этого в настоящее время сложно сделать однозначный вывод о том, является ли эта деятельность самостоятельной функцией местного самоуправления или же она является производной, процессуальной деятельностью, осуществляемой в рамках определенных административных процедур, установленных административными регламентами, входящей в содержание функции обеспечения основных жизненных потребностей населения, поскольку осуществляется в рамках полномочий местных органов власти, но по заявлениям (запросам) лиц, заинтересованных в соответствующей услуге.

4. Еще одна функция государства – правоохранительная – также имеет муниципальный компонент своей реализации. Статья 132 Консти-

¹⁵ URL: <http://www.pravo.gov.ru>

¹⁶ См.: *Бабун Р. В.* Муниципальные услуги в системе муниципального управления // Местное право. 2010. № 6. С. 3–10; *Костюков А. Н.* Концепция «единой фабрики» в организации местного самоуправления в России // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 8. С. 75–79; *Маркварт Э.* Современный муниципалитет – фабрика услуг или платформа для гражданского общества // Практика муниципального управления. 2013. № 3. С. 7–14; *Панченко В. Ю.* О критериях доступности и качества публичных услуг // Государственная власть и местное самоуправление. 2014. № 1. С. 23–28; *Филимонова Е. А.* Сопутствующие услуги как особый вид муниципальных услуг (особенности юридической природы) // Конституционное и муниципальное право. 2013. № 12. С. 50–52; *Щепачев В. А.* Участие местного самоуправления в оказании публичных услуг населению: некоторые проблемы // Там же. 2009. № 3. С. 30–33; и др.

туции РФ называет в числе вопросов местного значения *охрану общественного порядка*, поэтому это направление деятельности муниципальной власти относят также к числу функций местного самоуправления. Вместе с тем практическая реализация данной функции вызывает определенные проблемы.

Статьями 15 и 16 Федерального закона № 131-ФЗ предусмотрено, что к вопросам местного значения муниципальных районов и городских округов относится организация охраны общественного порядка на своих территориях муниципальной милицией. Вместе с тем ст. 83 закона установила, что эти положения вступают в силу в сроки, установленные федеральным законом, определяющим порядок организации и деятельности муниципальной милиции.

Несмотря на то что после принятия Федерального закона № 131-ФЗ прошло уже более 13 лет, федеральный закон о муниципальной милиции так и не был принят. Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. «О полиции» № 3-ФЗ не предусматривает создание муниципальной полиции или милиции, поэтому остается неясным, предполагает ли законодатель в будущем все же разработать и принять закон о муниципальной милиции или эта норма так и будет иметь декларативный характер.

Хотелось бы подчеркнуть, что приведенная выше система основных функций местного самоуправления не претендует на то, чтобы считаться «истиной в последней инстанции», а является скорее предложением для начала широкой научной дискуссии по данной актуальной проблеме муниципального права. Тем не менее полагаем целесообразным исходить из того, что в конституционно-правовом смысле функциями (основными направлениями деятельности) местного самоуправления выступают именно вопросы местного значения, а соответственно, под вопросами местного значения следует понимать основные функции данного института публичной власти.

Резюмируя все вышеизложенное, можно сказать, что *вопросы местного значения* – это основные функции (направления деятельности) местного самоуправления как института публичной власти в Российской Федерации, в которых выражаются его особые (специфические) цели и задачи в системе публичного управления государством и обществом, направленные на обеспечение непосредственной жизнедеятельности населения, самостоятельно и под свою ответственность реализуемые населением и органами местного самоуправления муниципальных образований посредством осуществления полномочий, установленных федеральными законами, законами субъектов РФ, муниципальными правовыми актами, в соответствующих сферах общественных отношений.

Реализация основополагающих, сущностных функций местного самоуправления (функций первого порядка) органами местного самоуправления предполагает наделение их необходимыми управленческими (технологическими, по выражению И. И. Овчинникова) функциями. В теории управления, в административно-правовой науке выделяют, как правило, следующие функции управления: информационное обеспече-

ние деятельности, прогнозирование и моделирование, планирование, организация, распорядительство, руководство, координация, контроль, регулирование, учет и др.¹⁷ Указанные функции в полной мере относятся и к управленческой деятельности органов местного самоуправления, которые реализуют их посредством осуществления законодательно закрепленных полномочий. Попытка изложить в систематизированном виде данные полномочия применительно к вопросам местного значения была предпринята в ст. 17 «Полномочия органов местного самоуправления по решению вопросов местного значения» Федерального закона № 131-ФЗ, предлагающей своего рода типовой, видовой набор полномочий и функций. Однако нынешнюю редакцию данной статьи вряд ли можно назвать удачной, она неоднократно подвергалась справедливой критике в научной литературе¹⁸.

В целях совершенствования правового регулирования компетенции местного самоуправления необходимо обсудить и решить вопросы о том, целесообразно ли закрепление понятия и системы основных функций местного самоуправления в законодательстве или это должно остаться научно-теоретической дефиницией; если да, то в каком именно акте и каким образом это должно быть взаимосвязано с правовым регулированием полномочий органов местного самоуправления. Поскольку ответы на данные вопросы требуют самостоятельного, развернутого анализа, в рамках данной статьи ограничимся лишь краткими тезисами.

Полагаем целесообразным закрепить дефиницию вопросов местного значения как основных функций местного самоуправления, их систему, а также типовые виды полномочий (исходя из системы функций управления) органов местного самоуправления в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», исходя из его названия и роли в системе правового регулирования отношений в сфере местного самоуправления.

Поскольку закрепленные в настоящей редакции Федерального закона № 131-ФЗ вопросы местного значения для отдельных видов муниципальных образований (ст.14, 15, 16, 16.2) в большинстве отраслевых федеральных законов именуется полномочиями, что вызывает путаницу в использовании данных терминов и проблемы в правоприменительной практике, предлагаем исключить указанные статьи из данного базового федерального закона. Конкретные полномочия органов местного самоуправления различных типов муниципальных образований в тех или иных сферах общественных отношений целесообразно предусматривать в соответствующих федеральных законах, исходя при этом из закреплен-

¹⁷ См., например: *Россинский Б. В., Стариков Ю. Н.* Административное право : учебник. 5-е изд., пересмотр. и доп. М., 2015. С. 29–36.

¹⁸ См., например: *Костюков А. Н.* Компетенционные возможности местного самоуправления и муниципальные финансы // *Федерализм и местное самоуправление в России и Германии : современные тенденции развития : материалы Междунар. науч.-практ. семинара (1–2 октября 2004 г.)*. Барнаул, 2004. С.113–115 и др.

ных в Федеральном законе № 131-ФЗ его основных функций (вопросов местного значения), а также руководствуясь видами управленческих полномочий (функций) органов местного самоуправления, указанных в данном законе, конкретизируя их применительно к специфике их деятельности в соответствующей сфере общественных отношений. Это позволит уменьшить число вносимых поправок в базовый федеральный закон, сделать более соответствующими друг другу название и содержание данного нормативного правового акта, исключить имеющиеся коллизии в правовом регулировании компетенции местного самоуправления между Федеральным законом № 131-ФЗ и иными федеральными законами.

В число принципов определения компетенции муниципальных образований предлагается включить положение о том, что полномочия органов местного самоуправления не должны выходить за рамки вопросов местного значения, установленных соответствующей статьей Федерального закона № 131-ФЗ.

Обсуждение данных проблем неизбежно затронет вопрос о возможности, целесообразности принятия Муниципального кодекса РФ, закрепляющего в систематизированном виде полномочия органов местного самоуправления всех типов муниципальных образований по основным предметам ведения местного самоуправления; об уточнении, конкретизации смысла терминов, используемых в настоящее время в нормативных актах о компетенции («способствуют», «содействуют», «создают условия», «участвуют» и т.п.).

Рассмотренные в настоящей статье вопросы не исчерпывают всего комплекса проблем правовой регламентации компетенции местного самоуправления, тем не менее, проведенный анализ доказывает, что без выяснения функционально-целевой характеристики данного института публичной власти в Российской Федерации сделать это надлежащим образом вряд ли получится.

Воронежский государственный университет

Бялкина Т. М., доктор юридических наук, заведующая кафедрой конституционного права России и зарубежных стран

*E-mail: tbyalkina@yandex.ru
Тел.: 8-908-136-03-26*

Voronezh State University

*Byalkina T. M., Doctor of Legal Sciences,
Head of the Constitutional Law of
Russian and Foreign States Department
E-mail: tbyalkina@yandex.ru
Tel.: 8-908-136-03-26*

ИНФОРМАЦИОННОЕ ПРОСТРАНСТВО КАК СФЕРА РЕАЛИЗАЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОГО СУВЕРЕНИТЕТА

А. А. Ефремов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 января 2017 г.

Аннотация: *статья посвящена анализу научных концепций информационного пространства как одной из сфер реализации государственного суверенитета.*

Ключевые слова: *информационная безопасность, информационное пространство, международное право, международные организации, суверенитет.*

Abstract: *the article analyzes the scientific concepts of the information space as one of the areas of implementation of state sovereignty.*

Key words: *information security, information space, international law, international organizations, sovereignty.*

Бурное развитие информационных технологий во второй половине XX – начале XXI в. и основанные на их использовании тенденции глобализации оказали качественное влияние на состояние современных государств, а также реализацию их базовых свойств (признаков) и принципов.

Традиционно в политической и правовой науке ключевым признаком государства, отличающим его от других политических акторов (в концепте политической науки) или субъектов публично-правовых и международных отношений (в концепте правоведения) является *государственный суверенитет*.

Классическое понимание суверенитета как верховенства государственной власти *на территории* страны и независимость в международных отношениях в условиях глобализации неизбежно трансформируется.

В связи с этим в новейших документах стратегического планирования Российской Федерации – Стратегии национальной безопасности РФ, утвержденной Указом Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683, Концепции внешней политики РФ, утвержденной указом Президента РФ от 30 ноября 2016 г. № 640, Доктрине информационной безопасности РФ, утвержденной Указом Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646, значительное место уделяется *защите суверенитета Российской Федерации в информационном пространстве*.

Сущностное изменение правового регулирования всех общественных отношений под влиянием глобализации связано с сутью самой глобализации, которую Д. Харвей характеризует как процесс сжатия (компрессии) временных и пространственных дистанций. Это означает, что для определенных видов действия, например индивидуальной языковой ком-

муникации, категория пространства как среды этого действия во многих случаях просто исчезает¹. При этом если для экономики и ее организаций пространственное измерение действия становится все более иррелевантным, то организации политической и правовой системы, напротив, не могут освободиться от *территориального* принципа².

Тем самым возникают качественные изменения в сущности и возможностях государственного регулирования общественных отношений посредством национального позитивного права, содержания такой базовой категории, как «государственный суверенитет».

Если значение *территории* как сферы регулирования снижается, то сферой регулирования становятся *иные «пространства»* – экономическое, информационное, которые не совпадают с конкретными государственными *территориями*.

В правовой науке рассматривается также категория «*правовое пространство*»³. Однако при его раскрытии преобладает привязка к территории – под пространством подразумевают весь объем общественных отношений, возникающих и подвергающихся правовому регулированию в *территориальных пределах* Российского государства⁴, сферу регламентации юридическими нормами моделей правомерного поведения государства, его составных частей и граждан в *границах территории данного государства* и конкретного исторического времени⁵, область действия всех элементов правовой системы *конкретного государства*, имеющую социально-юридические (пределы правового регулирования) и *политико-географические (территориально-государственные) границы*⁶.

Тенденции глобализации конца XX – начала XXI в. привели к широкой научной дискуссии по поводу категории глобального информационного пространства. По мнению Д. А. Савельева, *глобальное информационное пространство* является объектом международно-правового регулирования⁷. Исходя из современного представления о суверенитете государства, согласно которому права человека не могут быть исключительно внутренним делом государства, следует сделать вывод, что основная роль в установлении принципов правового регулирования информа-

¹ Цит. по: Назарчук А. В. Этика глобализирующегося общества. М., 2002. С. 207.

² См.: Там же. С. 208.

³ См.: Суханов В. В. Правовое пространство и его формы : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005 ; Барциц И. Н. Конституционно-правовое пространство Российской Федерации : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001.

⁴ См.: Балмасов О. В. Обеспечение единого правового пространства как функция современного Российского государства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2006. С. 21.

⁵ См.: Барциц И. Н. Правовое пространство России : вопросы конституционной теории и практики. М., 2000. С. 24.

⁶ См.: Егорова Ю. В. Системность российского законодательства в контексте единого правового пространства России // История государства и права. 2007. № 1.

⁷ См.: Савельев Д. А. Права человека в области информации (международно-правовые аспекты) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2002. С. 7.

ционного пространства должна принадлежать международному праву⁸. И. Л. Бачило обращает внимание на проблему соотношения информационного и правового пространства, однако указывает на необходимость ее «дальнейшего исследования»⁹, аналогичной позиции придерживается И. М. Рассолов¹⁰.

Вместе с тем И. Л. Бачило, В. Н. Лопатин и М. А. Федотов под *единым информационным пространством* страны понимают совокупность информационных ресурсов и информационной инфраструктуры, позволяющей на основе единых принципов и по общим правилам обеспечивать безопасное информационное взаимодействие государства, организаций и граждан при их равнодоступности к открытым информационным ресурсам, а также максимально полное удовлетворение их информационных потребностей на всей территории государства при сохранении баланса интересов на вхождение в мировое информационное пространство *и обеспечение национального информационного суверенитета*¹¹.

Н. Н. Ковалева отмечает, что информационное пространство страны одновременно является и сферой реализации государственной информационной политики, и объектом управляющего воздействия¹², при этом основными элементами, составляющими структуру информационного пространства, являются субъекты и объекты информационного воздействия¹³.

В российском законодательстве термин «кибернетическое пространство» не употребляется, но используется в нескольких международных документах, например в Окинавской хартии глобального информационного общества 2000 г. и в Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации 2001 г. Д. В. Грибанов¹⁴ определяет кибернетическое пространство как совокупность общественных отношений, возникающих в процессе использования функционирующей электронной компьютерной сети, складывающихся по поводу информации (информационных ресурсов), обрабатываемой с помощью ЭВМ и услуг информационного характера, предоставляемых с помощью ЭВМ и средств связи компьютерной сети, совокупность отношений, участвовать в которых можно только

⁸ См.: Савельев Д. А. Права человека в области информации... С. 11.

⁹ См.: Бачило И. Л. Проблемы теории информационного права // Теоретические проблемы информационного права. М., 2006. С. 16–18.

¹⁰ См.: Рассолов И. М. Киберпространство и позитивное право // Рос. право в Интернете. 2010. № 1. URL: <http://www.rpi.msal.ru/prints/201001rassolov.html> (дата обращения: 30.01.2017).

¹¹ См.: Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право. М., 2001. С. 118.

¹² См.: Ковалева Н. Н. Общая характеристика единого информационного пространства // Современное право. 2011. № 7. С. 38.

¹³ См.: Ковалева Н. Н. Объекты информационного пространства в структуре государственного управления в информационной сфере // Законы России : опыт, анализ, практика. 2012. № 6. С. 104.

¹⁴ См.: Грибанов Д. В. К вопросу о правовой теории кибернетического пространства // Государство и право. 2010. № 4. С. 60.

посредством ЭВМ и средств связи компьютерной сети. По его мнению, система норм, направленных на регулирование кибернетического пространства, носит комплексный характер и находится на стыке различных отраслей права. Определяя место этих норм в системе права, можно рассматривать их как институт отрасли информационного права¹⁵. По нашему мнению, данный подход является узким, поскольку правовое регулирование информационного пространства охватывается нормами *не только разных отраслей, но и систем права*, т.е. не только национальным, но и международным правом.

Таким образом, научная дискуссия о содержании категории информационного пространства в юридической науке в 1990–2000-е гг. охватывала главным образом различные аспекты общественных отношений, образующих структуру информационного пространства. При этом сложность и многоаспектность данного явления, а также постоянно меняющееся содержание общественных отношений бурное развитие информационных технологий не позволили разработать конкретную систему юридических свойств данного явления.

Не увенчались успехом и длительные попытки разработки универсального международно-правового регулирования глобального информационного пространства. Несмотря на активное развитие идей Декларации принципов «Построение информационного общества – глобальная задача в новом тысячелетии», принятой в ходе Женевской Всемирной встречи на высшем уровне по вопросам информационного общества 2003 г.¹⁶, и Тунисской программы для информационного общества 2005 г. в рамках международных форумов по управлению Интернетом, глобальной конференции по управлению инфраструктурой Интернета NETmundial-2014, до настоящего времени управление Интернетом фактически осуществляется находящейся под американской юрисдикцией корпорацией ICANN.

В этих условиях отдельные государства и международные организации сосредоточивают свои усилия на формировании института международной информационной безопасности, обеспечении национальной и международно-правовой защиты критических информационных инфраструктур и объектов.

Современный этап развития правового регулирования общественных отношений во многих сферах характеризуется тенденцией «суверенизации». Глобалистические подходы конца XX – начала XXI в., связанные с усилением международно-правового регулирования, причем в значительной мере не в форме международных договоров, а документов международных организаций, сменяются возвратом к национально-правовому (внутригосударственному) регулированию, созданием правовых основ для отказов от исполнения, например решений международных судов.

¹⁵ См.: Там же. С. 60.

¹⁶ Официальный сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/events/pastevents/pdf/dec_wsisis.pdf (дата обращения: 30.01.2017).

Указанная тенденция отчетливо проявляется и в сфере регулирования информационных отношений. Для Российской Федерации это выражается в принятии изменений в федеральное информационное законодательство, связанных:

– с определением механизма ограничения доступа к информации, распространение которой запрещено (Федеральный закон от 28 июля 2012 г. № 139-ФЗ);

– введением требований для организаторов распространения информации в сети «Интернет» и блогеров (Федеральный закон от 5 мая 2014 г. № 97-ФЗ);

– введением ограничений, связанных с учреждением средства массовой информации для иностранных лиц (Федеральный закон от 14 октября 2014 г. № 305-ФЗ);

– введением порядка ограничения доступа к информации, обрабатываемой с нарушением законодательства Российской Федерации в области персональных данных и требований обеспечить запись, систематизацию, накопление, хранение, уточнение (обновление, изменение), извлечение персональных данных граждан РФ с использованием баз данных, находящихся на территории Российской Федерации (Федеральный закон от 21 июля 2014 г. № 242-ФЗ);

– введением дополнительных требований по хранению информации операторами связи и организаторами распространения информации в сети «Интернет» (Федеральный закон от 6 июля 2016 г. № 374-ФЗ).

В настоящее время в Российской Федерации также идет формирование законодательных инициатив, направленных на обеспечение целостности, непрерывности, стабильности, устойчивости и защищенности функционирования *российского национального сегмента* информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»¹⁷ и обеспечения безопасности критической информационной инфраструктуры (проекты федеральных законов № 47571-7 «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»¹⁸, № 47579-7 «О внесении изменений в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»¹⁹, № 47591-7 «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации»²⁰, внесенные Правительством РФ 6 декабря 2016 г.).

¹⁷ О внесении изменений в Федеральный закон «О связи»: федер. закон. URL: <http://regulation.gov.ru/projects#npa=58851> (дата обращения: 30.01.2017).

¹⁸ Автоматизированная система обеспечения законодательной деятельности. URL: [http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf\(Spravka\)?OpenAgent&RN:47571-7](http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf(Spravka)?OpenAgent&RN:47571-7) (дата обращения: 30.01.2017).

¹⁹ Там же.

²⁰ Там же.

Значительно большее (по сравнению с ранее принятыми) место защите суверенитета Российской Федерации в информационном пространстве уделяется и в новейших документах стратегического планирования (Концепция внешней политики Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 30 ноября 2016 г. № 640, Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646).

Следует отметить, что тенденция «суверенизации» характерна не только для России и Китая с его знаменитым «великим китайским файерволлом», но и, очевидно, в перспективе даже для США. Свидетельством тому является тот факт, что 23 января 2017 г. новый президент США назвал в качестве руководителя Федеральной комиссии по связи (Federal Communications Commission, FCC) известного критика концепции сетевой нейтральности А. Пая²¹.

В отношении государственного суверенитета в информационном пространстве в настоящее время имеет место тенденция «привязки» такого пространства к государственной территории посредством определения территориальности информационной инфраструктуры, а также развития именно внутригосударственного регулирования ее правового режима.

В докладе Группы правительственных экспертов, представленном на 68-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 2013 г., указано, что государственный суверенитет и международные нормы и принципы, вытекающие из принципа государственного суверенитета, распространяются на поведение государств в рамках деятельности, связанной с использованием ИКТ, а также на юрисдикцию государств над ИКТ-инфраструктурой на их территории (п. 20)²². Аналогичная позиция содержится и в докладе Группы правительственных экспертов, представленной на 70-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН в 2015 г.²³

В Основах государственной политики Российской Федерации в области международной информационной безопасности на период до 2020 г.²⁴ под *международной информационной безопасностью* понимается такое

²¹ Trump taps net neutrality critic to lead the FCC // The Washington Post. 2017. 23 Jun. URL: <https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2017/01/23/meet-donald-trumps-official-new-fcc-chairman-ajit-pai/> (дата обращения: 30.01.2017).

²² Доклад Группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности. A/68/98. Официальный сайт ООН. URL: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/68/98&referer=/english/&Lang=R (дата обращения: 30.01.2017).

²³ Доклад Группы правительственных экспертов по достижениям в сфере информатизации и телекоммуникаций в контексте международной безопасности. A/70/174. Официальный сайт ООН. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N15/228/37/PDF/N1522837.pdf?OpenElement> (дата обращения: 30.01.2017).

²⁴ Основы государственной политики Российской Федерации в области международной информационной безопасности на период до 2020 года : утверждены Президентом РФ 24 июля 2013 г. № Пр-1753. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

состояние глобального информационного пространства, при котором исключены возможности нарушения прав личности, общества и прав государства в информационной сфере, а также деструктивного и противоправного воздействия на элементы национальной критической информационной инфраструктуры.

Под системой международной информационной безопасности понимается совокупность международных и национальных институтов, призванных регулировать деятельность различных субъектов *глобального информационного пространства*.

Система международной информационной безопасности призвана оказывать противодействие угрозам стратегической стабильности и способствовать равноправному стратегическому партнерству *в глобальном информационном пространстве*.

Советом безопасности РФ разработана концепция универсальной Конвенции об обеспечении международной информационной безопасности²⁵.

Согласно данной концепции, деятельность государств *в информационном пространстве* должна гарантировать свободу технологического обмена и свободу обмена информацией с учетом уважения суверенитета государств и их существующих политических, исторических и культурных особенностей. В целях создания и поддержания атмосферы доверия в информационном пространстве необходимо соблюдение государствами следующих принципов:

– деятельность каждого государства-участника *в информационном пространстве* должна способствовать социальному и экономическому развитию и осуществляться таким образом, чтобы быть совместимой с задачами поддержания международного мира и безопасности, соответствовать общепризнанным принципам и нормам международного права, включая принципы мирного урегулирования споров и конфликтов, неприменения силы в международных отношениях, невмешательства во внутренние дела других государств, уважения суверенитета государств, основных прав и свобод человека;

– все государства-участники *в информационном пространстве* пользуются суверенным равенством, имеют одинаковые права и обязанности и являются равноправными субъектами информационного пространства независимо от различий экономического, социального, политического или иного характера;

– каждое государство вправе устанавливать суверенные нормы и управлять в соответствии с национальными законами *своим информационным пространством*. Суверенитет и законы распространяются на информационную инфраструктуру, расположенную на территории государства-участника или иным образом находящуюся под его юрисдикцией.

25 июня 2016 г. было подписано Совместное заявление Президента Российской Федерации и Председателя Китайской Народной Республики

²⁵ Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция) / Совет безопасности Российской Федерации. Официальный сайт. URL: <http://www.scrf.gov.ru/documents/6/112.html> (дата обращения: 30.01.2017).

о взаимодействии в области развития информационного пространства²⁶. Согласно данному заявлению, руководители двух стран поддерживают принцип уважения государственного суверенитета в информационном пространстве, рациональные требования всех стран по защите собственной безопасности и развитию, предлагают сформировать мирное, безопасное, открытое и основанное на сотрудничестве информационное пространство и разработать в рамках ООН универсальные правила ответственного поведения в информационном пространстве. Они выступают за равные права для всех государств на участие в управлении сетью «Интернет», а также признают право на защиту национальной безопасности в информационном пространстве с учетом практики законодательства и государственной системы, поддерживают инициативу создания многосторонней, демократичной, прозрачной системы управления сетью «Интернет» и важную роль ООН в вопросе создания международных механизмов управления Интернетом.

С принятием в ряде стран (Россия, Франция, Германия, Австралия) законодательства, предусматривающего обязательность обработки персональных данных граждан на серверах в данном государстве либо в рамках Европейского союза (Франция), получила свое развитие концепция суверенитета данных²⁷. Концепция суверенитета данных означает, что отношения с информацией в цифровой (электронной) форме должны подчиняться юрисдикции той страны, где эта информация находится.

Широкое распространение услуг облачных вычислений, а также новые подходы к хранению данных, по мнению венгерского ученого К. Ирион, привели к большому слому традиционных геополитических барьеров, чем когда-либо прежде²⁸. Наибольшее развитие концепция суверенитета данных получила в европейской политической и правовой науке²⁹, что обусловлено коллизиями в данной сфере между принимаемым национальным законодательством и нормами права ЕС, а также решениями Европейского суда по правам человека. С 2013 г. концепция суверенитета данных связывается также с развитием технологии «больших данных» (англ. – *big data*)³⁰.

²⁶ Совместное заявление Президента Российской Федерации и Председателя Китайской Народной Республики о взаимодействии в области развития информационного пространства от 25 июня 2016 г. / Президент России. Официальный сайт. URL: <http://www.kremlin.ru/supplement/5099> (дата обращения: 30.01.2017).

²⁷ De Filippi, Primavera and McCarthy, Smari, Cloud Computing: Centralization and Data Sovereignty (October 26, 2012). *European Journal of Law and Technology*, Vol. 3, № 2, 2012. URL: <http://ssrn.com/abstract=2167372>

²⁸ См.: *Irion K. Government Cloud Computing and National Data Sovereignty // Policy and Internet*. 2012. Vol. 4, Issue 3–4, p. 40–71.

²⁹ Rauhofer, Judith and Bowden, Caspar, Protecting Their Own: Fundamental Rights Implications for EU Data Sovereignty in the Cloud (June 21, 2013). *Edinburgh School of Law Research Paper No. 2013/28*. URL: <http://ssrn.com/abstract=2283175> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283175>

³⁰ См.: *Moon H., Cho H. S. Big data and policy design for data sovereignty: A case study on copyright and CCL in South Korea (Conference Paper) // 2013 ASE/IEEE Int. Conf. on Social Computing*. DOI: 10.1109/SocialCom.2013.165

В современных зарубежных исследованиях отмечается, что требования к суверенитету данных можно рассматривать как разумные усилия национальных государств к подчинению национальных конфиденциальных потоков данных национальной юрисдикции. Такие требования суверенитета данных направлены на охрану и защиту основных интересов национальных государств в отношении конфиденциальности, целостности данных, а также их доступности³¹.

Таким образом, в отличие от конца XX – начала XXI в., когда процессы глобализации «вывели» из-под государственного суверенитета информационное пространство как сферу реализации информационных отношений, современный этап международно-правового и внутригосударственного регулирования характеризуется усилением его государственного регулирования. При этом, по сути, осуществляется возврат к традиционному принципу «*cujus regio, ejus religio*» (лат. – «чья область (земля), того и вера», в данном случае – власть), что проявляется как в законодательной локализации самой информации, так и провозглашении суверенитета над информационной инфраструктурой на территории конкретного государства.

³¹ См.: Nugraha Y., Kautsarina, Sastrosubroto A. S. Towards data sovereignty in cyberspace (Conference Paper) // 2015 3rd International Conference on Information and Communication Technology, ICoICT 2015. DOI: 10.1109/ICoICT.2015.7231469

Воронежский государственный университет

Ефремов А. А., кандидат юридических наук, доцент

E-mail: yefremov@law.vsu.ru

Voronezh State University

Efremov A. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor

E-mail: yefremov@law.vsu.ru

О ПОНЯТИИ И СТРУКТУРЕ МЕТОДА
НАУЧНОГО ЮРИДИЧЕСКОГО ИССЛЕДОВАНИЯ

П. В. Васильев

Нижегородская академия МВД России

Поступила в редакцию 15 декабря 2016 г.

Аннотация: *предпринята попытка осмысления метода научного юридического исследования в качестве системы парадигмы, познавательных инструментов и методик их применения. Содержится авторское видение ответа на вопрос о структуре метода научного юридического исследования. Приводятся аргументы в пользу осознанного применения методологического арсенала юридической науки и прекращения методологического хаоса.*

Ключевые слова: *метод научного юридического исследования, парадигма, инструментально-методическая часть, автоматические санкции, методологический хаос.*

Abstract: *the article includes an attempt to understanding the scientific method of legal research as a system, which constitute a paradigm, educational tools and methods of their application. The article contains the author's vision of the answer to the question of the legal structure of the method of scientific research. The article also argues in favor of a conscious use of the methodological arsenal of legal science and the termination of a methodological chaos.*

Key words: *method of scientific legal studying of the, paradigm, instrumental and methodological part, automatic sanctions, methodological chaos.*

Актуальность проблемы понимания метода научного юридического исследования и его структуры обуславливается ее нерешенностью. Так, В. М. Сырых по поводу этого поясняет, что «в современных условиях не снимается с повестки дня и проблема методов теоретического познания права, разработка которых составляет третье направление современных метатеоретических исследований правовой науки»¹. Ее решение представляется важным потому, что неосознанное применение методологического аппарата при получении новых знаний о предмете юридического исследования часто обуславливает невозможность методологической проверки авторских выводов. В свою очередь, указанная невозможность обусловила ситуацию, которую лучше всего назвать методологическим хаосом².

¹ Сырых В. М. История и методология юридической науки : учебник. М., 2012. С. 429.

² Несмотря на то что автор не использует термин «методологический хаос» для обозначения явления, он описывает именно его. Подробнее см.: Кузнецова О. А. Методы научного исследования в цивилистических диссертациях // Вестник Пермского ун-та. Серия: Юридические науки. 2014. № 4 (26). С. 254–270.

Изучая предмет исследования, познающий субъект держит в фокусе своего внимания только его, упуская при этом методическую составляющую процесса получения новых знаний. Данный феномен описан Майклом Полани. Различая явное (эксплицитное) и неявное, периферийное (имплицитное) знание, философ показал весьма существенную важность как первого, так и второго. При этом он весьма обстоятельно раскрыл процесс формирования имплицитного знания в процессе общения с руководителями и другими значимыми для человека людьми. Представляется, что М. Полани был прав, определяя место и роль имплицитного знания в структуре человеческого сознания. Неявное знание является сферой активности периферического сознания, т.е. на нем не сконцентрировано внимание субъекта. Однако именно благодаря ему мы воспринимаем находящийся в фокусе предмет. Корни личностного знания можно обнаружить именно в периферической области сознания, выступающей фоном для сознания, сфокусированного на внешних объектах³.

Изучение диссертационных исследований последних лет показывает, что далеко не во всех из них приводится развернутая методология исследования. Часто авторы ограничиваются простым перечислением методов в разделе «Методология исследования» введения диссертации. Встретить же указание на применение конкретного метода в тексте исследования удается крайне редко. Отсутствие традиции раскрывать методы – наследие советского прошлого. На это недвусмысленно указывает Н. Н. Тарасов, характеризуя состояние методологии в юридической науке. Автор достаточно точно подмечает, что методология в нашей стране длительное время не проблематизировалась и не разрабатывалась, а обосновывалась и реализовывалась. При этом автор обращает внимание на то, что в массовой научно-исследовательской практике методология реализовывалась, как правило, достаточно декларативно⁴. Полагаем, что это во многом способствовало тому, что методология научных юридических работ стала обозначаться лишь формально.

В целом ситуация видится следующей. Общие рассуждения авторов основываются, как правило, на имеющихся в науке точках зрения, одни из которых поддерживаются, другие отвергаются. Имея не вполне четкое представление о методе научного юридического исследования и его структуре, исследователи часто отклоняются от его цели, что обуславливает некоторую тенденциозность выбора познавательного инструментария, познавательных методик и исходных позиций их применения. Разумеется, выбор позиции почти всегда обусловлен мировоззренческими установками авторов и другими факторами, которые лучше всего охарактеризовал Ф. Бэкон в учении об идолах⁵.

³ См.: Полани М. Личностное знание. М., 1985. С. 96.

⁴ См.: Тарасов Н. Н. Методологические проблемы современного правоведения : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 25.

⁵ См., например: Бэкон Ф. Новый органон / пер. С. Красильщикова. Л., 1935. С. 116–128.

Указанное, как нам представляется, является достаточным основанием для вывода, что в настоящее время методологические знания в юридической науке являются скорее имплицитными, чем эксплицитными. Возможно, что перевод методологического знания из разряда имплицитного в положение эксплицитного станет существенным фактором развития научного юридического знания.

Проблема невозможности указания конкретного метода, позволившего получить научный результат, в значительной степени обусловлена непониманием метода научного юридического исследования и его структуры.

Постараемся ответить на два взаимосвязанных вопроса: что представляет собой метод научного юридического познания и какова его структура.

Одним из первых ученых, предпринявших попытку определить метод познания, стал Р. Декарт. По его мнению, метод представляет собой «точные и простые правила, строгое соблюдение которых всегда препятствует принятию ложного за истинное и, без лишней траты умственных сил, но постепенно и непрерывно увеличивая знания, способствует тому, что ум достигает истинного познания всего, что ему доступно»⁶. В литературе по теории права можно встретить мнение о том, что метод науки состоит только из правил, принципов познания. Такой позиции придерживается В. М. Сырых, один из наиболее известных отечественных теоретиков права. Полагаем, что ученый прав, если иметь в виду структуру метода всей науки теории государства и права. Можно ли из данного суждения дедуцировать частный вывод о том, что метод научного правового исследования состоит только из правил и принципов познания? Вряд ли. В связи с этим в настоящей статье мы основываемся на различие метода юридической науки и метода правового исследования, структура которого является предметом настоящей публикации. Р. Лукич предложил понимать метод научного исследования с прагматической (деятельностной) точки зрения как действие, акт, в результате которого достигается определенная цель, а также вид и способ выполнения такого действия⁷. Понимание метода научного исследования как простых правил или действия является достаточно оригинальным и не лишенным определенной полезности. Однако изучение достаточно большого числа определений понятия «метод научного исследования» позволяет сделать вывод, что наиболее часто оно определяется словами «путь», «способ» или «инструмент». Применительно к юридическим исследованиям метод определяется как способ (или совокупность способов), с помощью которого изучается предмет⁸.

Представляется возможным предложить понимание *метода научного юридического исследования как системы информационных познава-*

⁶ Декарт Р. Избранные произведения. М., 1950. С. 89.

⁷ См.: Лукич Р. Методология права. М., 1981. С. 32.

⁸ См.: Теория государства и права : учебник / под ред. В. К. Бабаева. М., 2003. С. 12.

тельных инструментов, рассчитанных на применение в соответствии с определенной методикой для решения допускаемой парадигмой познавательной задачи изучения государственно-правовых явлений и закономерностей.

Данное определение содержит указание на структурные элементы метода научного исследования. В литературе о методологии науки имеется позиция Г. Н. Кузьменко и Г. П. Отюцкого, согласно которым в каждом конкретном методе научного исследования можно выделить объективно-содержательный, операциональный и праксеологический аспекты. В объективно-содержательном аспекте определяются факторы детерминации метода (в первую очередь, предмет исследования), операциональный – характеризует метод как систему операций, праксеологический – определяет практику применения метода, его эффективность, надежность, ясность, конструктивность и т.п.⁹ В целом позиция авторов представляется правильной. Однако проследить и четко разграничить при проведении научного юридического исследования все три аспекта (особенно объективно-содержательный и праксеологический) оказалось затруднительно.

Весьма существенным достижением в изучении метода научного познания считаем работу И. Д. Ковальченко «Методы исторического исследования», в которой автор выделил в структуре метода его «теорию, методику и технику», что в целом согласуется с подходом Г. Н. Кузьменко, Г. П. Отюцкого.

И. Д. Ковальченко пояснил, что основывается на понимании любого научно-познавательного процесса как системы трех компонентов: объекта познания, познающего субъекта и метода познания¹⁰. Приведенная позиция целостно и, на наш взгляд, правильно отражает сущность познавательного процесса. Следовательно, вне этих элементов научно-познавательного процесса быть ничего не должно.

И. Д. Ковальченко различает в структуре научного метода помимо техники и методики исследования еще и теорию, состоящую из подхода и принципа. Однако термин «теория» представляется чрезмерно многогранным и не вполне подходящим для обозначения структурного элемента метода научного исследования. Более удачным в этом качестве видится термин «парадигма метода научного исследования», понимаемая в смысле признанной субъектом познания модели постановки проблем и их решений. Термин «парадигма метода научного исследования» получен в результате модификации понятия «парадигма», предложенного Т. Куном¹¹. Парадигма метода определяет познавательные возможности метода и состоит из подхода и принципа (либо системы принципов).

⁹ См.: Кузьменко Г. Н. *Философия и методология науки* : учеб. для магистратуры. М., 2014. С. 205.

¹⁰ См.: Ковальченко И. Д. *Методы исторического исследования*. 2-е изд., доп. М., 2003. С. 14.

¹¹ Подробнее см.: Кун Т. *Структура научных революций*. М., 1977. С. 11 и др.

Подход парадигмы метода научного юридического исследования – это научное отражение (или определение) более широкого, как правило, в целом достаточно хорошо изученного наукой явления, включающего в себя научное отражение предмета исследования (не сам предмет, являющийся изучаемой областью реальности, а именно его научное отражение). Выбор подхода в значительной степени определяется мировоззренческими установками исследователя и осуществляется в рамках применения другого метода, например аксиоматического. Специфика подхода парадигмы метода научного юридического исследования видится в том, что любой используемый в познании государства и права метод требует учитывать особенности государственно-правовых явлений и их закономерностей. Значение определения подхода парадигмы метода проясняется, если классифицировать подходы по степени определенности. Так, разрабатывая авторские дефиниции, исследователи чаще всего предлагают понимать предметы своих исследований через разработанные наукой более широкие понятия (т.е. применяется конструкция определения через родовое сходство и видовое отличие). Однако нередко можно встретить авторские дефиниции с использованием указательного местоимения «то». При этом чаще всего его можно заменить словом «не-что». Использование указательных местоимений свидетельствует о значительно меньшей степени определенности авторского понимания предмета исследования, а значит, нуждается в дополнительном разъяснении. В любом случае правильное понимание избранного подхода помогает лучше оценить практическую и теоретическую ценность предлагаемого научного результата.

Принцип парадигмы метода научного юридического исследования – это система основополагающих идей, законов и закономерностей перехода от незнания о предмете к знанию о нем при применении данного метода. Представляется, что в рамках парадигмы метода может существовать как один, так и несколько принципов в их системе. Это существенно отличает принцип от подхода, который в рамках конкретного метода может быть только один. Попытки рассмотреть явление в различных подходах чаще всего существенно затрудняют авторское понимание явления (если таковое вообще имеется). По поводу принципов парадигмы метода научного исследования отметим следующее. Практически каждый метод юридического познания, по нашему мнению, в своей парадигме имеет общие принципы научного юридического познания: познаваемости объективного мира, всесторонности, системности, историзма, комплексности, органического сочетания теории и практики, объективности, верификации, фальсификации, критичности. Однако для отдельных методов важно соблюдение их особенных принципов. Например, для сравнительно-правового метода важен принцип одноуровневости сравниваемых объектов, для выборочного опроса – репрезентативность выборки и др. Понимание и реализация в ходе научного юридического исследования как общих, так и особенных принципов применяемых методов имеют важное значение, так как позволяют методологически

обеспечить истинность получаемого знания о государственно-правовых явлениях и их закономерностях.

Таким образом, парадигма метода отражает мировоззренческие установки исследователя (подход) и демонстрирует познавательные возможности конкретного метода (принцип). При таком видении структуры метода научного исследования в парадигму последнего включаются объективно-содержательный и праксеологический аспекты, выделяемые Г. Н. Кузьменко и Г. П. Отюцким. Подход отражает объектно-содержательную сторону, а принципы – праксеологическую.

В ходе изучения структуры метода научного юридического исследования не встретился термин, отражающий ту часть, которая не относится к парадигме. И. Д. Ковальченко не использовал для ее обозначения никакого специального термина, указав на ее составляющие «методика соответствующего метода» и «техника исследования». Вместе с тем данная часть четко отделяется от парадигмы и представляет собой систему средств и методик их применения. Учитывая это обстоятельство, данную часть метода условно можно назвать *инструментально-методической*.

Следуя позиции И. Д. Ковальченко, согласимся с его мнением о том, что операции и процедуры составляют суть метода. Поиск в научной литературе ответа на вопрос, что представляют собой познавательные инструменты, не принес результатов. Так, И. Д. Ковальченко к познавательным средствам относит способ, что вряд ли оправдано. Однако рассуждения И. Д. Ковальченко по вопросу о средствах познания не отличаются ясностью. «Наконец, о понятии «средство познания». Оно является наиболее широким и собирательным. И способ, и метод – это средства познания. Кроме того, к последним относятся орудия и инструменты познания, различные знаковые системы (естественные и искусственные языки), логические операции и процедуры и т.д.». Возникает вопрос: нужно ли превращать средства познания в такое собирательное понятие? Представляется, что для разработки методологии научных юридических исследований в этом нет необходимости.

Полагаем, что *инструментом метода научного юридического исследования является информация, независимо от ее формы и носителя, которая используется для воздействия на объект познания в целях получения новых сведений о предмете исследования*.

Инструменты познания различаются по способу существования информации. При этом в зависимости от вида методов по степени обобщения результатов информацию представляется возможным классифицировать на эмпирическую и теоретическую. Инструментами познания методов эмпирического уровня являются вопросы анкет или интервью, организованное внимание наблюдателя, инструментами познания методов теоретического или метатеоретического уровня являются информационные явления высокой степени абстрагирования – законы, понятия, категории. Однако далеко не все авторы придерживаются такой точки зрения. Например, противником ее является В. М. Сырых, полагающий, что «попытки включить понятийный аппарат правовой науки в ее метод

являются несостоятельными, поскольку не соответствуют действительному соотношению теории и метода науки¹². Далее автор рассуждает следующим образом: «Категории и понятия применяются на всех этапах, стадиях научного познания благодаря тому, что они отражают сущностные стороны политико-правовых явлений и процессов и тем самым *вооружают* (курсив наш. – П. В.) познающего субъекта достоверными знаниями об исследуемых явлениях и процессах»¹³. Возникает вопрос: если понятия и категории не относятся к методу познания, то к какому из оставшихся двух составляющих (субъекту или объекту) их следует отнести? Включение законов, понятий, категорий и других информационных явлений в субъект научного исследования (т.е. исследователя) вряд ли оправдано, так как у них принципиально разная сущность. Включение законов, понятий и категорий в объект научного исследования возможно, но только если они сами являются предметом изучения метатеоретического научного юридического исследования. Если же научное юридическое исследование осуществляется без получения новых сведений о них, то законы, понятия, категории являются именно инструментами познания и входят в состав соответствующего метода.

Представленное понимание информации в качестве познавательного средства (инструмента) является нетипичным для юридической науки, однако принимается теорией систем. Так, О. Г. Аполов поясняет, что «элементы системы могут представлять собой понятия, в этом случае мы имеем дело с понятийной системой (инструмент познания)¹⁴.

Таким образом, *инструментами метода научного юридического познания являются особым образом организованные и разработанные наукой информационные средства, применение которых к предмету познания позволяет получить новые сведения о последнем*. Полагаем, что определить инструменты научного юридического исследования можно, ответив на вопрос: *что именно используется для получения новых знаний о предмете научного юридического исследования?*

Вопрос о методической части метода научного юридического познания разработан гораздо лучше. В целом авторы едины в суждении о том, что *методика научного познания представляет собой систему познавательных процедур и операций для получения нового знания*. Как справедливо отметил И. Д. Ковальченко, «операция – это некое простейшее действие (например, суммирование каких-либо количественных показателей). Процедура же представляет собой совокупность определенных операций (например, измерение). Полагаем, что определить методику применения отдельного метода научного юридического исследования можно, если ответить на вопрос: *как именно применяются инструменты познания для получения новых знаний о предмете научного юридического исследования?*

¹² Сырых В. М. История и методология юридической науки. С. 92.

¹³ Там же.

¹⁴ См.: Аполов О. Г. Теория систем и системный анализ : курс лекций. Уфа, 2012. С. 24.

Вместе с тем указанная терминология не является привычной для правоведов. Некоторые трудности в понимании методики исследования возникают при сопоставлении уровней человеческого поведения. Например, В. Н. Кудрявцев обратился к вопросу о соотношении понятий «поведение» и «деятельность». Изучив соотношение указанных явлений, автор пришел к выводу, что поведение является более широкой категорией, чем деятельность¹⁵. При этом деятельностью представляется возможным называть только активное поведение, существующее в различных формах в зависимости от уровня сложности: телодвижение, действие, операция. Система действий и операций, направленных к единой цели, и образует деятельность. Такой подход к пониманию деятельности в целом принят юридической наукой. Однако здесь есть некоторая терминологическая трудность. Она заключается в том, что методика определяется как совокупность операций и процедур, а такое же одноуровневое (по степени организации) явление – человеческая деятельность – как совокупность действий и операций. Вместе с тем в контексте авторских рассуждений В. Н. Кудрявцева и И. Д. Ковальченко видно, что понимание познавательной операции у И. Д. Ковальченко аналогично пониманию действия В. Н. Кудрявцевым. То же самое можно сказать о понимании соотношения понятий «познавательная процедура» и «познавательная операция». Указанная терминологическая неопределенность способствует увеличению непонимания смысла отдельных методологических явлений. Полагаем, что научному сообществу следует задуматься над унификацией методологической терминологии для того, чтобы выработать универсальные стандарты оформления методологии научных юридических работ.

Практическая польза предлагаемого видения метода научного юридического исследования и его структуры заключается в том, что это даст возможность сравнивать парадигмы (подходы и принципы), а также информационные средства и методики получения нового научного знания об одном и том же предмете.

Таким образом, одним из направлений эксплицирования методологического знания в юридической науке является внедрение в научную деятельность понимания сущности и структуры применяемых методов научного юридического исследования.

¹⁵ См.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение : норма и патология. М., 1982. С. 8.

Нижегородская академия МВД России

Васильев П. В., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права

*E-mail: vapv22031979@yandex.ru
Тел.: 8-920-020-19-62*

Nizhny Novgorod Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs

Vasiliev P. V., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of the Theory and History State and Law Department

*E-mail: vapv22031979@yandex.ru
Tel.: 8-920-020-19-62*

УДК 347.9

РАЗУМНЫЙ СРОК СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА
В КОНТЕКСТЕ КОНЦЕПЦИИ ЕДИНОГО ГРАЖДАНСКОГО
ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Е. В. Косарева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 5 декабря 2016 г.

Аннотация: рассматривается понятие «разумный срок» судебного разбирательства, его соотношение с процессуальными сроками рассмотрения дела, производится анализ законодательных мер, направленных на ускорение судопроизводства в рамках Концепции Единого Гражданского процессуального кодекса.

Ключевые слова: разумный срок судебного разбирательства, гражданский процесс, Концепция Единого Гражданского процессуального кодекса.

Abstract: the article considers the notion reasonable time for court proceedings, its connection with procedural periods of trial, and examines legislative measures designed to accelerate the procedure within the concept of uniform civil procedural code.

Key words: reasonable time for court proceedings, civil process, Concept of the uniform civil Procedural code of the Russian Federation.

Судебная форма защиты субъективных прав и законных интересов граждан и организаций является основной, наиболее действенной в силу государственных гарантий ее реализации. Между тем эффективность процесса зависит от совершенства установленного для этого правового механизма.

Российское законодательство, регулирующее гражданское и арбитражное судопроизводство, за последние десятилетия претерпело ряд многочисленных изменений. Несмотря на непродолжительный период, прошедший со времени принятия последних процессуальных кодексов, вновь назрела необходимость в унификации судопроизводства по гражданским делам и принятии Концепции Единого Гражданского процессуального кодекса¹. Причиной явилась реформа объединения Высшего

¹ Отметим, что ранее дореволюционными учеными-процессуалистами обращалось внимание на сходство процессуальных отраслей права и выдвигалась новая доктрина судебного права, связавшая три главных процесса: уголовный, гражданский и административный (см.: *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1908. С. 7; *Рязановский В. А.* Единство процесса. М., 1996. С. 28–30). В советский период ученые продолжили развивать концепцию судебного (процессуального) права, которое определялось ими в качестве сложной, комплексной отрасли права. Причем не как новой, ранее не существовавшей отрасли права, а как познание судебного права и его реализации, выраженного в

Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, последний теперь стал единственным высшим судебным органом РФ по гражданским, уголовным, административным и иным делам, а также по экономическим спорам.

Основной целью разработки Концепции является обеспечение доступного и справедливого правосудия, осуществляемого в разумные сроки с соблюдением процессуальных норм компетентными и независимыми судьями, гарантированное исполнение судебных актов, что является незыблемым условием демократического развития правового государства, основанного на приоритете прав и свобод человека².

Регулирование гражданского судопроизводства в современных условиях только процессуальными средствами, как показала практика, оказалось недостаточным с точки зрения гарантий качества правосудия. Сегодня в праве имеет место активное использование оценочных категорий, которые дополняют формально определенные нормы права и позволяют правоприменителю учитывать особенности каждой конкретной ситуации³. Одним из важнейших оценочных понятий, нашедших закрепление в действующем процессуальном законодательстве, является понятие «разумный срок».

Законодательное (легальное) определение данной категории отсутствует. Однако в процессуальной доктрине предпринимаются попытки дать соответствующее определение. Так, З. И. Цыбуленко указывает, что «разумный срок – это объективно необходимый и возможный для исполнения... срок»⁴. По мнению М. Н. Полстяновой, «разумным сроком следует признавать определяемый человеком на основе логического творческого обобщения целесообразный в сложившейся ситуации промежуток времени...»⁵. С точки зрения М. Ю. Чельшева, разумный срок – это реальный срок; в зависимости от той или иной ситуации его продолжительность может быть различной⁶. В. В. Ярков под ним понимает тот срок судебного разбирательства или исполнения судебного акта, который

действующем законодательстве. Вместе с тем объединение всех частей судебного права в одном нормативном акте не предусматривалось (см.: Проблемы судебного права / Н. Н. Полянский [и др.]. М., 1983. С. 28–38). В настоящее время разработчики Концепции не исключают дальнейшей унификации всех процессуальных норм, за исключением уголовного процесса в едином кодифицированном акте.

² Концепция Единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ См.: *Полухин В. М.* Реализация разумного срока в уголовном процессе как правовая проблема укрепления Российской государственности // *Наука и образование : хозяйство и экономика, предпринимательство, право и управление.* 2012. № 4. С. 58–62.

⁴ *Гражданское право России / под ред. З. И. Цыбуленко.* М., 1998. Ч. 1. С. 395.

⁵ Цит. по: *Соцура Л. В.* Толкование условий договора // *Арбитражный и гражданский процесс.* 2000. № 3. С. 16.

⁶ Цит. по: *Волосатова Л. В.* Принцип разумности в реализации субъективных гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 59–60.

гарантирует реальную защиту права или законного интереса заинтересованного лица⁷.

Безусловно, определить точное время рассмотрения каждого гражданского дела нельзя, а лишь жестко установить рамки его определения – не будет отвечать интересам субъектов гражданских процессуальных отношений. Поэтому законодатель и признал, что в необходимых и объективных случаях, независящих от суда, срок рассмотрения дел может превышать установленный законом. Однако для устойчивости материальных правоотношений должен быть некий ориентир. Этой ориентирующей границей и выступает требование «разумности» срока⁸.

Вместе с тем законодательная идея «разумных сроков» обращает внимание правоприменителя на нецелесообразность выжидательной позиции (принятия решений в самом конце установленных законом сроков)⁹ и ориентирует его на рассмотрение конкретного гражданского дела не просто в установленные законом, а в возможно короткие для суда сроки. Данную оговорку делают и разработчики Единого ГПК, указывая, что при наличии возможности никто не мешает суду рассматривать дела в более сжатые сроки.

При этом ч. 3 ст. 6.1 действующих ГПК РФ и АПК РФ определяет, что разумный срок судебного разбирательства включает в себя период со дня поступления искового заявления или заявления в суд первой инстанции до дня принятия последнего судебного постановления по делу¹⁰. Таким образом, общий срок рассмотрения дела в суде складывается из совокупности всех процессуальных сроков, установленных для каждой судебной инстанции.

Поскольку «разумный срок» – понятие автономное и различающееся для каждого конкретного дела, законодателем предусмотрены критерии для его определения, которые условно можно разделить на субъективные и объективные¹¹. К субъективным критериям относятся поведение участников гражданского процесса, достаточность и эффективность дей-

⁷ См.: Ярков В. В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М., 2012. С. 69.

⁸ См.: Волосатова Л. В. Указ. соч. С. 38–39.

⁹ См.: Смолин А. Ю. Разумный срок уголовного судопроизводства – проявление принципа процессуальной экономии // Рос. следователь. 2010. № 19. С. 9–11.

¹⁰ Отечественный законодатель в отличие от правовых позиций Европейского суда ограничил продолжительность разбирательства дела исключительно судебными стадиями: принятия заявления к производству, подготовки дела, судебного разбирательства, обжалования принятых по делу судебных актов, – и отдельно закрепил требование о разумном сроке исполнения судебного акта.

¹¹ Следует отметить, что данные критерии были выработаны в решениях Страсбургского суда. При этом Европейским судом выделяется еще один дополнительный критерий, как важность предмета разбирательства для заинтересованного лица (например, в области трудовых и семейных споров) (см.: Микеле де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по правам человека. СПб., 2004. С. 461–462).

ствий суда, к объективным – правовая и фактическая сложность дела, общая продолжительность судопроизводства по делу. При этом необходимость учета данных критериев возникает лишь при нарушении судом предусмотренных процессуальных сроков, поскольку установленные в действующем законодательстве сроки разбирательства гражданских дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах соответствуют требованию разумности. «Во всяком случае, – отмечает Г. А. Жилин, – в практике Конституционного Суда РФ нет решения о признании неконституционной какой-либо процессуальной нормы как не обеспечивающей реализацию права на судебную защиту из-за чрезмерной продолжительности установленных ею сроков судопроизводства»¹².

Напомним, что понятие «разумный срок» явилось результатом нормативной (законодательной) рецепции новой для гражданского судопроизводства России категории, обусловленной деятельностью Страсбургского суда¹³. С точки зрения Европейского суда, общей задачей суда является обеспечение движения дела без неоправданных проволочек. Ответственность государства наступает только в случае, если будет установлено, что разумные сроки разбирательства были превышены в результате поведения суда¹⁴.

В отличие от отечественного законодателя процессуальные сроки, существующие или отсутствующие в конкретной стране, не интересуют данный международный орган. Более того, Европейский суд, прецедентно толкуя в своих постановлениях ст. 6 международного договора, поясняет, что Конвенция не навязывает государствам – членам Совета Европы какие-либо четко установленные временные периоды, в течение которых гражданское дело должно быть разрешено по существу¹⁵. Суд исходит из гораздо более демократического толкования понятия разумного или безотлагательного срока, имея в виду минимально возможный в конкретных обстоятельствах конкретного дела период, необходимый

¹² Жилин Г. А. Своевременность защиты в гражданском судопроизводстве // Теоретические и практические проблемы гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства. СПб., 2005. С. 512.

¹³ См.: Рехтина И. В. Постановления Европейского суда по правам человека и реализация его правовых позиций в гражданском процессуальном законодательстве и судебной практике Российской Федерации // Рос. судья. 2013. № 5. С. 21–23.

¹⁴ См.: Носырева Е. И. Сроки рассмотрения и разрешения гражданских дел в суде первой инстанции как элемент оценки качества правосудия // Развитие процессуального законодательства : к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» : материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной юбилею заслуженного деятеля науки РФ, доктора юрид. наук, проф. Т. Е. Абовой (Воронеж, 15–16 февраля 2008 г.) / под ред. Е. И. Носыревой. Сер. Юбилеи, конференции, форумы. Воронеж, 2008. Вып. 4. С. 103.

¹⁵ См.: Афанасьев С. Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве. М., 2009. С. 235.

для совершения справедливого правосудия¹⁶. Таким образом, закрепив в гражданском процессуальном законодательстве положение о разумном сроке судебного разбирательства, можно отметить тенденцию гармонизации национального законодательства с общепринятым европейским подходом – отказа от практики закрепления в законе общих сроков рассмотрения судебных дел и установления дифференцированного подхода к каждому конкретному гражданскому делу. Превышение установленного срока рассмотрения дела автоматически не переводит его в разряд «неразумного» (п. 2 ст. 1 Федерального закона от 30 апреля 2010 г. № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»)¹⁷. Соответственно, между данными терминами нет обязательной связи.

Остановимся подробно на проблеме соблюдения сроков в стадии судебного разбирательства в суде первой инстанции ввиду того, что она занимает центральное место среди других стадий гражданского судопроизводства, поскольку именно в ней, как замечают большинство процессуалистов, осуществляются общие для гражданского судопроизводства цели и задачи¹⁸. Поэтому изучение проблемы соблюдения сроков в данной стадии в суде первой инстанции крайне важно. Именно здесь, по справедливому замечанию Е. И. Носыревой, чаще всего происходит их нарушение¹⁹.

Согласно ст. 154 ГПК РФ большинство гражданских дел в судах общей юрисдикции рассматривается в течение двух месяцев со дня поступления заявления в суд, если иные сроки рассмотрения и разрешения дел не установлены настоящим Кодексом; дела о восстановлении на работе, о взыскании алиментов, а также дела мировых судей – до истечения месяца со дня принятия заявления к производству. Как правило, арбитражным судом дела рассматриваются в течение трех месяцев со дня поступления заявления, включая срок на подготовку дела к судебному разбирательству и на принятие решения по делу, если соответствующим Кодексом не установлено иное (ст. 152 АПК РФ).

Разработчики Единого ГПК указывают, что такие различные подходы можно сохранить, учитывая сложившуюся практику судов, однако оговариваются, что желательно было бы унифицировать сроки рассмотрения исковых дел в судах общей юрисдикции и арбитражных судах, установив срок рассмотрения дел в пределах трех месяцев. При этом предлагается ввести уже известный арбитражному процессу институт продления срока рассмотрения дела на основании мотивированного заявления судьи, рассматривающего дело, а также председателем суда до шести месяцев в связи с особой сложностью дела, со значительным числом участников арбитражного процесса. Таким образом, «разумный» с точки зрения национального законодательства срок судопроизводства фактически уве-

¹⁶ См.: Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 251.

¹⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 18. Ст. 2144.

¹⁸ См.: Шеменева О. Н. Мировой судья в гражданском процессе. М., 2009. С. 87.

¹⁹ См.: Носырева Е. И. Указ. соч. С. 102.

личится, но при этом будет дифференцированным с учетом особенностей каждого конкретного дела. Вместе с тем полагаем, что сроки разбирательства гражданских дел действительно необходимо унифицировать. В связи с этим необходимо взять за основу ст.152 АПК РФ, поскольку это согласуется с реальным положением дел на практике. Для подтверждения приведем некоторые статистические данные²⁰.

В 2013 г. районными судами рассмотрено гражданских дел с нарушением процессуальных сроков 3,6 % от общего числа оконченных производством дел, из них: до трех месяцев включительно рассмотрено 10,4 %; свыше трех месяцев до 1 года включительно – 12,3 %; свыше 1 года до двух лет включительно – 0,3 %; свыше двух лет до трех лет включительно – 0,02 %; свыше трех лет рассмотрено 0,004 %. Мировыми судьями рассмотрено гражданских дел с нарушением процессуальных сроков 0,7 % от общего числа дел, оконченных производством, из них: свыше установленных процессуальных сроков до трех месяцев включительно рассмотрено 2,1 %; свыше трех месяцев до 1 года включительно – 0,4; свыше 1 года до двух лет включительно – 0,01 %, по сравнению с 2012 г. наблюдается увеличение на 20,5 %; свыше двух лет до трех лет включительно – 0,001 %; свыше трех лет рассмотрено 0,0002 %. При этом отметим увеличение числа дел, принятых к производству районных судов и мировых судей, на 9,0 и на 33,8 % соответственно.

Однако не будем забывать, что данные статистические показатели нарушения процессуальных сроков рассмотрения дел явно приуменьшены, поскольку течение срока рассмотрения дел в случае привлечения соответчиков, вступления в дело третьего лица, заявляющего самостоятельные требования, соединения или разъединения нескольких исковых требований и прочее начинается со дня совершения соответствующего процессуального действия, поэтому сроки нахождения в суде первой инстанции могут быть более продолжительными.

Таким образом, трехмесячный срок рассмотрения гражданского дела судом первой инстанции с возможностью его пролонгации будет отвечать сегодняшним реалиям российской действительности и способствовать удовлетворению потребностей общества в эффективном и справедливом правосудии, в котором качество разрешения гражданских дел не будет приноситься в жертву скорости их рассмотрения. Борьба со сроками способствует экономичности правосудия, а не его эффективности, поскольку скорость рассмотрения дела не может увеличиваться бесконечно без ущерба качества его рассмотрения. Полагаем, было бы правильным выбрать точкой отсчета течения вышеуказанного срока – день поступления заявления в суд, как и при определении начала течения «разумного срока».

Вместе с тем статистические данные фиксируют лишь общую продолжительность рассмотрения гражданских дел, при этом не учитывают со-

²⁰ Данные приводятся на основании официального сайта Судебного департамента при Верховном Суде РФ. URL: <http://www.cdep.ru/> (дата обращения: 20.10.2015).

вокупное время его нахождения в суде с момента поступления заявления до выдачи исполнительного листа. Однако периоды с момента объявления резолютивной части решения и до его изготовления в окончательной форме, с истечения срока обжалования и до направления в суды проверочной инстанции иногда исчисляются месяцами. Поэтому целесообразным было бы закрепить в Едином Гражданском процессуальном кодексе страны положение об ограничении срока нахождения дела в суде первой инстанции. В качестве рекомендуемого предлагаем шестимесячный срок.

В то же время обстоятельства, связанные с организацией работы суда, в том числе заменой судьи, не могут приниматься во внимание в качестве оснований для превышения разумного срока судопроизводства по делу (ч. 4 ст. 6.1 ГПК РФ и АПК РФ). В связи с этим предлагаемая в Концепции Единого ГПК РФ новелла о взаимозаменяемости судей весьма актуальна. В частности, взаимозаменяемость судей возможна, когда следует совершить не требующие отлагательства действия, не связанные с рассмотрением дела по существу (принять исковое заявление, рассмотреть заявление об обеспечительных мерах или их отмене, отложить судебное разбирательство, возобновить производство по делу, рассмотреть замечания на протокол). При этом взаимозаменяемость допускается и на стадии подготовки дела к судебному разбирательству, включая проведение предварительного судебного заседания. Данное законодательное положение позволит сократить общий срок рассмотрения гражданского дела и избежать рассмотрения дела с самого начала, как в случае замены судьи.

В целом, изучив предлагаемые в рамках Концепции Единого ГПК РФ законодательные меры, можно сделать вывод, что все они направлены на ускорение судопроизводства.

Отметим, что способы ускорения гражданского судопроизводства дифференцируются на судоустройственные и судопроизводственные. Судопроизводственные, в свою очередь, подразделяются на две группы. Одна группа мер направлена на создание ускоренных форм судебной защиты, существующих в гражданском и арбитражном процессе наряду с основной развернутой судебной процедурой рассмотрения и разрешения гражданских дел. Другая группа мер должна быть направлена на создание механизмов, способствующих ускорению развернутой формы судебного разбирательства, т.е. существующих внутри такой формы²¹.

Проанализировав проект Единого ГПК РФ, можно с уверенностью сказать, что принят ряд законодательных мер для ускорения судопроиз-

²¹ См.: Загайнова С. К. Актуальные проблемы ускорения гражданского судопроизводства. Развитие процессуального законодательства : к пятилетию действия АПК РФ, ГПК РФ и Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации» : материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной юбилею заслуженного деятеля науки РФ, доктора юрид. наук, проф. Т. Е. Абовой (Воронеж, 15–16 февраля 2008 г.) / под ред. Е. И. Носыревой. Сер. Юбилеи, конференции, форумы. Воронеж, 2008. Вып. 4. С. 61–83.

водства по всем вышеуказанным направлениям. В частности, получили соответствующее развитие примирительные процедуры, при этом перечень их остается открытым. Наряду с медиацией предусмотрены переговоры, сверка расчетов, судебное примирение. Предлагается также введение по отдельным, точно выверенным категориям дел обязательного претензионного порядка.

Наряду с основной развернутой формой судебного разбирательства предусмотрено сохранение приказного производства. В новом кодексе сохраняется также заочное и упрощенное производства.

Усовершенствован также порядок извещения сторон, предусмотрен отказ от возможности обжалования определения об оставлении искового заявления без движения, закреплен новый подход к отложению судебного разбирательства, в силу которого повторное рассмотрение доказательств, исследованных до отложения судебного разбирательства, не производится. Вместе с тем полагаем, что в Едином ГПК РФ возможно закрепить ограничение апелляционного обжалования решений судов первой инстанции по некоторым категориям дел, не представляющих особой сложности.

Таким образом, при разработке Концепции Единого Гражданского процессуального кодекса рабочей группой был использован более предпочтительный, с нашей точки зрения, подход так называемой «мягкой» унификации, при которой создание нового единого процессуального кодекса происходит на основании первичного объединения имеющегося правового регулирования как выстраивания единых подходов в правовом регулировании (где это возможно), так и сохранения специфики регулирования (где это необходимо)²².

²² См.: Решетникова И. В. Унификация процессуального законодательства. Ждать ли революций?! // Законы России : опыт, анализ, практика. 2015. № 3. С. 3–8.

Воронежский государственный университет

*Косарева Е. В., аспирант кафедры
гражданского права и процесса
E-mail: elena_kosareva.law@mail.ru
Тел.: 8-951-555-72-23*

Voronezh State University

*Kosareva E. V., Post-graduate Student of
the Civil Law and Process Department
E-mail: elena_kosareva.law@mail.ru
Tel.: 8-951-555-72-23*

УДК 347.918

О ПРАВОВОЙ ПРИРОДЕ АРБИТРАЖНОГО СБОРА

Я. Н. Клеменцева

Московский государственный юридический университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

Поступила в редакцию 11 января 2017 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию правовой природы арбитражного сбора и в целом вопросу финансирования деятельности третейских судов как одному из элементов гарантий независимости третейских судов. Анализируются правовые и теоретические возможности и последствия признания арбитражного сбора объектом налогообложения и собственно налогом либо сбором в смысле налогового законодательства. Сопоставляются позиции судебных органов разных уровней, налоговых органов и Минфина РФ по данному вопросу, в том числе с учетом новейших изменений в законодательстве.

Ключевые слова: третейский суд, третейское разбирательство, финансирование арбитража, арбитражный сбор, гонорар арбитров, парадискальный сбор (парафискалитет), налоговые платежи, внереализационные расходы.

Abstract: the article is dedicated to research of the legal nature of the arbitration fee and generally to the question of financing the activities of the arbitral tribunals as an element of guarantees of independence of arbitral tribunal. The article analyzes the legal and theoretical possibilities and consequences of the recognition of the arbitration fee as the object of taxation and the actual tax or fee in the sense of tax legislation. The author compares the positions of judicial authorities, tax authorities and Ministry of Finance of the Russian Federation on this issue, including with the latest changes in legislation.

Key words: arbitral tribunal, arbitrage, arbitration funding, arbitration fee, arbitrator's fee, parafiscality, tax payments, non-operating expenses.

Согласно ст. 18 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об арбитраже») третейское разбирательство (далее – арбитраж) осуществляется на основе принципов независимости и беспристрастности третейских судей (далее – арбитров), диспозитивности, состязательности сторон и равного отношения к сторонам. Нарушение третейским судом основополагающих принципов российского права является основанием как для отказа в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение арбитражного решения, так и для его отмены.

Согласно правовой позиции, изложенной в постановлении Конституционного Суда РФ (далее – постановление КС РФ) от 18 ноября 2014 г. № 30-П, основные принципы третейского разбирательства согласно современной доктрине справедливого правосудия относятся к числу фундаментальных, однако в третейском разбирательстве их проявление

имеет свои особенности, которые обусловлены негосударственной природой третейского суда. Так, что касается принципа независимости и беспристрастности арбитров, то вытекающие из него требования производны от требований к судьям государственных судов, аналогичны и подходы к основополагающим гарантиям их деятельности, направленным на обеспечение реализации гражданами и их объединениями (организациями) права на справедливое разбирательство дела независимым и беспристрастным судом. Независимость арбитра (арбитров) от организации-учредителя обеспечивается запретом на вмешательство в его деятельность по рассмотрению спора и в принятие решения по делу органов, должностных лиц и сотрудников этой организации, которая управомочена лишь на утверждение процедурных правил соответствующей деятельности и списка арбитров, а также порядком выплаты им гонораров и компенсации иных расходов, связанных с участием в арбитраже: бремя этих расходов, состав которых определяется правилами конкретного постоянно действующего третейского суда, несут стороны спора, а размер вознаграждения (гонорар) зависит от заранее определенного размера уплачиваемого авансом арбитражного сбора, часть которого подлежит распределению между арбитрами вне зависимости от результатов рассмотрения дела (организация-учредитель лишь получает соответствующие денежные средства, осуществляет их хранение и выплату (п. 3.1)¹. Вместе с тем следует иметь в виду, что основной принцип формирования третейского суда – это принцип доверия сторон арбитрам ввиду их репутации, честности, профессиональных навыков в определенной области.

В связи с этим небезынтересным является вопрос финансирования, в том числе как элемент гарантии независимости. Как верно отмечает М. И. Клеандров, «источники, размеры и порядок финансирования судов прямо и существенно влияют на независимость судей и эффективность работы судов, осуществление правосудия в целом – во всем многообразии понимания этих институтов»², а государственное финансирование – это то, что придает публичность, государственный характер государственным судам и осуществляемой ими деятельности. Суды (имеется в виду собственно суды или государственные суды) – это в настоящее время единственные в Российской Федерации органы государственной власти, порядок финансирования которых определен непосредственно в Конституции РФ. Так, согласно ст. 124 Конституции РФ и ст. 3 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» (далее – ФКЗ «О судебной системе») финансирование государственных судов (федеральных судов и мировых судей) производится только из федерального бюджета и должно обеспечивать полное и независимое осуществление правосудия в соответствии с федеральным законом. Значимость этих положений в том, чтобы обеспечить судебной власти материальную базу

¹ Вестник Конституционного Суда РФ. 2015. № 1.

² Комментарий к Конституции РФ (постатейный). 2-е изд., пересмотр. / под ред. В. Д. Зорькина. М., 2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

для реализации ее полномочий по отправлению правосудия без обращения к каким-либо иным органам, организациям и частным лицам за предоставление материальных средств и «чтобы оградить суды от влияния региональных и местных органов публичной власти, создать условия для их подлинной независимости»³. Это проявляется, в частности, во взыскании государственной пошлины, которая является одним из публичных элементов осуществления правосудия по гражданским делам. Конституционные (уставные) суды субъектов РФ финансируются за счет средств бюджета субъекта РФ, но их существование не является обязательным и гарантированным Конституцией РФ. Согласно ст. 26 ФКЗ «О судебной системе», в субъектах РФ могут (но не обязаны) создаваться такие суды⁴.

Третейские суды не финансируются ни за счет средств федерального бюджета, ни за счет средств бюджета субъекта РФ, государство в принципе не участвует в их финансировании. Оно осуществляется учредившими их некоммерческими организациями и за счет поступления сумм арбитражных сборов. Финансирование третейских судов ad hoc осуществляется самостоятельно сторонами арбитража путем выплаты арбитрам вознаграждения за рассмотрение спора в виде гонорара.

Думается, что по аналогии с государственной пошлиной, механизм компенсации расходов третейских судов за счет обеих сторон путем уплаты ими арбитражных сборов является одной из гарантий его независимости, в том числе и от организации, при которой он образован. Как было отмечено в постановлении КС РФ от 18 ноября 2014 г. № 30-П, организация-учредитель лишь получает авансированный арбитражный сбор и осуществляет хранение и выплату этих средств. Однако можно ли гарантировать полную независимость постоянно действующего третейского суда от организации, при которой он функционирует? Представляется, что да, если финансирование со стороны организации сведено до минимума, необходимого для организации и проведения арбитража (предоставление помещения, техническое и организационное обеспечение, оплата труда технического персонала), основная финансовая нагрузка должна приходиться на выплаты, осуществляемые сторонами переданного на разрешение третейского суда спора, а деятельность третейского суда, не приносящая прибыль организации-учредителю, имеет существенную неэкономическую ценность для этой организации.

Между тем данная проблема имеет комплексный характер и состоит из нескольких вопросов, на которые нужно ответить.

Чтобы понять, что представляет собой арбитражный сбор, необходимо сопоставить его с государственной пошлиной.

³ О финансировании судов Российской Федерации : федер. закон от 10 февраля 1999 г. № 30-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ В 32 субъектах, где такие суды не созданы, их конституциями (уставами) предусмотрена норма о конституционном (уставном) суде. В немногих субъектах РФ приняты законы о таких судах, но более чем в 3/4 этих субъектов уставных судов нет.

Как отмечает М. Э. Морозов, государственная пошлина, с точки зрения экономистов, – это один из источников формирования доходной части государственного бюджета, а с точки зрения правоведов – это составная часть судебных расходов, которая представляет собой установленный государством платеж за совершение юридически значимых действий государственным судом, относящийся к федеральным налогам и сборам⁵.

При установлении размера госпошлины государство ориентируется на такие показатели, как компенсация издержек государства на осуществление правосудия, обеспечение доступа к правосудию и «платежеспособность потребителей судебных услуг»⁶, что соответствует положениям п. 3 ст. 3 Налогового кодекса Российской Федерации (далее – НК РФ), установившего, что налоги и сборы должны иметь экономическое обоснование, не могут быть произвольными и не должны препятствовать реализации гражданами своих конституционных прав.

Арбитражный сбор представляет собой сбор, уплачиваемый при подаче искового заявления авансом по каждому иску для покрытия расходов по организации и проведению арбитража, в том числе общих хозяйственных расходов, связанных с деятельностью третейского суда, а также выплаты гонораров арбитрам⁷ (обычно сумма гонорара включается в размер всего арбитражного сбора).

Что касается размера арбитражного сбора, то в разных третейских судах подход к его определению может различаться и зависит от ряда обстоятельств. Как правило, размер сбора в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, определяется его правилами и устанавливается в процентах от суммы иска. При этом многие третейские суды вводят минимальный размер арбитражного сбора, который уплачивается, например, при подаче неимущественных требований и/или по искам на небольшую сумму, либо оставляют у третейского суда часть сбора независимо от того, будет ли дело рассмотрено. Существование таких норм связано с необходимостью покрытия расходов третейского суда, носящих постоянный характер. Например, Международный коммерческий арбитражный суд (далее – МКАС) в ст. 1 Положения об арбитражных расходах и сборах разделил регистрационный и арбитражный сбор. Причем регистрационный сбор, являясь частью арбитражного сбора, впоследствии не подлежит возврату и направлен на компенсацию расходов, связанных с началом арбитража.

В рамках арбитража, осуществляемого третейским судом *ad hoc*, размер арбитражного сбора определяется по соглашению сторон, а при от-

⁵ См.: Морозов М. Э. Третейское разбирательство : учеб.-метод. комплекс. Новосибирск, 2008. URL: <http://do.gendocs.ru/docs/index-167137.html>

⁶ Цихоцкий А. В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997. С. 315.

⁷ См., например: пункт 1 Положения о третейских сборах и расходах (Приложение к Регламенту Третейского суда для разрешения экономических споров при Торгово-промышленной палате РФ : утв. приказом ТПП РФ от 22 июня 2006 г. № 48 в ред. от 09.06.2011).

сутствии соглашения – третейским судом с учетом цены иска, сложности спора, затраченного времени и любых других обстоятельств.

При этом, несмотря на то что и государство при отправлении правосудия, и третейский суд, и его организация-учредитель при осуществлении арбитража, прежде всего, ориентируются на такой показатель, как компенсация издержек. Размер государственной пошлины помимо компенсации издержек должен обеспечивать доступность правосудия для каждого, чего нельзя сказать о размере арбитражного сбора. В связи с этим сложно не согласиться с тем, что организация – учредитель третейского суда, сам третейский суд все же несколько больше сориентированы на экономические показатели в определении размера арбитражного сбора, чем государство при определении размера государственной пошлины, поскольку если размеры арбитражного сбора не покроют расходы на арбитраж, в том числе в части выплаты гонораров арбитрам, а также вообще на само существование постоянно действующего арбитражного учреждения, то деятельность последнего встанет под вопрос ввиду отсутствия средств и даже прямой «убыточности». Очевидно, что определенный экономический интерес имеется и у арбитров, так как они не возьмутся разрешать спор на безвозмездной основе. Таким образом, поскольку деятельность постоянно действующих третейских судов финансируется, в том числе организациями, при которых они функционируют, финансирование для этих организаций имеет потенциально экономическое значение, деятельность третейских судов не должна быть «убыточной» даже при условии, что она имеет некоммерческую ценность.

В связи с изложенным возникают следующие вопросы:

1. Свидетельствует ли уплата арбитражного сбора об осуществлении коммерческой деятельности организацией – учредителем третейского суда, постоянно действующим арбитражным учреждением, при котором создан третейский суд, либо третейским судом *ad hoc*, а целью их деятельности – извлечение прибыли?

2. Каковы отношения контролирующих органов (налоговые органы) и организации – учредителя третейского суда, постоянно действующего арбитражного учреждения, при котором создан третейский суд, либо третейского суда *ad hoc* по поводу уплаты налогов, а именно: что представляет собой арбитражный сбор в смысле налогового законодательства; не является ли он объектом налогообложения, собственно налогом либо сбором в смысле ст. 8 НК РФ; и обязана ли организация – учредитель третейского суда, постоянно действующее арбитражное учреждение, при котором создан третейский суд, либо третейский суд *ad hoc*, уплачивать соответствующие налоги и/или сборы в связи с их деятельностью по разрешению споров?

В настоящее время единой позиции по этим вопросам пока не выработано ни в теоретической, ни в практической области, между тем их решение имеет существенное значение, так как может повлиять на правовое положение третейских судов и определение сущности арбитража.

Так, если арбитражный сбор признать объектом налогообложения, то можно прийти к выводу, что деятельность третейского суда приносит прибыль, а значит, является предпринимательской, а правоотношения между истцом и организацией – учредителем третейского суда либо самим третейским судом – как обязательственные, т.е. рассмотрение споров приравнивается к оказанию «услуги» в смысле гражданского законодательства. В связи с этим сторона переданного на рассмотрение третейскому суду спора впоследствии может обратиться в государственный суд с иском к третейскому суду о признании оказанной «услуги» некачественной, а следовательно, возмещении ущерба и выплате неустойки и др. Соответственно, и третейский суд либо организация-учредитель может обратиться в государственный суд с иском к лицу (лицам), передавшим спор на разрешение третейскому суду, например о взыскании «судебных» издержек. Однако, как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, предоставление третейскому суду – в целях возмещения понесенных им расходов при рассмотрении дела – права на обращение в арбитражный суд с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение вынесенного им же решения противоречило бы общеправовому принципу «никто не может быть судьей в собственном деле»⁸. Кроме того, прибыль – это финансовые средства, полученные от занятия предпринимательской деятельностью, остающиеся после вычета затрат на ее осуществление. Арбитражный сбор идет на покрытие расходов по рассмотрению спора, поэтому с учетом требований нового ФЗ «Об арбитраже» о создании постоянно действующих арбитражных учреждений только при некоммерческих организациях, которые в соответствии со ст. 50 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и ст. 2 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» (далее – ФЗ «О некоммерческих организациях») не имеют извлечение прибыли в качестве основной цели своего существования и не распределяют полученную прибыль между участниками, а могут осуществлять приносящую доход деятельность, если это предусмотрено их уставами и если служит достижению целей, ради которых они созданы, что отвергает возможность отнесения арбитражного сбора к объекту налогообложения. Третейский суд – это единоличный арбитр или коллегия арбитров, постоянно действующее арбитражное учреждение – подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража, и значит, не взаимодействующее самостоятельно с налоговыми органами. Очевидно, эти функции осуществляет сама некоммерческая организация. Кроме того, признание арбитражного сбора объектом налогообложения создаст дополнительную налоговую нагрузку, увеличивая стоимость арбитража и делая его еще менее доступным.

Если же арбитражный сбор относить к налогам (или сборам), возникает вопрос: что это за налог или сбор где закреплено его существование

⁸ Определения Конституционного Суда РФ от 11 мая 2012 г. № 783-О; 27 октября 2015 г. № 2379-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

и как определить его размер и т.д.? Для признания арбитражного сбора налогом или сбором в смысле ст. 8 НК РФ законодателю необходимо было закрепить этот факт в налоговом законодательстве. Конституционный Суд РФ в своих решениях неоднократно обращался к конституционному понятию «законно установленные налоги и сборы», где указывал, что установить налог или сбор можно только путем прямого перечисления в законе существенных элементов налогового обязательства⁹. В настоящее время арбитражные расходы прямо не отнесены законодателем к налогам или сборам.

Мнения по данному вопросу выразили лишь Министерство финансов Российской Федерации (далее – Минфин РФ), Министерство Российской Федерации по налогам и сборам (далее – Министерство РФ по налогам и сборам), а также различные суды. При этом приходится учитывать, во-первых, что мнения Минфина РФ и Министерства РФ по налогам и сборам, сформулированные в их письмах, не являются нормативными правовыми актами и носят информационно-разъяснительный характер по вопросам применения законодательства о налогах и сборах, что не препятствует налоговым органам, налогоплательщикам, плательщикам сборов и налоговым агентам руководствоваться нормами законодательства о налогах и сборах в понимании, отличающемся от трактовки Минфина РФ и Министерства РФ по налогам и сборам; во-вторых, судебная практика, отражающая противоположную позицию в этом вопросе, хотя и характеризуется как более-менее единообразная, тем не менее, не подкреплена ни одним официальным разъясняющим судебным актом, имеющим высшую юридическую силу. В науке отдельные исследователи делали попытки ответить на данные вопросы путем толкования действующего законодательства и исходя из доктринальных представлений, но к единому мнению исследователи пока не пришли.

Минфин РФ и Министерство РФ по налогам и сборам заняли единую позицию, согласно которой в целях налогообложения деятельность третейского суда следует считать оказанием услуги, а средства, полученные юридическими лицами, в составе которых образованы постоянно действующие третейские суды, за разрешение ими споров, являются выручкой от реализации услуг и должны учитываться при определении налоговой базы по налогу на прибыль организаций¹⁰, при этом они не могут быть освобождены от налогообложения согласно подп. 17 п. 2 ст. 149 НК РФ¹¹.

⁹ Постановления Конституционного Суда РФ: от 4 апреля 1996 г. № 9-П; 11 ноября 1997. № 16-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 2; 1997. № 6.

¹⁰ Письмо Министерства финансов РФ от 11 мая 2011 г. № 03-07-11/120; Письмо Министерства РФ по налогам и сборам от 13 мая 2004 г. № 03-1-08/1191/15@. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ См. также: Письмо Министерства РФ по налогам и сборам от 21 июля 2003 г. № 03-1-09/2237/16 // Там же; Письмо Управления Федеральной налоговой службы РФ по г. Москве от 8 декабря 2005 г. № 19-11/90547 «О налогообложении НДС денежных средств, полученных за разрешение спора в третейском суде» // Московский налоговый курьер. 2006. № 9.

Противоположную позицию заняли в данном вопросе суды. Так, Высший Арбитражный Суд РФ, отказывая Московской Государственной налоговой инспекции в принесении протеста на постановление апелляционной инстанции Московского арбитражного суда по делу № 12-30 от 26 июня 1995 г., отметил, что деятельность МКАС по рассмотрению гражданско-правовых споров, по существу, является судебной деятельностью и не может быть признана предпринимательской деятельностью по оказанию услуг, которая облагается налогом на добавленную стоимость¹². Аналогичные выводы содержатся также и в ряде других судебных решений. Например, в постановлениях ФАС Северо-Кавказского округа от 10 октября 2005 г. № Ф08-4747/2005-1892А¹³, ФАС Северо-Западного округа от 18 апреля 2000 г. № А56-23513/99, Арбитражного суда Московского округа от 31 мая 2000 г. № КА-А41/2076-00, ФАС Уральского округа от 9 октября 2000 г. № Ф09-1202/2000-АК¹⁴ отмечено, что рассмотрение спора в третейском суде нельзя отнести к коммерческой деятельности, в том числе и возмездному оказанию услуг, а взимаемая при подаче иска плата является компенсацией судебных расходов, связанных с осуществлением правосудия третейским судом, и не подлежит налогообложению. Суды исходят из того, что третейские суды не являются юридическими лицами и, следовательно, не могут участвовать в гражданском обороте и заниматься предпринимательской деятельностью, поэтому говорить о доходах, которые могли бы стать объектом налогообложения, не приходится. Однако, несмотря на отсутствие противоречий в практике федеральных арбитражных судов различных округов, официальной разъясняющей позиции ранее Высшего Арбитражного Суда РФ, а сейчас – Верховного Суда РФ по рассматриваемому вопросу пока нет.

В научно-публицистической литературе и среди практиков есть сторонники как мнения Минфина РФ и Министерства РФ по налогам и сборам, так и позиции, которой придерживаются суды.

По мнению одних авторов, целью деятельности третейских судов является защита прав, а арбитражный сбор является не доходом, а способом компенсации издержек по осуществлению защиты этих прав и не подлежит налогообложению как доход от коммерческой деятельности.

Более того, уплата арбитражного сбора в сумме, превышающей расходы на рассмотрение спора, также не является доходом, поскольку функция арбитражного сбора – не только возмещение расходов, связанных с организацией арбитража, но и обеспечение функционирования третейского суда как органа, осуществляющего защиту прав¹⁵.

¹² См.: *Скородумов Е. А.* О некоторых вопросах, связанных с уплатой налогов при осуществлении деятельности по рассмотрению споров третейскими судами // Третейский суд при Санкт-Петербургской Торгово-промышленной палате / под ред. В. А. Мусина. СПб., 2001. С. 100. См. также: URL: <http://arbitrage.spb.ru/jts/2000/6/art06.html>

¹³ URL: https://www.zonazakona.ru/law/jude_kavkaz/939/

¹⁴ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ См.: *Скородумов Е. А.* Налоги, страховые взносы и третейские суды // Тре-

В то же время другие авторы отстаивают позицию, согласно которой за разрешение споров в третейском суде средства, полученные организацией, при которой действует третейский суд, являются выручкой от реализации услуг, оказываемых третейскими судами на платной основе. Следовательно, указанные средства должны учитываться при определении налоговой базы по НДС в общеустановленном порядке¹⁶.

Небезынтересными представляются предложения объяснить природу арбитражного сбора, относя его к категории парафискальных сборов (неналоговых сборов)¹⁷, потому что средства от парафискальных сборов в отличие от налогов поступают не на бюджетные счета Федерального казначейства, а на счет специально уполномоченной организации.

Анализ изложенного позволяет автору отметить, что единственное, в чем сходятся все, это то, что возникновение обязанностей по оплате государственной пошлины и арбитражного сбора являются основанием для совершения соответствующими органами юридически значимых действий; и при установлении размеров государственной пошлины и арбитражного сбора учитывается компенсационная составляющая. В остальном же прослеживается противопоставление этих двух категорий, основанное на разной правовой природе третейских и государственных судов и осуществляемой ими деятельности по разрешению споров посредством арбитража и отправления правосудия. Если государственная пошлина в силу прямого указания НК РФ относится к сборам и носит явно публичный характер, то с арбитражным сбором все намного сложнее.

В ст. 57 Конституции РФ закреплено требование о законности установления и взимания налогов и сборов, из которого следует, что налоги и сборы, не предусмотренные законодательством, существовать не могут. Конституционный Суд РФ в своих решениях также неоднократно указывал, что законы о налогах должны содержать четкие и понятные нормы, поэтому необходимо, чтобы все элементы налогообложения были сформулированы так, чтобы каждый точно знал, какие налоги, когда и в каком порядке он обязан платить, а все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах должны толковаться в пользу налогоплательщика¹⁸.

тейский суд. 2000. № 6 ; *Морозов М. Э.* Третейское разбирательство : учеб.-метод. комплекс. Новосибирск, 2008. URL: <http://do.gendocs.ru/docs/index-167137.html>

¹⁶ См.: *Ротко С. В., Тимошенко Д. А.* Финансирование : содержание этого понятия в рамках развития судебной системы и третейского судопроизводства // Администратор суда. 2007. № 4 ; *Семенухин В. В.* Льготы по налогу на добавленную стоимость в области государственных интересов // Бухгалтерский учет в бюджетных и некоммерческих организациях. 2012. № 16.

¹⁷ См.: *Васянина Е. Л.* Система фискальных сборов по законодательству РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 17–18. См. также: *Колмыкова Л. В.* Конституционно-правовые проблемы установления и взимания сборов в РФ // Налоги. 2011. № 4 ; *Ромащенко Л. В.* Правовая природа парафискальных платежей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013 ; *Долгова А. Ю.* Парафискальные сборы в России. Воронеж, 2012.

¹⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 февраля 2001 г.

Среди налогов арбитражный сбор не перечислен, из чего следует вывод об исключении его «налоговой» природы.

Что касается сборов, то основная масса сборов перечислена в главе 25.3 «Государственная пошлина» и 25.1 «Сборы за пользование объектами животного мира и за пользование объектами водных биологических ресурсов» НК РФ. Однако Конституционный Суд РФ также отметил, что законодательно должны быть определены элементы обложения не только сборов, признаки которых закреплены в п. 2 ст. 8 НК РФ, но и иных сборов, не обладающих признаками, закрепленными в указанной статье НК РФ¹⁹. Как отмечает Конституционный Суд РФ²⁰, перечень сборов, которые, как и налоги, являются конституционно-допустимым платежом публичного характера и должны уплачиваться в бюджет в силу обязанности, установленной законом, а не договором, при этом не исчерпывается НК РФ, где кроме глав 25.3 и 25.1 в п. 2 ст. 8 дано определение сбора как обязательного взноса, взимаемого с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в отношении плательщиков сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий. Иные обязательные в силу закона публичные платежи в бюджет, не являющиеся налогами, не подпадающие под определение сборов согласно п. 2 ст. 8 НК РФ и не указанные в НК РФ в качестве таковых, но по своей сути представляющие собой именно фискальные сборы, не должны выводиться из сферы действия ст. 57 Конституции РФ об условиях надлежащего установления налогов и сборов²¹.

В то время как сборы имеют публичный характер, являются одним из условий совершения государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий в отношении его плательщиков и должны уплачиваться в бюджет, очевидно, что арбитражный сбор не выполняет эти условия. Соответственно, арбитражный сбор с точки зрения налогового законодательства сбором также не является.

№ 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2001. № 3 ; от 8 октября 1997 г. № 13-П // Там же. 1997. № 5 ; от 11 ноября 1997 г. № 16-П // Там же. № 6 ; от 28 марта 2000 г. № 5-П // Там же. 2000. № 4 ; от 30 января 2001 г. № 2-П // Там же. 2001. № 3 ; от 23 мая 2013 г. № 11-П // Там же. 2013. № 6, а также определения Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2002 г. № 104-О // Там же. 2002. № 6 ; от 12 июля 2006 г. № 266-О // Там же. 2006. № 6 ; от 2 ноября 2006 г. № 444-О // Там же. 2007. № 2-3 ; от 15 января 2008 г. № 294-О-П // Там же. 2008. № 4 ; от 17 июня 2013 г. № 904-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 11 ноября 1997 г. № 16-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 6.

²⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 28 февраля 2006 г. № 2-П // Там же. 2006. № 3.

²¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июля 1998 г. № 22-П // Там же. 1998. № 6.

Что касается парафискальных сборов, то в российском финансовом праве это понятие является доктринальным и не закреплено в нормативных правовых актах. Между тем данное понятие часто используется в научных работах²², очевидно, это обусловлено тем, что сегодня в Российской Федерации взимаются обязательные платежи, не отнесенные налоговым законодательством к налогам и сборам, причем часть из этих платежей не зачисляется ни в федеральный бюджет, ни в бюджет субъектов РФ, ни в бюджет муниципальных образований. В результате сложилась ситуация, когда понятие парафискального сбора употребляется на практике, но не закреплено в законодательстве.

В целом, исходя из доктринальных представлений о парафискальных сборах, можно определить их как сборы, взимаемые на основании требований или с санкции публичной власти для покрытия расходов на выполнение делегированных негосударственным организациям публичной властью имеющих публичный характер функций, в том числе по защите прав и интересов определенной категории субъектов, и зачисляемые в пользу лиц, исполняющих эти функции, а не в федеральный бюджет, бюджет субъектов РФ либо бюджет муниципальных образований. Таким образом, право взимать парафискальные платежи возникает у организации в случае, когда государство принимает решение о финансовом обеспечении соответствующей деятельности не субсидиями из государственного бюджета, а сбором в пользу организации финансовых средств с населения и/или юридических лиц, обращающихся к этой организации. Примером парафискального сбора являются портовые сборы, взимаемые администрацией морских портов; отчисления операторов сети связи общего пользования в резерв универсального обслуживания; отчисления организаций, эксплуатирующих особо радиационно-опасные и ядерно-опасные производства и объекты.

В принципе, исходя из вышеизложенного определения парафискальных платежей, к ним можно отнести и арбитражные сборы. Законодатель признает третейские суды как одну из форм защиты прав и разрешения частных споров, тем самым делегируя им право на выполнение этой имеющей публичный характер функции, и путем закрепления соответствующих положений в законодательстве (ст. 22 ФЗ «Об арбитраже») признает право данных учреждений взимать за выполнение своих функций арбитражные сборы, которые поступают не в федеральный бюджет, бюджет субъектов РФ либо муниципальный бюджет, а в пользу третейских судов. Публичность характера деятельности третейского суда и осуществляемых им функций подтверждается тем, что на выносимые третейским судом решения может быть выдан исполнительный лист.

²² См.: *Васянина Е. Л.* Система фискальных сборов по законодательству РФ : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 17–18 ; *Колмыкова Л. В.* Конституционно-правовые проблемы установления и взимания сборов в РФ // *Налоги.* 2011. № 4 ; *Ромащенко Л. В.* Правовая природа парафискальных платежей : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013 ; *Долгова А. Ю.* Парафискальные сборы в России. Воронеж, 2012.

Федеральный закон «Об арбитраже» разрешает создание третейских судов только при некоммерческих организациях и запрещает их создание федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, государственными и муниципальными учреждениями, государственными корпорациями, государственными компаниями, политическими партиями и религиозными организациями, а также адвокатскими образованиями, адвокатскими палатами субъектов РФ и Федеральной палатой адвокатов РФ, нотариальными палатами и Федеральной нотариальной палатой (п. 2 ст. 44).

Деятельность некоммерческих организаций находится в особом правовом поле и регулируется ФЗ «О некоммерческих организациях». Статус деятельности некоммерческих организаций определяет и особенности их налогообложения. Так, согласно ст. 246 НК РФ все некоммерческие организации признаются плательщиками налога на прибыль. При этом средства, безвозмездно поступающие некоммерческим организациям на их содержание и ведение уставной деятельности при определении доходов для целей исчисления налога на прибыль организаций, не учитываются (подп. 10.2 п. 2 ст. 251 НК РФ). Если в качестве уставной деятельности некоммерческой организации не указан арбитраж, данное положение неприменимо.

Вместе с тем некоторое решение рассматриваемый в статье вопрос получил, когда 28 декабря 2016 г. Президентом РФ был подписан ФЗ № 463-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Налогового кодекса Российской Федерации», согласно п. 1 ст. 1 которого освобождается от обложения налогом на добавленную стоимость деятельность в рамках арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением, оплата за которую (в том числе в составе арбитражного сбора) осуществляется через некоммерческую организацию, подразделением которой является это постоянно действующее арбитражное учреждение. Это отражает сложившийся в судебной практике подход, в силу которого налог на добавленную стоимость не начисляется на сумму арбитражного сбора и может способствовать устранению существовавшей правовой неопределенности в отношении вопроса налогообложения арбитража и не приведет к возникновению выпадающих доходов федерального бюджета.

Несколько проще дело обстоит с тем, чем является арбитражный сбор для организации, уплатившей его и обратившейся в третейский суд. Ряд исследователей относит его к группе внереализационных расходов²³. По их мнению, указанный сбор вполне можно учесть в составе внереализационных расходов в качестве «других обоснованных расходов» на основа-

²³ См.: *Бельковец В.* О судебных расходах // *Московский бухгалтер.* 2009. № 17–18 ; *Хоменко А. Н.* Тонкости признания судебных расходов в налоговом учете обеих сторон спора // *Рос. налоговый курьер.* 2012. № 13–14 ; *Романова А. В.* Страховые организации : урегулирование споров и признание расходов // *Аудиторские ведомости.* 2011. № 2.

нии подп. 20 п. 1 ст. 265 НК РФ. Например, Е. В. Вайтман считает, что хотя затрат на уплату арбитражного сбора нет в перечне расходов, не учитываемых в целях налогообложения (ст. 270 НК РФ), но расходы на третейское разбирательство как непосредственно не связанные с производством и реализацией относятся к внереализационным, перечень которых является открытым, а значит, организация имеет право учесть их в составе других обоснованных внереализационных расходов²⁴.

Федеральная налоговая служба РФ в письме от 8 июля 2014 г. № ГД-4-3/13222@²⁵ отмечает также, что если арбитражный сбор уплачен в порядке, предусмотренном правилами постоянно действующего третейского суда, а равно при наличии арбитражного решения, документов, подтверждающих реальное несение расходов, и положения о третейском суде, утвержденном организацией, образовавшей данный суд, расходы, понесенные в связи с уплатой арбитражного сбора, могут быть признаны на основании подп. 20 п. 1 ст. 265 НК РФ в составе внереализационных расходов как другие обоснованные расходы.

Между тем представляется, что относить эти сборы следует не к «другим обоснованным расходам» согласно подп. 20 п. 1 ст. 265 НК РФ, а согласно подп. 10 п. 1 ст. 265 НК РФ, где арбитражные сборы указаны в качестве самостоятельного основания для уменьшения налоговой базы по налогу на прибыль. Однако, по мнению налоговых органов²⁶ и Минфина РФ²⁷, налогоплательщики вправе учесть в составе расходов, уменьшающих налогооблагаемую базу по налогу на прибыль, только ту часть суммы арбитражного сбора, которая не превышает сумму расходов, которые налогоплательщик мог бы понести, если бы обратился в государственный суд.

Итак, полагаем, что порядок финансирования третейских судов по аналогии с финансированием государственных судов в определенной мере влияет на независимость арбитров, а арбитражный сбор является элементом гарантии финансовой независимости третейского суда, в том числе от организации-учредителя. При этом для достижения этого результата важным представляется сведение финансового участия организации-учредителя к объему, необходимому для функционирования третейского суда и покрытие расходов, носящих постоянный характер и не зависящих от сумм иска (предоставление помещения, техническое и организационное обеспечение деятельности третейского суда, оплата труда технического персонала).

²⁴ См.: Вайтман Е. В. Вынуждены судиться? Имеете право списать судебные расходы! // Рос. налоговый курьер. 2009. № 11.

²⁵ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁶ См.: Письмо Управления Министерства РФ по налогам и сборам по г. Москве от 3 июля 2000 г. № 04-14Б/25175 // Московский налоговый курьер. 2000. № 14.

²⁷ См.: Письмо Министерства финансов РФ от 29 апреля 2000 г. № 04-02-18. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Теоретически возможно отнесение арбитражных сборов к парафискальным сборам, но законодательно эта возможность не закреплена. В связи с этим арбитражный сбор пока скорее следует отнести к области частного права, хотя и с элементом публичности.

При этом автор приходит к выводу, что арбитражный сбор не является прибылью и не может рассматриваться в качестве объекта налогообложения, поскольку прибыль – это доход от занятия какой-либо предпринимательской деятельностью, а арбитражный сбор идет на покрытие расходов по рассмотрению спора. Арбитражный сбор также не является налогом и/или сбором в смысле, придаваемом ему налоговым законодательством. При этом не отражать его в налоговой отчетности не представляется возможным. Налоговый кодекс РФ в ст. 265 НК РФ упоминает его в составе внереализационных расходов, уменьшающих налоговую базу по налогу на прибыль субъекта, уплатившего такой сбор. В свою очередь, организация-учредитель постоянно действующего арбитражного учреждения имеет два варианта отражения арбитражного сбора в налоговой отчетности: 1) при определении налоговой базы согласно п. 10.2 ч. 2 ст. 251 НК РФ может не учитывать арбитражный сбор в случае, если он отнесен к целевым поступлениям на содержание некоммерческих организаций и ведение ими уставной деятельности. В противном случае арбитражный сбор налоговые органы могут рассматривать как доход, учитываемый при налогообложении, что может повлечь такие последствия, как увеличение размера арбитражного сбора либо сокращение финансирования текущей деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения; 2) применение подп. 16.1 п. 2 ст. 149 НК РФ в ред. от 28.12.2016 г. позволяет не начислять налог на добавленную стоимость на сумму арбитражного сбора.

Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

Клеменцева Я. Н., соискатель кафедры гражданского и административного судопроизводства, главный консультант аппарата судьи Конституционного Суда Российской Федерации
E-mail: Yana.Klementseva@ksrf.ru; klemiyana@mail.ru
Тел.: 8(812) 404-30-49

Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

Klementseva Ya. N., Competitor of the Civil and Administrative Proceedings Department of the Constitutional Court of the Russian Federation Chief Consultant of the Judge Office

E-mail: Yana.Klementseva@ksrf.ru; klemiyana@mail.ru

Tel.: 8(812) 404-30-49

УДК 341.9

**О НЕКОТОРЫХ ПОДХОДАХ К ПОНЯТИЮ
«МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ»
ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ**

А. И. Щукин

*Институт законодательства
и сравнительного правоведения при Правительстве РФ*

Поступила в редакцию 25 декабря 2016 г.

Аннотация: анализируется понятие международной правовой помощи с позиций науки гражданского процессуального, уголовно-процессуального и международного частного права. Сделан вывод, что международная правовая помощь по гражданским делам представляет собой основанный на нормах международного и национального права правовой институт, регулирующий взаимодействие компетентных органов юстиции разных стран по осуществлению процессуальных и иных юридически значимых действий, направленных на правильное, своевременное разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных прав и интересов и повышение эффективности правосудия в целом.

Ключевые слова: международная правовая помощь по гражданским делам, сотрудничество учреждений юстиции разных стран, международный гражданский процесс.

Abstract: the article analyzes the concept of international legal assistance from the point of science of civil procedure, criminal procedure and international private law. Based on the analysis the conclusion is made that the international legal assistance in civil cases is based on international and national law the legal institution which regulates the interaction of the competent judicial authorities of different countries for the implementation of procedural and other legal actions to correct and timely resolution of civil cases in order to protect the violated rights and interests and the improvement of efficiency of justice in general.

Key words: international legal assistance in civil cases, the cooperation of various institutions of Justice in different countries, international civil procedure.

При рассмотрении и разрешении гражданско-правовых споров с участием иностранных лиц нередко возникает необходимость совершения отдельных процессуальных действий на территории иностранного государства: вручение судебной повестки, допрос свидетеля, производство экспертизы и др. Однако очевидно, что судебный орган не может непосредственно произвести эти действия на иностранной территории, так как обладает властной компетенцией лишь в пределах своего собственного государства (имеется в виду принцип государственного суверенитета). Соответственно, в решении названных вопросов не обойтись без правовой помощи зарубежных органов юстиции.

Необходимо отметить, что потребность в оказании правовой помощи не ограничивается только стадией рассмотрения гражданского дела по

существо. Признание и приведение в исполнение вынесенного иностранного судебного акта также охватывается понятием правовой помощи¹.

Следовательно, в ряде случаев международная правовая помощь – необходимое условие осуществления правосудия по гражданским делам. При этом, как справедливо отмечается в литературе, уровень реализации правовой помощи должен учитываться при определении критериев эффективности судопроизводства². Надлежащее осуществление международной правовой помощи напрямую влияет на возможность обеспечения судебными органами прав и законных интересов лиц, участвующих в гражданских делах.

По мнению Н. И. Марышевой, международная правовая помощь – важный элемент правового сотрудничества России с иностранными государствами, служащий защите прав и законных интересов граждан, а также сближению правовых систем и созданию единого правового пространства³. Все это обязывает четко определить и подробнее рассмотреть содержание понятия «международная правовая помощь» по гражданским делам.

Формирование понятия «международная правовая помощь» по гражданским делам происходило поступательным путем. Данный термин вошел в юридический лексикон в 1957 г., когда Советский Союз начал заключать практически со всеми социалистическими и отдельными капиталистическими государствами двусторонние договоры о правовой помощи⁴. До этого момента понятие «международная правовая помощь» по гражданским делам в международных соглашениях и российском законодательстве не встречалось. Отметим, что и в советский период, и в настоящее время в отечественном законодательстве ни в одном нормативно-правовом акте не дается легального определения международной правовой помощи по гражданским делам. В связи с этим в российской юридической науке разными авторами сделаны попытки истолкования данного термина.

Так, по мнению О. Г. Григорьевой, международная правовая помощь по гражданским делам есть совокупность действий, совершаемых компетентными национальными органами и должностными лицами одного

¹ См.: Морозова Ю. Г. Многосторонние и двусторонние конвенции о правовой помощи // Гражданин и предприниматель в российском и зарубежном суде : правовая помощь / под общ. ред. Т. Н. Нешатаевой. М., 2002. С. 20.

² См.: Никольшина О. Г. Сущность и значение международной правовой помощи по гражданским и семейным делам // Современное право. 2006. № 8. С. 102.

³ См.: Марышева Н. И. Международная правовая помощь по гражданским и уголовным делам : дис. ... д-ра юрид. наук в форме научного доклада. М., 1996. С. 15–16.

⁴ См., например: Договор между Союзом ССР и Польской Народной Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 28 декабря 1957 г. (документ прекратил действие в отношениях между Россией и Польшей со дня вступления в силу нового Договора от 16 сентября 1996 г.).

государства, по оказанию содействия как в осуществлении правосудия по гражданским делам, так и в совершении внесудебных юридически значимых действий, соответствующим органам и должностным лицам другого государства, регламентированных комплексом международных и внутригосударственных юридических норм⁵. По сути, автор разделяет оказание помощи при разбирательстве дела в суде и внесудебную юридическую помощь. К последней относится, в частности, деятельность нотариуса, связанная с производством по наследственному делу, деятельность органов, производящих регистрацию актов гражданского состояния. Если вести речь в целом о правовой помощи, то с такой позицией еще можно было бы согласиться.

Однако понятие «международная правовая помощь» дается О. Г. Григорьевой применительно к гражданским делам. Под этим термином понимается не что иное, как правовой конфликт, спор о праве – предмет судебного разбирательства. В то же время одним из квалифицированных признаков юридической помощи, оказываемой органами нотариата, является бесспорный характер правоотношений, на которые распространяется их компетенция. Нотариусы не разрешают споры о праве материальном – это прерогатива судебных органов. То же самое можно сказать и об органах записи актов гражданского состояния. Это, в свою очередь, не позволяет говорить о единстве общих принципов оказания правовой помощи названными субъектами, поэтому вряд ли деятельность органов нотариата и записи актов гражданского состояния охватывается понятием «международная правовая помощь» по гражданским делам. Не зря Н. И. Марышева критерием для отнесения тех или иных действий к сфере международной правовой помощи считает их связь с рассмотрением гражданских или уголовных дел⁶. А. В. Лесин указывает, что международная правовая помощь вне судебного процесса либо публичного процессуального порядка не существует⁷.

Т. В. Лукашенко понятию «международная правовая помощь» по гражданским делам дает более узкое определение: это деятельность, связанная с оказанием содействия в осуществлении правосудия судам, разрешающим споры, связанные с предпринимательской деятельностью⁸.

Гораздо шире по сравнению с другими авторами понимал правовую помощь Д. Д. Аверин, который включал в круг ее вопросов коллизионные нормы личного статуса, семейного, наследственного права, нормы, определяющие подведомственность и подсудность дел, в которых участвует

⁵ См.: Григорьева О. Г. Международная правовая помощь по гражданским делам в юридической науке Советского государства // Бизнес в законе. 2013. № 6. С. 19–21.

⁶ См.: Марышева Н. И. Указ. соч. С. 24.

⁷ См.: Лесин А. В. Международная правовая помощь в деятельности арбитражных судов РФ (в контексте международного публичного права) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003. С. 10.

⁸ См.: Лукашенко Т. В. Оказание арбитражными судами международной правовой помощи // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 12. С. 30.

«иностранный элемент», и регулирующие признание и исполнение судебных решений по имущественным спорам и по делам неимущественного характера⁹. Вряд ли можно согласиться с отнесением коллизионных норм и норм о международной подсудности к институту международной правовой помощи, поскольку указанные нормы имеют различные предметы правового регулирования и образуют самостоятельные институты в рамках отдельных отраслей российского права. Да и в структуре международных договоров РФ указанные нормы занимают отдельное положение. Так, нормы о правовой помощи сосредоточены в ч. II раздела I «Общие положения» Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г.¹⁰, а коллизионные нормы и нормы о компетенции судов договаривающихся стран – в разделе II «Правовые отношения по гражданским и семейным делам» данной Конвенции.

Представляется, что для определения анализируемого понятия необходимо в первую очередь обратиться к вопросу о характере общественных отношений, возникающих при оказании международной правовой помощи. По мнению Т. Н. Нешатаевой, «как только мы попытаемся взглянуть на международную правовую помощь с позиций интереса участвующих в ней субъектов, моментально обнаружится, что у государств нет собственного (публичного, коллективистского) интереса в оказании этой помощи... Выгодополучателем международной правовой помощи являются вовсе не государства, но частные лица, проживающие или domiciliрованные в этих государствах»¹¹. Как считает автор, институт международной правовой помощи опосредует частные международные невластные общественные отношения, частные трансграничные обмены¹². Такой подход к решению вопроса объективно обусловлен. Как мы знаем, деление права на публичное и частное обусловлено как природой регулируемых общественных отношений, так и характером интереса участвующих в этих отношениях субъектов. Вряд ли можно поспорить с тем, что обычно в гражданском судопроизводстве в качестве непосредственного объекта защиты выступает частный интерес.

Однако важно учитывать, что общественные отношения, складывающиеся между судом и лицами, участвующими в судебной деятельности, все без исключения и при любых условиях принимают форму процессуально-правовых отношений¹³. Н. А. Чечина убедительно доказала, что процессуальные правоотношения являются властеотношениями, так как

⁹ См.: *Аверин Д. Д.* Процессуальные вопросы сотрудничества органов юстиции социалистических государств. Исполнение решения и поручений иностранных судов. М., 1963. С. 4.

¹⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 17. Ст. 1472.

¹¹ *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс : учеб. курс : в 3 ч. М., 2004. С. 491.

¹² См.: Там же.

¹³ См.: *Чечина Н. А.* Гражданские процессуальные отношения // Чечина Н. А. Избранные труды по гражданскому процессу. СПб., 2004. С. 84.

их субъекты находятся в отношениях власти и подчинения. Властный характер процессуальных правоотношений определяется тем, что обязательным субъектом каждого из них является суд – орган государственной власти¹⁴. И в этом смысле правоотношения, складывающиеся между судами или между судом и компетентным органом в рамках оказания международной правовой помощи, являются процессуальными, возникающими в целях реализации судебного процесса, его непрерывного движения и способствования достижению главной задачи правосудия – защите нарушенных прав и законных интересов физических и юридических лиц.

Поэтому не вызывает сомнения, что международная правовая помощь осуществляется по отношению к конкретному субъекту для защиты его прав и законных интересов, но реализацией ее институтов, как верно подмечено, достигаются и общественные или государственные интересы¹⁵. К примеру, в литературе отмечается, что при отправлении правосудия по гражданским делам суд обладает определенной совокупностью процессуальных законных интересов, к числу которых можно отнести скорейшее исполнение другим судом судебных поручений¹⁶.

Таким образом, публичный интерес проявляется в большей или меньшей степени при рассмотрении судом любого спора и заключается, по сути, в эффективной реализации права каждого на судебную защиту. Понятие «международная правовая помощь» по гражданским делам охватывает широкий круг вопросов, юридически значимых для защиты как прав и законных интересов граждан и организаций, так и общества и государства в целом.

Обращает на себя внимание также то, что правовая помощь, по мнению некоторых авторов, является неотъемлемой частью международных отношений, регулируемых нормами международного частного права, и играет важную роль при реализации учреждениями юстиции различных государств своих функций¹⁷. Однако здесь стоит возразить, поскольку нормы, регламентирующие оказание правовой помощи по гражданским делам, не входят в нормативный состав международного частного права как отрасли российского права. И не все международные отношения, а только те, которые можно охарактеризовать как «невластные», составляют предмет правового регулирования международного частного права.

Другие авторы рассматривают международную правовую помощь как форму международного судебного сотрудничества¹⁸. В то же время

¹⁴ См.: Там же. С. 20.

¹⁵ См.: Лесин А. В. Указ. соч. С. 10.

¹⁶ См.: Кляус Н. В. Процессуальные законные интересы в гражданском судопроизводстве. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: Миронов А. Судебные поручения по гражданским и семейным делам : международно-правовой аспект. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁸ См.: Юрова Н. М. Международное гражданское процессуальное право : теоретические основы имплементации норм в правовой системе РФ. М., 2008. С. 68.

в литературе отмечается, что на уровне международного регулирования присутствует лишь начальный этап по согласованию с государствами самой возможности оказания международной правовой помощи, и в общем суды не являются представителями государства во внешних сношениях, в том числе при оказании правовой помощи¹⁹.

Безосновательно, по нашему мнению, включение некоторыми авторами в состав отношений по оказанию правовой помощи по гражданским делам деятельности по присоединению к принятой международной организацией конвенции, касающейся правовой помощи, а также заключению государствами международных договоров по этому вопросу²⁰, т.е. межгосударственных отношений, которые являются предметом регулирования такой общей отрасли международного публичного права, как право международных договоров.

Определенный интерес представляет данная Н. И. Марышевой классификация отношений в процессе оказания правовой помощи:

1) между запрашиваемым учреждением юстиции и лицами, в отношении которых выполняются действия в порядке оказания международной правовой помощи. Действия эти носят процессуальный характер: допрос свидетеля, рассмотрение ходатайств взыскателей об исполнении иностранных судебных решений и т.п.;

2) между учреждением, запрашивающим помощь, и запрашиваемым учреждением юстиции. Хотя учреждения юстиции не представляют свои государства в международных отношениях (как дипломатические представительства), их отношения как органов государства с учреждениями юстиции другого государства, связанные с оказанием правовой помощи, носят международный публично-правовой характер. Это могут быть отношения между запрашивающим и запрашиваемым судом (или другим учреждением юстиции), между запрашивающим судом и центральным учреждением юстиции другого государства, между центральными учреждениями юстиции двух государств;

3) между судом или другим учреждением юстиции, исполняющим поручение иностранного учреждения (или обращающимся с поручением к иностранному учреждению), и его вышестоящим органом (например, суд – Министерство юстиции РФ). Данные отношения носят административный характер²¹.

Что касается характеристики перечисленных отношений с точки зрения их принадлежности к той или иной отрасли права, то здесь возникает ряд вопросов, которые требуют отдельного исследования. Поэтому отметим лишь следующее. Думается, что такие процессуальные отношения, складывающиеся в результате, например, истребования судом доказательств у должностного лица в порядке, предусмотренном ст. 57 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее – ГПК РФ), или пору-

¹⁹ См.: Лукашенко Т. В. Указ. соч. С. 31–32.

²⁰ См.: Григорьева О. Г. Указ. соч. С. 21.

²¹ См.: Марышева Н. И. Указ. соч. С. 25–26.

чения одним судом другому произвести определенные процессуальные действия (ст. 62 «Судебные поручения» ГПК РФ) не отличаются по своей сути и правовой природе от аналогичных отношений в рамках оказания правовой помощи, осложненных только что принадлежностью субъектов к разным государствам, – отношений между запрашивающим и запрашиваемым судом.

М. С. Шакарян, характеризуя суд как субъект гражданского процессуального права, выделяет права и обязанности и соответствующие им действия суда по отношению к органам и лицам, не участвующим непосредственно в процессе по конкретному делу. Речь идет о таких субъектах, вовлекаемых в область судебных отношений в связи с истребованием доказательств и иных материалов, исполнением судебных решений, как организации, учреждения, предприятия, должностные лица и отдельные граждане²². Конечно, суд является субъектом государственных, административных, процессуальных прав и обязанностей и соответствующих им действий, что ведет к сложному переплетению государственных, административных и процессуальных правоотношений, между которыми, как подчеркивает М. С. Шакарян, трудно подчас провести четкую грань²³.

Как мы видим, при оказании международной правовой помощи по гражданским делам возникают различные по правовой природе общественные отношения, регулируемые нормами международного и национального права, что позволяет говорить о комплексном характере данного института в российской правовой системе. Здесь же необходимо сказать, что судебная власть в Российской Федерации осуществляется не только посредством гражданского судопроизводства, но в том числе и посредством уголовного судопроизводства, в рамках которого также сформировался институт взаимной правовой помощи по уголовным делам²⁴.

Как отмечает Н. И. Марышева, изучение вопроса международной правовой помощи в рамках науки международного частного права недостаточно. Только выход за ее пределы и исследование этих вопросов также с позиций науки гражданского процессуального, уголовно-процессуального, арбитражного процессуального, а также административного права, т.е. на основании доктрины тех отраслей права, к которым, собственно, и относятся соответствующие нормы международной правовой помощи, позволяет выявить свойственные этой помощи общие закономерности²⁵.

Так, по мнению В. Ш. Табалдиевой, понятие «международная правовая помощь» по уголовным делам имеет два значения. Во-первых, это основанное на нормах международного права, уголовного и уголовно-процессуального законодательства взаимодействие компетентных органов и должностных лиц одного государства с соответствующими ор-

²² См.: Шакарян М. С. Субъекты гражданского процессуального права // Шакарян М. С. Избранные труды. СПб., 2014. С. 269.

²³ См.: Там же. С. 263.

²⁴ См.: Милинчук В. В. Институт взаимной правовой помощи по уголовным делам. Действующая практика и перспективы развития. М., 2001. С. 17.

²⁵ См.: Марышева Н. И. Указ. соч. С. 83.

ганами и должностными лицами другого государства, имеющее целью осуществление процессуальных действий, которые направлены на расследование, судебное рассмотрение уголовного дела, и действий по исполнению вынесенного по нему приговора. Во-вторых, это межотраслевой институт, образуемый нормами международного права, уголовного и уголовно-процессуального законодательства, регулируемыми правоотношения, в рамках которых компетентные органы и должностные лица во взаимодействии с соответствующими органами и лицами иностранного государства осуществляют процессуальные действия, направленные на расследование, судебное рассмотрение уголовного дела, и действия по исполнению вынесенного по нему приговора²⁶.

По мнению В. В. Милинчук, базовой характеристикой, отличающей правовую помощь по уголовным делам от других форм сотрудничества в сфере уголовного правосудия, является частичная передача запрашивающим государством компетенции по собственному уголовному делу другому государству²⁷.

Л. А. Лазутин определяет правовую помощь как сложившуюся комплексную систему правовых, организационных и иных средств, закрепленных как международными договорами, так и внутренним законодательством государств, с помощью которых осуществляется их сотрудничество по выполнению судебных и иных поручений (запросов) одного государства другим в целях урегулирования правоотношений уголовно-правового характера, затрагивающих интересы физических либо юридических лиц²⁸.

Современные представители науки уголовного процессуального права, по сути, так же как и представители других юридических наук, выделяют такие признаки (черты) международной правовой помощи, как сотрудничество (взаимодействие) компетентных органов юстиции разных стран, осуществление процессуальных действий, связанных с разрешением правового конфликта, урегулированность нормами национального и международного права, направленность на обеспечение прав частных лиц и публичных интересов.

Итак, международная правовая помощь по гражданским делам представляет собой основанный на нормах международного и национального права правовой институт, регулирующий взаимодействие компетентных органов юстиции разных стран по осуществлению процессуальных и иных юридически значимых действий, направленных на правильное, своевременное разрешение гражданских дел в целях защиты нарушенных прав и интересов и повышение эффективности правосудия в целом.

²⁶ См.: *Табалдиева В. Ш.* Уголовно-процессуальный статус субъектов международной правовой помощи по уголовным делам : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004. С. 17.

²⁷ См.: *Милинчук В. В.* Указ. соч. С. 19.

²⁸ См.: *Лазутин Л. А.* К вопросу о понятии правовой помощи по уголовным делам // Рос. юридический журнал. 2007. № 4. С. 85–86.

Наличие в различных отраслях права общих институтов, имеющих одинаковое предназначение в каждой конкретной отрасли российского права, дает основание для характеристики института международной правовой помощи на внутрисударственном уровне как межотраслевого.

Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ

Шукин А. И., ведущий научный сотрудник отдела международного частного права, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского и административного судопроизводства Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

E-mail: ashukin14@yandex.ru

Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation

Shchukin A. I., Leading Researcher of the International Private Law Department, Candidate of Legal Sciences, Lecturer of Civil and Administrative Proceedings Department of the Kutafin Moscow State Law University

E-mail: ashukin14@yandex.ru

**САМОЗАЩИТА И ДОЗВОЛЕНИЕ САМОУПРАВСТВА:
ОТДЕЛЬНЫЕ МАТЕРИАЛЬНЫЕ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ**

П. А. Гришин

Самарская гуманитарная академия

Поступила в редакцию 26 декабря 2016 г.

Аннотация: *исследуется исторически сформировавшийся правовой институт самоуправства, его свойства и характеристики как правомерной и неправомерной правовой конструкции. Изучаются тенденции исторического развития этого правового института в отечественном праве, а также его соотношение с правовой конструкцией самозащиты прав.*

Ключевые слова: *самозащита, самопомощь, самоуправство.*

Abstract: *in this article the historically formed legal institution of arbitrariness, its properties and characteristics as lawful and unlawful legal structure is researched. Historical development trends of that legal institutions in the domestic law and also its relation with the legal structure of self-defense of rights are studied.*

Key words: *self-defense, self-help, arbitrariness.*

Невозможно представить себе существование прав при отсутствии их защиты. Конституируя наличие права и свободы своих граждан, а также права и свободы других лиц, вне зависимости от их подданства или принадлежности какой-либо социальной группе, государство обязуется защищать эти права и свободы. «Там право, где средства правовой защиты»¹.

В действующем отечественном законодательстве предусмотрены три формы защиты прав: судебная, административная и самозащита². Точка зрения Г. А. Свердлыка и Э. Л. Страунинга является, пожалуй, самой соответствующей реалиям действующего права и лишней раз подчеркивает, что несмотря на то что все формы защиты прав предопределяют различные способы осуществления и реализуются независимо друг от друга, данные формы защиты служат одной цели.

Обращение в суд за защитой нарушенного права как реализация неотчуждаемого права человека – права на судебную защиту, выступающего одновременно процессуальной гарантией всех других прав и свобод и наиболее действенным способом охраны достоинства личности, предполагает, как это следует из закрепляющей данное право ч. 1 ст. 46 Кон-

¹ Список латинских терминов и выражений, нередко употребляемых в документах ООН без перевода. URL: <http://www.privintlaw.ru/s15/27.html> (дата обращения: 02.11.2016).

² См.: *Свердлык Г. А., Страунинг Э. Л.* Защита и самозащита гражданских прав. М., 2002. С. 168.

ституции РФ³ во взаимосвязи с ее ч. 1 ст. 19, ч. 1 ст. 47 и ч. 3 ст. 123, возможность на основе принципов равенства всех перед законом и судом, состязательности и равноправия сторон судопроизводства получить реальную судебную защиту в форме восстановления нарушенных прав и свобод в соответствии с законодательно установленными критериями, которые в виде общего правила предопределяют, в каком суде и в какой процедуре подлежит рассмотрению конкретное дело, позволяя суду (судье), сторонам, другим участникам процесса, иным заинтересованным лицам избежать правовой неопределенности в этом вопросе⁴. Административную форму защиты прав отличает сравнительная простота и оперативность реализации, однако эта форма защиты не лишена негативных черт, в числе которых и ограниченность способов защиты, в том числе рамками компетенции соответствующего административного органа, и недостаточная квалификация разрешающих конкретные проблемы лиц, и некоторые другие аспекты, не с лучшей стороны характеризующие этот правовой институт. Самостоятельная защита – исключение из правила о защите прав государственной властью, лишь дополнительная форма осуществления защиты, однако значение права на самозащиту исключительно велико (не только для лица, осуществляющего самостоятельную защиту прав, но и для общества в целом), так как реализация этого права может быть связана с имущественной и личной безопасностью не только конкретного индивида, но и общества в целом. Конечно, говорить о полной автономности личности от государства в процессе защиты нельзя, так как существуют права, защитить которые человек может только при участии государственных органов, но многие права личность может и должна активно отстаивать и защищать самостоятельно, не переходя граней разумного и дозволенного⁵.

В случае необходимости управомоченное лицо имеет право выбора формы защиты прав; таким образом, можно прибегнуть к государственной (судебной или административной) защите прав, равно как и защитить их самому.

Самозащита прав в России – недостаточно изученная на догматическом уровне тема; она недостаточно разработана также и в законодательстве. Вся правовая регламентация представляет собой несколько разроз-

³ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (в ред. от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // Рос. газета. 1993. 25 дек.

⁴ По делу о проверке конституционности положений части 1 статьи 1, пункта 1 части 1, частей 6 и 7 статьи 3 Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок», частей первой и четвертой статьи 244.1 и пункта 1 части первой статьи 244.6 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки А. Е. Поповой : постановление Конституционного Суда РФ от 25 июня 2013 г. № 14-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 26. Ст. 3428.

⁵ См.: Казакова Е. Б. Самозащита как юридическое средство : проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2006. С. 21.

ненных и находящихся в различных отраслях законодательства нормах. В дореволюционный период XX в., следуя нормам проекта Гражданского уложения Российской империи 1905 г.⁶, профессор латвийского университета В. И. Синайский выделял три гражданско-правовых института, в которых выражается внесудебная защита гражданских прав: необходимая оборона, состояние крайней необходимости и дозволенное самоуправство (самопомощь)⁷.

Еще в Германском гражданском уложении 1896 г.⁸ (далее – ГГУ) самопомощи был посвящен целый раздел (§ 226–231). Так, в соответствии с § 229 ГГУ лицо, которое с целью самопомощи изымает, уничтожает или повреждает какую-либо вещь либо задерживает обязанное лицо, заподозренное в желании скрыться, либо устраняет сопротивление обязанного лица против действия, которое последний обязан допустить, не действует противоправно, если нет возможности своевременно прибегнуть к помощи компетентных органов, и существует опасность, что без немедленного вмешательства осуществление требования станет невозможным или будет существенно затруднено⁹. Данное определение характеризует момент осуществления самопомощи в немецком праве – момент нарушения, а также ее признак – «невозможность прибегнуть к другим средствам защиты». В Германском гражданском уложении также указано, что самопомощь не должна выходить за пределы того, что необходимо для предотвращения опасности, а лицо, совершившее акт самопомощи, в ошибочном предположении о наличии обстоятельств, исключающих противоправность, отвечает перед другой стороной за причиненный вред. А. Менгер не раз критиковал проект ГГУ, ссылаясь в том числе на то, что «предоставление права активной самозащиты владения, проникнув в сознание народа, может породить кулачное право более или менее умеренного свойства»¹⁰.

В соответствии со ст. 14 Гражданского кодекса Российской Федерации¹¹ (далее – ГК РФ) способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения, т.е. действия лица, охраняющего свои права, должны быть соразмерны угрозе. В п. 9 совместного постановления Пленумов высших судебных инстанций № 6/8 более ясно указаны границы самозащиты

⁶ Проект Гражданского уложения Российской империи 1905 г. URL: <http://constitutions.ru/?p=3942> (дата обращения: 03.11.2016).

⁷ См.: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. М., 2002. С. 184.

⁸ Германское гражданское уложение 1896 г. URL: <http://constitutions.ru/?p=1727> (дата обращения: 03.11.2016).

⁹ Германское гражданское уложение (Книга 1). URL: <http://constitutions.ru/?p=1727&page=2> (дата обращения: 03.11.2016).

¹⁰ *Менгер А.* Гражданское право и неимущие классы населения / пер. Я. А. Лурье. СПб., 1906. С. 128.

¹¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 13.07.2015) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

– «...самозащита не может быть признана правомерной, если она явно не соответствует способу и характеру нарушения и причиненный (возможный) вред является более значительным, чем предотвращенный»¹². В случае несоответствия способов самозащиты гражданских прав требованиям закона она может быть признана неправомерной, а может и не быть признанной – о превышении пределов самозащиты, как следует из норм права, свидетельствуют:

1) несоразмерность способов самозащиты, при которых четко можно определить наличие их явного (очевидного) несоответствия способу и характеру нарушения;

2) наличие вреда (объем последствий предполагает различную правовую квалификацию – в случае непричинения существенного вреда гражданам или юридическим лицам предполагается административная ответственность, а при причинении существенного вреда – уголовная).

Пленум выделил два условия, при совместном наличии которых самозащита не может быть признана правомерной. Отсюда следует, что если даже самозащита явно не соответствует способу и характеру нарушения, но причиненный в результате такой самозащиты вред не превышает предотвращенный, то самозащита может быть признана правомерной. Обратный вариант также не вызывает сомнения в правомерности самозащиты¹³.

Хотя ниже приведенная цитата была написана многими годами ранее появления Российской Федерации на геополитической карте мира, она все еще актуальна и в полной мере описывает нынешнюю ситуацию в отечественном праве. «Целая пропасть, казалось бы, легла между двумя мирами – между уголовным и гражданским законом. Но, невзирая на такую «самостийность» гражданского и уголовного законодательства, между ними сохранились и сейчас еще, несомненно, существуют точки соприкосновения. Из этих общих точек по своему значению выделяются три института, родственные по происхождению и близкие по содержанию: необходимая оборона, крайняя необходимость и самоуправство. Институты эти закрепились на рубеже уголовного и гражданского законов. Трудно сказать, к какому из этих двух миров они ближе»¹⁴. А. М. Винавер также объединил два правовых института – «самозащиту» (в формах необходимой обороны и крайней необходимости) и «дозволенное самоуправство» под наименованием «самопомощь»; ключевым и предопределяющим фактором сходства указанных институтов является то, что заинтересованное лицо самостоятельно осуществляет определенные действия

¹² О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановления Пленума Верховного Суда РФ № 6, Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 8 (в ред. от 23.06.2015) // Рос. газета (Ведомственное приложение). 1996. № 151.

¹³ См.: *Эрделевский А. М.* Самозащита прав. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=CJI;n=598;dst=0> (дата обращения: 07.11.2016).

¹⁴ *Винавер А. М.* На грани уголовной и гражданской неправды // Антология уральской цивилистики. 1925–1989 : сб. статей. М., 2001. С. 78.

по защите прав. Можно сказать, что эти два правовых института включены в широкий смысл понимания термина «самозащита», хотя это и не совсем правильно, так как они различны. Эти различия проявляются не только в их правомерности или неправомерности, а также последствиях их осуществления, но и в моменте совершения. Когда мы говорим об акте самозащиты прав, то подразумеваем момент совершения нарушения данного права, однако указанный факт не препятствует осуществлению самостоятельной защиты уже нарушенных прав. Момент совершения самоуправства наступает после нарушения права, а в момент нарушения права существует лишь самозащита в одной из указанных ранее форм. Следует также отметить, что самостоятельные правовые действия в разных ситуациях направлены на защиту разных прав, при самозащите прав возможна защита только действительных прав, а при самоуправстве возможна защита и предполагаемых прав.

Таким образом, основываясь на мнении А. М. Винавера, в рамках самостоятельных действий правового характера можно построить следующую схему:



Рассмотрим некоторые из них подробнее. *Необходимая оборона* – средство защиты прав, реализация которого причиняет вред нарушителю данных прав, но признается правомерным и не влечет обязанности обороняющегося по возмещению причиненного вреда. Для признания действий обороняющегося совершенными в состоянии необходимой обороны следует, чтобы посягательство было реальным (действительным), наличным и противоправным. Таким образом, необходимая оборона считается правомерной, если посягательство действительно существовало и не было мнимым и если оно не соответствует законодательным нормам. Она не может применяться против ненаказуемых правонарушений, хотя и подпадающих под признаки гражданского правонарушения. Не следует также забывать, что способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения.

В соответствии со ст. 1067 ГК РФ вред, причиненный в состоянии крайней необходимости, т.е. для устранения опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена иными средствами, должен быть возмещен лицом, причинившим вред. Совершение действий в состоянии крайней необходимости предопределяет, что «опасность... не могла быть устранена иными средствами», т.е. вводится критерий «исключительности», при котором применение иных мер защиты гражданских прав невозможно, что вполне обоснованно предполагает возмещение причиненного вреда.

По общему правилу, установленному ч. 1 ст. 1064 ГК РФ, вред, причиненный личности или имуществу, подлежит возмещению в полном объеме, однако в соответствии с ч. 3 рассматриваемой статьи вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению лишь в установленных законом случаях, в числе которых самозащита гражданских прав не значится. Следовательно, вред, причиненный правомерной самозащитой гражданских прав, возмещению, как правило, не подлежит. При применении мер самозащиты гражданских прав в условиях крайней необходимости лицо не должно превышать пределы крайней необходимости. В соответствии с ч. 2 ст. 39 УК РФ превышением пределов крайней необходимости признается причинение вреда, явно не соответствующего характеру и степени угрожавшей опасности и обстоятельствам, при которых опасность устранялась, когда указанным интересам был причинен вред, равный или более значительный, чем предотвращенный¹⁵.

Следует отметить и то, что самозащита не должна вести к злоупотреблению правом на самозащиту (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Так, прекращение энергоснабжения на головное сооружение водоснабжения и водонапорную башню является незаконным, поскольку прекращение подачи электричества на объекты водоснабжения исключает возможность обеспечения водой граждан, своевременно и добросовестно вносящих необходимые платежи, а также создает угрозу возникновения и распространения инфекционных и массовых неинфекционных заболеваний¹⁶.

Ограничение или прекращение отпуска топливно-энергетических ресурсов (электрической и тепловой энергии, газа и воды), оказания услуг связи и коммунальных услуг воинским частям, учреждениям, предприятиям и организациям федеральных органов исполнительной власти, в которых предусмотрена военная служба, является также неправомерным (нарушающим безопасность государства), поскольку защита права отдельного хозяйствующего субъекта (снабжающей организации или организации по предоставлению соответствующих услуг) в ущерб поддержанию в готовности сил и средств обеспечения безопасности государства

¹⁵ Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

¹⁶ Определение Верховного Суда РФ от 23 марта 2005 г. № 10-Впр04-15. URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB;n=30966> (дата обращения: 07.11.2016).

не отвечает принципу соразмерности способа самозащиты допущенному нарушению (непогашение долга по оплате водоснабжения)¹⁷. Ошибочным будет считаться мнение, что данное положение лишает снабжающие организации или организации по предоставлению соответствующих услуг возможности использования самозащиты гражданских прав¹⁸.

Статья 19.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹⁹ устанавливает критерии признания действия самоуправством. Так, самоуправством признается самовольное, вопреки установленному федеральным законом или иным нормативным правовым актом порядку, осуществление своего действительного или предполагаемого права, не причинившее существенного вреда гражданам или юридическим лицам. В соответствии со ст. 330 УК РФ самоуправство – самовольное, вопреки установленному законом или иным нормативным правовым актом порядку, совершение каких-либо действий, правомерность которых оспаривается организацией или гражданином, если такими действиями причинен существенный вред. Так, в норму о самоуправстве вносится критерий, который не совсем понятен – «оспаривание правомерности действий организацией или гражданином». Руководствуясь этой нормой, можно задать вопрос, является ли наказуемой самозащита, причинившая вред, если она не оспаривается? Безусловно, данный признак самоуправства может быть также применим и к самозащите гражданских прав. Другими словами, самоуправство – «le revers de la medaille» («обратная сторона медали») по отношению к самозащите.

Ввиду отсутствия в законодательстве четко обозначенных границ рассматриваемых институтов, применение норм о самозащите прав и самоуправстве остается на усмотрение судебных инстанций. Субъективность в разрешении вопроса о признании самозащиты правомерной препятствует формированию однонаправленной судебной практики. На наш взгляд, современное состояние отечественного права в части норм о самозащите не способствует развитию гражданского общества в Российской Федерации.

Несколько изменив слова Президента РФ В. В. Путина, хотелось бы отметить, что право должно быть понятным и удобным, только тогда оно

¹⁷ О мерах по осуществлению устойчивого функционирования объектов, обеспечивающих безопасность государства : указ Президента РФ от 23 ноября 1995 г. № 1173 (в ред. от 15.03.1999) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 48. Ст. 4658.

¹⁸ Об оставлении без изменения решения Верховного Суда РФ от 16.05.2006 г. № ГКПИ06-465, которым оставлено без удовлетворения заявление о признании недействующим пункта 1 Указа Президента РФ от 23.11.1995 г. № 1173 «О мерах по осуществлению устойчивого функционирования объектов, обеспечивающих безопасность государства : определение Верховного Суда РФ от 17 августа 2006 г. № КАС06-299. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 13.07.2015) // Рос. газета. 2001. № 256.

станет справедливым. В связи с этим видится целесообразным необходимость введения в ст. 14 ГК РФ ч. 3, в которой были бы четко обозначены пределы применения правового института самозащиты, превышение которых может привести к квалификации действий (бездействия) лица, осуществляющего ее, в качестве самоуправства.

Самарская гуманитарная академия

*Гришин П. А., аспирант кафедры
гражданского права и процесса*

E-mail: samaralaw@ya.ru

Тел.: 8-846-260-17-93

Samara Academy of Humanities

*Grishin P. A., Post-Graduate Student of
the Civil Law and Process Department*

E-mail: samaralaw@ya.ru

Tel.: 8-846-260-17-93

УДК 342.9

ДОКТРИНА ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
СУЩНОСТЬ, СОВРЕМЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ
И ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ

В. В. Гриценко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 13 января 2017 г.

Аннотация: анализируется содержание доктрины информационной безопасности Российской Федерации, утвержденной Указом Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646. Обосновывается понятие, сущность доктрины; раскрываются ее положительные и негативные стороны; аргументируется ее влияние на государственное управление; рассматриваются организационные основы системы обеспечения информационной безопасности России.

Ключевые слова: доктрина информационной безопасности, информационная безопасность, информационная сфера, организационные основы обеспечения информационной безопасности, органы исполнительной власти.

Abstract: the article analyzes the contents of Information Security Doctrine of the Russian Federation, approved by Presidential Decree of December 5, 2016 № 646. Substantiates the notion, the essence of the doctrine; reveals its positive and negative aspects; argues its impact on governance; considers organizational bases of Russian information security systems.

Key words: doctrine of information security, information security, information sphere, organizational bases of maintenance of information security, executive authorities.

Правовая доктрина, являясь разновидностью доктрин, оказывает в настоящее время все большее влияние на законотворческую, правоприменительную деятельность в государстве, а также «определяет стратегию и тактику законодательного развития соответствующей сферы, ее положения в дальнейшем развиваются в текущем законодательстве»¹.

В словарях термин «доктрина» (от лат. *doctrina* – учение) интерпретируется по-разному. Например, в философском энциклопедическом словаре доктрина – это систематическое, политическое, идеологическое или философское учение, концепция, совокупность принципов²; в советском энциклопедическом словаре доктрина – учение, научная и философская теория, система, руководящий теоретический или политический принцип³; в толковом словаре русского языка доктрина – учение, научная

¹ Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Иркутск, 2012. С. 14.

² См.: Философский энциклопедический словарь. М., 2000. С. 142.

³ См.: Советский энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. 4-е изд.

концепция (обычно о философской, политической, идеологической теории)⁴. Таким образом, доктрина как наиболее устоявшееся понятие – это учение, концепция.

Существуют и другие мнения: например, под правовой доктриной понимается система идей, взглядов и положений основополагающего и концептуального характера, которые разрабатываются юридической наукой, опосредованы юридической практикой и которые в силу этого имеют общезначимый характер для правовой системы, так как основываются на общепризнанных принципах и ценностях, отражают закономерности и тенденции государственно-правового развития и, таким образом, формируют определенный тип правопонимания, в соответствии с которым функционирует и развивается российская правовая система⁵.

Правовые доктрины не являются источником российской правовой системы, наверное, поэтому в общетеоретическом аспекте им уделяется недостаточное внимание.

Справедливым представляется мнение Е. О. Мадаева, что в последние годы в российской политико-правовой практике доктрина приобрела устойчивый характер самостоятельного вида правового документа⁶.

Свидетельством тому являются семь действующих в Российской Федерации правовых доктрин, юридическая природа которых различна. Пять из них утверждены указами Президента РФ:

- доктрина развития российской науки⁷;
- морская доктрина Российской Федерации⁸;
- доктрина продовольственной безопасности Российской Федерации⁹;
- военная доктрина Российской Федерации¹⁰;
- доктрина информационной безопасности Российской Федерации¹¹ (далее – доктрина информационной безопасности РФ).

Две доктрины утверждены распоряжениями Правительства РФ: климатическая доктрина Российской Федерации¹² и экологическая доктрина Российской Федерации¹³.

Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2014 г. № 245 «О признании утратившим силу некоторых актов Правительства Россий-

М., 1988. С. 404.

⁴ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка : 80 000 слов и фразеологических выражений. 4-е изд., доп. М., 2004. С. 172.

⁵ URL: <http://aldebaran.com.ru/publications/8848>

⁶ См.: Мадаев Е. О. Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 4.

⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 3005 ; 2006. № 9. Ст. 988.

⁸ Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 5. Ст. 502.

¹⁰ Рос. газета. 2014. 30 дек.

¹¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 50. Ст. 7074.

¹² Там же. 2011. № 18. Ст. 2680 ; 2016. № 39. Ст. 5691.

¹³ Там же. 2002. № 36. Ст. 3510.

ской Федерации»¹⁴ прекратила существование национальная доктрина образования, которая была утверждена постановлением Правительства РФ от 4 октября 2000 г. № 751 «О национальной доктрине образования в Российской Федерации»¹⁵.

Следует подчеркнуть, что до утверждения доктрины информационной безопасности РФ (5 декабря 2016 г.) действовала доктрина информационной безопасности 2000 г. (далее – доктрина-2000), которая являлась характерной для того времени, не учитывала современных особенностей развития Российского государства применительно к нынешним условиям, и поэтому с апреля 2015 г. Совет Безопасности начал работу над новой доктриной, итогом которой стал указ Президента РФ, утвердивший доктрину информационной безопасности РФ.

Краткий анализ положений двух доктрин свидетельствует о том, что и они значительно отличаются друг от друга и по структуре, и по содержанию, и по объему (доктрина информационной безопасности РФ более чем на треть меньше доктрины-2000).

Структура доктрины-2000 включает: преамбулу (введение); четыре раздела и одиннадцать пунктов. В первом разделе определяются положения информационной безопасности Российской Федерации; во втором – методы обеспечения информационной безопасности Российской Федерации; в третьем – основные положения государственной политики обеспечения информационной безопасности Российской Федерации и первоочередные мероприятия по ее реализации; в четвертом – организационная основа системы обеспечения информационной безопасности Российской Федерации. Для данной доктрины присуща преамбула, в которой определялось понятие доктрины информационной безопасности и ее цели. В частности, отмечалось, что эта доктрина служит для:

- формирования государственной политики в области обеспечения информационной безопасности Российской Федерации;
- подготовки предложений по совершенствованию правового, методического, научно-технического и организационного обеспечения информационной безопасности Российской Федерации;
- разработки целевых программ обеспечения информационной безопасности Российской Федерации.

Структура доктрины информационной безопасности РФ состоит из пяти разделов: в первом разделе утверждаются общие положения; во втором – определяются национальные интересы в информационной сфере; в третьем – основные информационные угрозы и состояние информационной безопасности; в четвертом – стратегические цели и основные направления обеспечения информационной безопасности; в пятом – организационные основы обеспечения информационной безопасности.

В доктрине информационной безопасности РФ преамбула отсутствует, она включена первым пунктом в раздел общих положений, в котором

¹⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 14. Ст. 1636.

¹⁵ Там же. 2000. № 41. Ст. 4089.

определяется, что доктрина информационной безопасности представляет собой систему официальных взглядов на обеспечение национальной безопасности Российской Федерации в информационной сфере. В указе Президента РФ подчеркивается, что его целью является обеспечение информационной безопасности.

В доктрине-2000 в более развернутой форме устанавливается, что доктрина – это совокупность официальных взглядов на цели, задачи, принципы и основные направления обеспечения информационной безопасности. При этом в обеих доктринах не раскрывается термин «официальных» взглядов.

Характеризуя обе доктрины, В. Макагонов подчеркивает, что в доктрине-2000 огромное внимание уделялось реализации прав и свобод граждан России на получение необходимой информации, новая доктрина делает основной упор на противостояние враждебным действиям зарубежных стран¹⁶.

Следует отметить, что в доктрине-2000 не давалось определения информационной сфере, лишь подчеркивалось, что информационная сфера является системообразующим фактором жизни общества и что она активно влияет на состояние политической, экономической, оборонной и других составляющих безопасности Российской Федерации. Учитывая важность данного термина, в информационной доктрине безопасности РФ под информационной сферой понимается совокупность информации, объектов информатизации, информационных систем, сайтов в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» (далее – Интернет), сетей связи, информационных технологий, субъектов, деятельность которых связана с формированием и обработкой информации, развитием и использованием названных технологий, обеспечением информационной безопасности, а также совокупность механизмов регулирования соответствующих общественных отношений.

К положительным моментам доктрины информационной безопасности РФ относится второй пункт, в котором перечисляются основные понятия, используемые в доктрине, например:

- национальные интересы в информационной сфере определяются как объективно значимые потребности личности, общества и государства в обеспечении их защищенности и устойчивого развития в части, касающейся информационной сферы;
- угроза информационной безопасности Российской Федерации как совокупность действий и факторов, создающих опасность нанесения ущерба национальным интересам в информационной сфере;
- информационная безопасность как состояние защищенности личности, общества и государства от внутренних и внешних информационных угроз, при котором обеспечиваются реализация конституционных прав и свобод человека и гражданина, достойные качество и уровень жизни граждан, суверенитет, территориальная целостность и устойчи-

¹⁶ URL: <https://www.griffon.media/articles/6/12/2016/information-security-in-rf>

вое социально-экономическое развитие Российской Федерации, оборона и безопасность государства;

– обеспечение информационной безопасности – осуществление взаимозавязанных правовых, организационных, оперативно-розыскных, разведывательных, контрразведывательных, научно-технических, информационно-аналитических, кадровых, экономических и иных мер по прогнозированию, обнаружению, сдерживанию, предотвращению, отражению информационных угроз и ликвидации последствий их проявления;

– силы обеспечения информационной безопасности – государственные органы, а также подразделения и должностные лица государственных органов, органов местного самоуправления и организаций, уполномоченные на решение в соответствии с законодательством Российской Федерации задач по обеспечению информационной безопасности;

– средства обеспечения информационной безопасности – правовые, организационные, технические и другие средства, используемые силами обеспечения информационной безопасности;

– система обеспечения информационной безопасности – совокупность сил обеспечения информационной безопасности, осуществляющих скоординированную и спланированную деятельность и используемых ими средств обеспечения информационной безопасности;

– информационная инфраструктура Российской Федерации (далее – информационная инфраструктура) – совокупность объектов информатизации, информационных систем, сайтов в Интернете и сетей связи, расположенных на территории Российской Федерации, а также на территориях, находящихся под юрисдикцией Российской Федерации или используемых на основании международных договоров Российской Федерации.

Несмотря на то что перечень понятий является не полным, поскольку они указаны как «основные», представляется необходимым закрепление и других терминов, которые не вошли в этот перечень, но используются в данной доктрине и имеют ключевой, основополагающий характер. Например, к новеллам доктрины информационной безопасности РФ относится термин «отрасль информационных технологий и электронной промышленности». Данный термин используется в анализируемой доктрине пять раз, в частности:

– в п. 8 к национальным интересам в информационной сфере относится развитие в Российской Федерации отрасли информационных технологий и электронной промышленности;

– в п. 24 подчеркивается, что стратегическими целями обеспечения информационной безопасности в экономической сфере являются сведение к минимально возможному уровню влияния негативных факторов, обусловленных недостаточным уровнем развития отечественной отрасли информационных технологий и электронной промышленности, разработка и производство конкурентоспособных средств обеспечения информационной безопасности, а также повышение объемов и качества оказания услуг в области обеспечения информационной безопасности;

– в п. 25 среди основных направлений обеспечения информационной безопасности в экономической сфере указывается инновационное развитие отрасли информационных технологий и электронной промышленности; повышение конкурентоспособности российских компаний, осуществляющих деятельность в отрасли информационных технологий и электронной промышленности;

– в п. 26 указывается, что стратегической целью обеспечения информационной безопасности в области науки, технологий и образования является поддержка инновационного и ускоренного развития системы обеспечения информационной безопасности, отрасли информационных технологий и электронной промышленности. Практически все положения доктрины информационной безопасности РФ посвящены (в той или иной мере) развитию новой отрасли информационных технологий и электронной промышленности. Выступая в 2016 г. с Посланием Федеральному Собранию РФ, Президент РФ В. В. Путин подчеркнул, что ИТ-индустрия – это одна из самых быстроразвивающихся отраслей, так как «совсем недавно ИТ-технологии составляли цифру, которая приближалась к нулю, сейчас – 7 миллиардов долларов»¹⁷. Думается, что нераскрытие данного термина в общих положениях является существенным недостатком анализируемой доктрины. Отметим, что данное понятие не использовалось и в доктрине-2000.

Отрасль информационных технологий занимает в экономике страны особое место, ее эффективное функционирование является одним из важнейших факторов, способствующих решению ключевых задач государственной политики¹⁸.

На наш взгляд, доктрина информационной безопасности РФ более совершенна по содержанию, чем доктрина-2000. Но и ей не удалось, к сожалению, избежать описательного характера, нечеткости, неконкретности определенных терминов, нарушений принципа научности, других специальных и общетеоретических принципов.

Необходимо подчеркнуть, что в юридической науке существуют три вида подходов к оценке правовых доктрин:

– положительный – например, Е. О. Мадаев подчеркивает, что доктрина как политико-правовой документ является важной составной частью законодательной системы Российской Федерации, определяя в настоящее время не только основы государственной политики, но и стратегию и тактику правового регулирования общественных отношений в сферах национальной безопасности и военного строительства, науки, образования, климата, экологии, морского дела, продовольственной и информационной безопасности, а также исходя из их содержания, в даль-

¹⁷ Послание Президента Российской Федерации В. В. Путина Федеральному Собранию Российской Федерации // Рос. газета. 2016. 1 дек.

¹⁸ О развитии информационных технологий в Российской Федерации и мерах поддержки отечественной ИТ-отрасли : постановление Совета Федерации Федерального Собрания РФ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 17. Ст. 2300.

нейшем строится вся правотворческая, в том числе законотворческая, правоинтерпретационная и правоприменительная практика в соответствующей сфере правового регулирования¹⁹;

– отрицательный – в частности, С. В. Бошко считает, что доктрины «засоряют пространство неясными произведениями»²⁰; в какой-то степени с этим утверждением можно согласиться, так как основные положения доктрин носят декларативный, абстрактный характер, общеизвестно, что даже нормы законов не имеют механизмов их реализации;

– нейтральный – например, Г. Клименко считает, что доктрина – это обозначение целей для Правительства РФ, исполнительной власти; это программа, которая не может ни ухудшить, ни улучшить положение в стране²¹.

Думается, в настоящее время нельзя недооценивать роль доктрины информационной безопасности РФ, потому что как политико-правовой документ она выступает в качестве базы для правового регулирования информационной безопасности, основой государственной политики в установленной сфере.

Следует также отметить, что многие положения доктрины информационной безопасности РФ можно назвать доктринальными правилами, т.е. нормами. В частности, присутствуют доктринальные целеполагающие нормы. Например, термин «цели» используется более 25 раз. Так, по п. 11 одним из основных негативных факторов, влияющих на состояние информационной безопасности, является наращивание рядом зарубежных стран возможностей информационно-технического воздействия на информационную инфраструктуру в военных целях.

К доктринальным декларативным нормам можно отнести 28 положений о том, что стратегической целью обеспечения информационной безопасности в области стратегической стабильности и равноправного стратегического партнерства является формирование устойчивой системы неконфликтных межгосударственных отношений в информационном пространстве.

Доктринальные нормы-принципы определены в п. 34 доктрины, устанавливающей, что деятельность государственных органов по обеспечению информационной безопасности основывается на следующих принципах:

а) законность общественных отношений в информационной сфере и правовое равенство всех участников таких отношений;

б) конструктивное взаимодействие государственных органов, организаций и граждан при решении задач по обеспечению информационной безопасности;

в) соблюдение баланса между потребностью граждан в свободном обмене информацией и ограничениями, связанными с необходимостью

¹⁹ См.: *Мадаев Е. О.* Доктрина в правовой системе Российской Федерации. С. 181.

²⁰ *Бошко С. В.* Доктрина как форма и источник права // Журнал рос. права. 2003. № 12. С. 77.

²¹ URL: <http://www.bbc.com/russian/features-38225725>

обеспечения национальной безопасности, в том числе в информационной сфере;

г) достаточность сил и средств обеспечения информационной безопасности, определяемая в том числе посредством постоянного осуществления мониторинга информационных угроз;

д) соблюдение общепризнанных принципов и норм международного права, международных договоров Российской Федерации, а также законодательства Российской Федерации.

По справедливому замечанию А. Б. Венгерова, информационная природа, прежде всего, заключается в том, что правовая норма – это персонафицированный сигнал и, следовательно, очень важен анализ перевода правовой информации в действия тех, к кому эта информация относится²². Любая правовая норма – это источник определенной информации для субъектов конкретных правоотношений.

Представляется, что при реальном действии положений доктрины информационной безопасности РФ она должна оказать положительное влияние на развитие в России эффективного государственного управления, под которым понимается деятельность органов государственной власти по реализации своих полномочий в сфере социально-экономического развития Российской Федерации и обеспечения национальной безопасности РФ²³ и на формирование в России информационного права в целом.

Итоги мероприятий по обеспечению информационной безопасности в Российской Федерации в 2016 г. и меры по ее укреплению являлись объектом рассмотрения на заседании Межведомственной комиссии Совета Безопасности Российской Федерации по информационной безопасности.

На фоне негативной тенденции нарастания угроз в информационной сфере подчеркнута актуальность решения задач по повышению защищенности информационных систем и сетей связи органов государственной власти Российской Федерации с использованием отечественных технических и программных средств обеспечения информационной безопасности. В качестве основной задачи на 2017 г. Межведомственной комиссией определена реализация положений доктрины информационной безопасности в РФ²⁴.

Представляется неслучайным, что в проекте Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации на 2017–2030 гг.²⁵,

²² См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права : учебник. 6-е изд. М., 2009. С. 353.

²³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 26 (ч. 1). Ст. 3378 ; 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4210.

²⁴ URL: <http://www.scrf.gov.ru/news/1181.html>

²⁵ В период с 13 по 25 декабря 2016 г. на сайте Совета Безопасности Российской Федерации проводилось обсуждение проекта новой редакции Стратегии развития информационного общества в РФ, подготовленного Управлением Президента РФ по применению информационных технологий и развитию электронной демократии. В подготовке проекта участвовали представители государственных органов, Банка России, экспертного сообщества (URL: <http://www.scrf.gov.ru/news/1180.html>).

являющегося базой для определения целей, задач и мер внутренней и внешней политики Российской Федерации в сфере применения информационных и коммуникационных технологий для развития информационного общества, формирования национальной цифровой экономики, реализации национальных интересов и стратегических национальных приоритетов, определенных Стратегией национальной безопасности Российской Федерации, учитываются положения Доктрины информационной безопасности РФ. Правовой основой данного проекта являются Конституция РФ, Федеральный закон от 28 июня 2014 г. № 172-ФЗ «О стратегическом планировании в Российской Федерации»²⁶, в ст. 3 которого закрепляются понятия, используемые в данном законе. В целях единой терминологии представляется целесообразным дополнить их понятием доктрины информационной безопасности, данным в п. 1 указанной доктрины.

Таким образом, доктрина информационной безопасности представляет собой политико-правовой документ стратегического планирования в сфере обеспечения национальной безопасности России, разработанный Советом Безопасности, утвержденный указом Президента РФ, определяющий: доктринальные понятия, национальные интересы в информационной сфере; основные информационные угрозы и состояние информационной безопасности; стратегические цели, основные направления и организационные основы обеспечения информационной безопасности; и направленный на развитие отрасли информационных технологий и электронной промышленности.

Кроме того, данный документ создает концептуальную основу участия России в международном информационном поле, так как «у страны обновилось оружие для сопротивления в информационной войне, впервые официально признается выход сетевых угроз на уровень межгосударственного противостояния»²⁷.

Особое значение в доктрине информационной безопасности РФ уделяется ее организационным основам (пятый раздел доктрины), в котором в «сжатом» варианте перечисляются: основы построения системы обеспечения информационной безопасности; органы, осуществляющие организационные основы; участники системы обеспечения информационной безопасности; принципы деятельности государственных органов по обеспечению информационной безопасности; задачи государственных органов в рамках деятельности по обеспечению информационной безопасности; задачи государственных органов в рамках деятельности по развитию и совершенствованию системы обеспечения информационной безопасности и др.

Следует подчеркнуть роль органов исполнительной власти в сфере обеспечения информационной безопасности в России. Согласно п. 30 информационной доктрины безопасности РФ, система обеспечения инфор-

²⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 26 (ч. 1). Ст. 3378 ; 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4210.

²⁷ *Замахина Т.* Самое сильное оружие. В России – новая доктрина информационной безопасности // Рос. газета. 2016. 7 дек.

мационной безопасности – это часть системы обеспечения национальной безопасности Российской Федерации, состав которой определяется Президентом РФ.

Обеспечение информационной безопасности осуществляется на основе сочетания законодательной, правоприменительной, правоохранительной, судебной, контрольной и других форм деятельности государственных органов во взаимодействии с органами местного самоуправления, организациями и гражданами.

В п. 31 доктрины информационной безопасности РФ закрепляется, что система обеспечения информационной безопасности строится на основе разграничения полномочий органов законодательной, исполнительной и судебной власти в данной сфере с учетом предметов ведения федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, а также органов местного самоуправления, определяемых законодательством Российской Федерации в области обеспечения безопасности.

Важным представляется положение об организационной основе системы обеспечения информационной безопасности, которую составляют: Совет Федерации Федерального Собрания РФ, Государственная Дума Федерального Собрания РФ, Правительство РФ, Совет Безопасности РФ, федеральные органы исполнительной власти, Центральный банк РФ, Военно-промышленная комиссия РФ, межведомственные органы, создаваемые Президентом РФ и Правительством РФ, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, органы судебной власти, принимающие в соответствии с законодательством Российской Федерации участие в решении задач по обеспечению информационной безопасности.

В данном разделе доктрины указывается на два вида задач:

– задачи государственных органов в рамках деятельности по обеспечению информационной безопасности (обеспечение защиты прав и законных интересов граждан и организаций в информационной сфере; оценка состояния информационной безопасности, прогнозирование и обнаружение информационных угроз, определение приоритетных направлений их предотвращения и ликвидации последствий их проявления; планирование, осуществление и оценка эффективности комплекса мер по обеспечению информационной безопасности; организация деятельности и координация взаимодействия сил обеспечения информационной безопасности, совершенствование их правового, организационного, оперативно-розыскного, разведывательного, контрразведывательного, научно-технического, информационно-аналитического, кадрового и экономического обеспечения; выработка и реализация мер государственной поддержки организаций, осуществляющих деятельность по разработке, производству и эксплуатации средств обеспечения информационной безопасности, по оказанию услуг в области обеспечения информационной безопасности, а также организаций, осуществляющих образовательную деятельность в данной области);

– задачи государственных органов в рамках деятельности по развитию и совершенствованию системы обеспечения информационной безопасности (укрепление вертикали управления и централизация сил обеспечения информационной безопасности на федеральном, межрегиональном, региональном, муниципальном уровнях, а также на уровне объектов информатизации, операторов информационных систем и сетей связи; совершенствование форм и методов взаимодействия сил обеспечения информационной безопасности в целях повышения их готовности к противодействию информационным угрозам, в том числе путем регулярного проведения тренировок (учений); совершенствование информационно-аналитических и научно-технических аспектов функционирования системы обеспечения информационной безопасности; повышение эффективности взаимодействия государственных органов, органов местного самоуправления, организаций и граждан при решении задач по обеспечению информационной безопасности).

Большая часть указанных задач возлагается на органы исполнительной власти федерального и регионального уровней, а также их должностных лиц. По мнению Ю. Н. Старилова, орган исполнительной власти – это государственная организация, часть системы органов государственной власти в Российской Федерации, учрежденная самим государством для исполнения и обеспечения исполнения законов и иных нормативных правовых актов, реализации функций государственного управления во всех сферах жизни государства и общества посредством исполнения специальных форм и методов осуществления управленческих действий, обладающая соответствующей структурой, компетенцией, государственно-властными полномочиями и штатом государственных служащих²⁸.

Именно от управленческой деятельности органов исполнительной власти, от эффективности их взаимодействия с другими государственными органами зависит реализация положений доктрины информационной безопасности в Российской Федерации, без административно-правовых норм, регулирующих правовой статус органов, здесь не обойтись, а значит, возрастает, в первую очередь, роль отрасли административного права.

88 ²⁸ См.: Общее административное право : учебник : в 2 ч. / под ред. Ю. Н. Старилова. 2-е изд., пересмотр. и доп. Воронеж, 2016. Ч. 1. С. 234. См. также: Старилов Ю. Н. Система федеральных органов исполнительной власти : формирование в порядке транспарентного законодательства или правительственных процедур? // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2016. № 3. С. 16–57.

Воронежский государственный университет

Гриценко В. В., доктор юридических наук, профессор кафедры административного и муниципального права

E-mail: vvgritsenko@mail.ru

Тел.: 8-919-240-25-35

Voronezh State University

Gritsenko V. V., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: vvgritsenko@mail.ru

Tel.: 8-919-240-25-35

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ДОГОВОРНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ В СИСТЕМЕ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

С. П. Матвеев

Воронежский институт МВД России

Поступила в редакцию 15 января 2017 г.

Аннотация: *статья посвящена проблемам правового регулирования отношений, возникающих на основе административных договоров с участием органов внутренних дел. Анализируются мнения ученых по существу правовой природы административных договоров и их роли в публично-правовом регулировании общественных отношений. Рассматриваются отдельные административные договоры, заключаемые органами внутренних дел.*
Ключевые слова: *административный договор, государственная служба, полиция, государственные органы, административная ответственность.*

Abstract: *the article is devoted to problems of legal regulation of relations arising on the basis of administrative agreements with participation of organs of internal Affairs. Analyzes the opinions of scholars on the merits of the legal nature of administrative contracts and their role in the public law regulation of public relations. Discusses some of the administrative contracts concluded by the bodies of internal Affairs.*

Key words: *administrative contract, civil service, police, state organs, administrative responsibility.*

История административного договора как правового феномена насчитывает уже не одно столетие. Так, теория и практика государственного управления в XIX в. допускала возможность и необходимость сочетания государственно-властных и договорных форм регулирования общественных отношений. Например, известный французский юрист Л. Дюги, последователь теории Общественной службы; немецкие ученые Р. Лабанд, В. Еллинек, У. Апелът, а также другие представители западноевропейской юридической науки на рубеже XIX и XX столетий полагали, что в отношениях государства и общества допустимы не только властно-управленческие, но и другие правовые формы воздействия.

Известно, что российская правовая теория начала XX столетия во многом формировалась под воздействием доктринальных идей Западной Европы. Российские правоведы, так же как французские и немецкие ученые, исследовали институт публично-правового договора, его правовую природу, соотношение с частноправовыми договорами, обоснованность применения публично-договорного метода в регулировании общественных отношений.

На основе анализа нормативно-правовой базы Российского государства на рубеже XIX и XX столетий можно сделать вывод о том, что законодательство в указанный период не содержало норм, относящихся к ад-

министративным договорам, и это объясняется традиционной для России формой правления, т.е. абсолютной монархией, с характерным для нее исключительно императивным методом управления. Естественно, что в условиях самодержавия публичное управление основывалось только на административных актах как на уровне государства, так и в пределах местного самоуправления. Однако в теоретических изысканиях российские ученые-административисты допускали возможность применения договорных или добровольных начал в публичных отношениях. Например, А. И. Елистратов, ссылаясь на новейшую для того времени научную литературу, констатировал повышение интереса к договорным актам в административном праве, объясняя это ослаблением идеи властвующего государства и постепенным укреплением теории взаимозависимых людей. В этих условиях, как отмечал автор, «договорный акт становится принципиально столь же возможной формой административного акта, как и одностороннее волеизъявление должностного лица»¹. Впоследствии, в 20-х гг. XX столетия А. И. Елистратов, поддерживая идею договорных отношений публичного характера, указывал на идентичность публично-правового договора с административным договором².

Собственную точку зрения по поводу реализации публично-правовых отношений высказывал видный российский представитель полицейского и административного права В. В. Ивановский. Характеризуя «исполнительскую деятельность» государственных органов, он указывал, что в процессе такой деятельности могут возникать публично-правовые отношения, основанные как на свободном согласии сторон, так и в порядке принуждения. Иллюстрацией публично-правовых отношений, возникающих на добровольной основе, по мнению В. В. Ивановского, могло быть поступление на государственную службу³. В качестве примера добровольных начал публично-правовых отношений ученый приводил также функцию оказания государственных услуг: «...такое пользование ни для кого не обязательно, но раз между частным лицом и государственным учреждением состоится соглашение относительно такого пользования, то опять возникают публично-правовые отношения, так как частное лицо обязано при этом соблюдать установленные законом требования и условия, равно как и соответствующие должностные лица имеют при этом определенные права и обязанности»⁴.

После установления советской власти в период формирования государственных институтов, осложненный гражданской войной и экономической разрухой, единственным возможным методом управления оставался государственный диктат, основанный на политике военного коммунизма и господствующей концепции диктатуры пролетариата. На протяжении длительного времени, продолжавшегося весь период

¹ *Елистратов А. И.* Основные начала административного права. М., 1914. С. 291.

² См.: *Елистратов А. И.* Очерк административного права. М., 1922. С. 95–100.

³ См.: *Ивановский В. В.* Учебник административного права (полицейское право. Право внутреннего управления). Казань, 1904.

⁴ Там же.

советской истории Российского государства, доминирующим методом государственного управления являлось властно-управленческое регулирование общественных отношений. Тем не менее в первые годы советской власти отдельные исследования в развивающейся административной науке были посвящены проблематике административных договоров. Примером подобных исследований является работа В. Л. Кобалевского «Очерки советского административного права», в которой ученый констатировал факт развития института административных договоров в рамках публично-правовых отношений. Признавая главенствующую роль административных норм в регулировании отношений между субъектами государственного управления, В. Л. Кобалевский указывал, что административные договоры также выступают необходимым инструментом регулирования публично-правовых отношений. Например, с помощью административных договоров государственные органы предоставляют право природопользования хозяйствующим субъектам⁵.

К теме административных договоров российские ученые возвращались еще неоднократно⁶, тем не менее отдельные исследования не носили системного характера и не смогли сформировать теоретическую основу, необходимую для создания нормативной базы рассматриваемого института.

Если в советские годы административный договор не являлся предметом активных исследований, то с изменением экономических отношений в обществе, переходом к рыночной экономике, дальнейшим развитием демократических принципов государственного управления существенно возрастает научно-теоретический интерес к проблемам договорного регулирования публично-правовых отношений. Популяризации темы договорных отношений в публично-правовой сфере способствовала осознанная необходимость кардинальной модернизации государственного аппарата, совершенствования российского административного законодательства.

С началом 1990-х гг. в специальной литературе появилось значительное число исследований, посвященных договорным административно-правовым отношениям⁷; их анализ свидетельствует о многообразных

⁵ См.: Кобалевский В. Л. Очерки советского административного права. Киев, 1924.

⁶ См., например: Сперанская К. Об административном договоре «Вестник Верховного Суда СССР». М., 1928. № 3(12); Ямпольская Ц. А. О теории административного договора // Советское государство и право. 1966. № 10; Манохин В. М. Хозяйственное обслуживание организаций и граждан. М., 1975. С. 149; Юсупов В. А. Право и советское государственное управление (административно-правовой аспект проблемы). Казань, 1976.

⁷ См., например: Бахрах Д. Н. Важные вопросы науки административного права // Государство и право. 1993. № 2. С. 37–45; Яковлев В. Новое в договорном праве // Право и экономика. 1994. № 12; Тихомиров Ю. А. Публичное право. М., 1995; Розенфельд В. Г., Стариков Ю. Н. Проблемы современной теории административного договора // Правоведение. 1996. № 4. С. 47–63; Стариков Ю. Н. Административный договор : опыт законодательного регулирования в Германии

подходах к определению административного договора, его соотношению с договорами частноправового характера, понимаю атрибутивных признаков и порядку реализации такого договора.

Так, в рассматриваемый период научно-теоретические проблемы, связанные с публично-правовыми договорами, рассматривались Ю. А. Тихомировым, наделавшим их следующими признаками:

– одним из субъектов договора обязательно выступает участник, обладающий властными полномочиями от имени государства, органов местного самоуправления, формальные представители партий, иных общественных или международных организаций;

– другим субъектом договора выступает носитель властно-регулирующих функций (представитель государственных корпораций, представитель общественных интересов);

– предметом публично-правового договора непременно выступают вопросы властвования, управления или саморегуляции;

– в качестве обеспечения обязательств, вытекающих из договоров, могут выступать меры организационного, правового, экономического, платёжно-расчетного характера⁸.

Более развернутая характеристика административных договоров дана Д. Н. Бахрахом:

– такие договоры направлены на достижение общественно-необходимых результатов, вследствие чего имеют организационное содержание;

– совокупность прав и обязанностей сторон договора отличается неравенством, поскольку предметом договора выступают управленческие, а не имущественные отношения, между субъектами административного права, один из которых является участником административного управления;

– российское законодательство не обеспечивает судебную защиту административных договоров, не содержит имущественных санкций, за невыполнение обязательств их сторонами;

– административный договор, не являясь самостоятельной формой управления, непосредственно связан с административным актом, административной деятельностью соответствующих органов;

– нормативной основой административно-договорной практики являются исключительно нормы административного права, при этом частные

// Государство и право. 1996. № 12. С. 40–52 ; Бахрах Д. Н. Административное право : учеб. для вузов. М., 1997 ; Юсупов В. А. Правоприменительная деятельность органов управления. М., 1997 ; Бельский К. С. Полицейское право : лекционный курс / под ред. А. В. Куракина. М., 2004 ; Климкин Н. С. Административный договор в системе договорных отношений Российской Федерации // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. 2014. № 2. С. 43–55 ; Егоров А. В. Контракт о службе в органах внутренних дел Российской Федерации (административно-правовой аспект) : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002 ; Мелехова А. Ю. Административно-правовой договор в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. Орел, 2012.

⁸ См.: Тихомиров Ю. А. Публичное право. С. 183–184.

содержатся в законах и подзаконных актах, а общие нормы еще не разработаны;

– административный договор во многих случаях способен заменить административный акт;

– нарушение административного договора влечет наступление ответственности: общественной, дисциплинарной, политической, материальной, финансовой, а также иных видов принуждения;

– в зависимости от содержания административные договоры могут быть классифицированы на договоры о компетенции, об обслуживании, о выполнении государственных заказов и др. Сторонами административных договоров выступают субъекты управленческой деятельности, органы исполнительной власти и иные государственные (муниципальные) организации, субъекты управления и граждане⁹.

Приведенные выше характеристики (признаки) административного договора внесли весомый вклад в теорию административного права и послужили научным ориентиром для дальнейших исследований данной правовой конструкции. Тем не менее отдельные рассмотренные позиции, как представляется, требуют некоторого уточнения. Как справедливо отмечает Ю. Н. Стариков: «...в публично-правовом договоре (а также и в административном) противоположной стороной по отношению к постоянному участнику таких договоров – органов, обладающих властными полномочиями, – могут являться и субъекты, которые не являются в публично-правовой сфере носителями властно-регулирующих функций, например негосударственные частные предприятия и организации, граждане. Кроме того, при заключении административных договоров должны соблюдаться специфичные для них условия: удовлетворение общественного (публичного) либо государственного интереса; определение административного (публичного) режима реализации определенных задач и функций; осуществление контроля за его реализацией со стороны органов управления и др.»¹⁰.

На основе обобщения имеющихся в специальной литературе источников Ю. Н. Стариков предлагает детальную авторскую характеристику административного договора. По его мнению, административные договоры преследуют цель эффективного осуществления задач публичной службы и в силу этого содержат специфические обязательства, отличающие их от обычных гражданско-правовых договоров. К числу административных договоров необходимо относить договоры о концессии публичной (государственной) службы между органами исполнительной власти и юридическими лицами, предметом которых является передача последней части функций, связанных с обеспечением жизненно важных общественных потребностей и интересов граждан. Обязательным содержанием административных договоров должны стать, во-первых,

⁹ См.: Бахрах Д. Н. Административное право. С. 132–133.

¹⁰ Розенфельд В. Г., Стариков Ю. Н. Проблемы современной теории административного договора. С. 57.

контрольно-надзорные полномочия со стороны органов исполнительной власти; во-вторых, возможность установления экономических санкций в отношении контрагентов (предприятий, организаций) по договорам. Наряду с этим должна устанавливаться и взаимная ответственность сторон договора. Административными договорами являются также контракты органов исполнительной власти (местной администрации) с предприятиями о предоставлении налоговых льгот за поставку продукции, товаров для государственных нужд. В качестве административных договоров правомерно рассматривать договоры, заключаемые органами исполнительной власти с казачьими обществами по вопросам, имеющим публичный характер; договоры на переподготовку государственных служащих; договоры на дополнительное профессиональное образование федеральных гражданских служащих; договоры на обучение с последующим прохождением федеральной государственной службы¹¹.

Как полагает Ю. Н. Стариков, публичный режим административного договора должен характеризоваться следующим:

– заключаться административный договор должен исключительно в пределах компетенции органа исполнительной власти и только уполномоченным лицом либо компетентным коллегиальным органом;

– административный договор может быть расторгнут в одностороннем порядке органом исполнительной власти в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств другой стороной с применением к ней предусмотренных договором санкций;

– в процессе реализации административного договора орган исполнительной власти, являющийся стороной в договоре, должен быть наделен правомочиями контроля за его исполнением;

– административный договор может быть изменен органом исполнительной власти в одностороннем порядке в случае непредвиденных обстоятельств, при условии, если это не нарушает финансовых и других существенных условий договора;

– вопросы, связанные с обжалованием административно-договорных отношений, должны рассматриваться в зависимости от предмета договора в административных судах, арбитражных судах (до создания административных судов) в федеральных судах¹².

Рассмотренные выше положения об административном договоре показывают возрастающее его воздействие на общественные отношения в сфере публичного управления. Год от года расширяется сфера применения административно-договорных методов управления органами исполнительной власти. Несмотря на то что до настоящего времени концептуальные основы административно-договорного регулирования в Российской Федерации пока не разработаны, отсутствует единство понимания самого договора и принципов его реализации, тем не менее пра-

¹¹ См.: Общее административное право : учебник : в 2 ч. / под ред. Ю. Н. Старикова. 2-е изд., пересмотр. и доп. Воронеж, 2016. Ч. 1. С. 614–618.

¹² См.: Там же. С. 619.

воприменительная практика в государственном управлении, а также на уровне местного самоуправления свидетельствует о расширяющейся сфере договорных начал в деятельности органов исполнительной власти.

Практика заключения административных договоров находит распространение и в сфере деятельности органов внутренних дел. Как известно, основным предназначением органов внутренних дел является защита жизни, здоровья, прав и свобод гражданского населения, борьба с преступностью, защита общественного порядка и безопасности населения, охрана собственности. Однако в процессе функционирования с целью реализации поставленных перед ними задач органы внутренних дел не только оказывают властно-управленческое воздействие на подконтрольные отношения, но также используют административно-договорные начала в качестве специфического способа регулирования, поскольку именно такой способ в соответствующих ситуациях является наиболее рациональным, логичным, эффективным и в ряде случаев единственно законным.

О применении административных договоров в практике органов внутренних дел упоминается в работах В. Г. Розенфельда, Ю. Н. Старилова¹³, К. С. Бельского¹⁴, а также в рассматриваемой тематике диссертационных исследований¹⁵.

Например, К. С. Бельский, характеризуя источники полицейского права, называет среди них и административный договор, который определяется как «взаимное соглашение двух или более сторон, содержащее нормы полицейского права и совершаемое с целью обмена определенными услугами полицейского характера»¹⁶. Иллюстрацией административных договоров, по мнению ученого, могут послужить соглашения подразделений органов внутренних дел с частными детективными и охранными агентствами об обеспечении правопорядка в соответствующих районах населенных пунктов. Сюда же относятся соглашения между органами внутренних дел субъектов РФ, предметом которых является противодействие различным формам преступности на территориях сопредельных субъектов РФ. К. С. Бельский обоснованно отмечает связанность административного договора и административного акта, поскольку договоры заключаются на основе административных актов и направлены на их исполнение.

Сложившаяся практика показывает, что в деятельности органов внутренних дел наиболее применимыми являются договоры с государствен-

¹³ См.: *Розенфельд В. Г., Старилов Ю. Н.* Проблемы современной теории административного договора.

¹⁴ См.: *Бельский К. С.* Полицейское право : лекционный курс / под ред. А. В. Куракина.

¹⁵ См., например: *Абдурахманов А. А.* Административный договор и его использование в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997 ; *Мелехова А. Ю.* Административно-правовой договор в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. Орел, 2012.

¹⁶ *Бельский К. С.* Полицейское право : лекционный курс. С. 85.

ными, муниципальными органами исполнительной власти; с иными (кроме органов внутренних дел) правоохранными органами; договоры о содействии граждан органам внутренних дел (на основе Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»); контракты о прохождении службы в органах внутренних дел.

Кроме того, подразделения вневедомственной охраны, находящиеся до недавнего времени в структуре МВД и переведенные в Федеральную службу войск национальной гвардии, заключают договоры на охрану имущества граждан, организаций.

Из всех названных договоров, заключаемых органами внутренних дел, лишь отдельные имеют относительное нормативное обеспечение как на уровне федерального законодательства, так и на уровне ведомственного регулирования. Например, законодательной основой заключения контракта о службе в органах внутренних дел выступает Конституция РФ, Федеральный закон «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», приказ МВД России от 19 января 2012 г. № 34 «О примерной форме контракта о прохождении службы в органах внутренних дел Российской Федерации». Несмотря на то что порядок заключения контракта о службе в органах внутренних дел регулируется административным законодательством и ведомственными подзаконными актами, в юридической науке до сих пор не прекращаются дискуссии о правовой природе подобных документов, отличии их от частноправовых договоров. Так, разграничение контракта о службе в органах внутренних дел как административного договора и трудового договора необходимо для того, чтобы сформулировать наиболее оптимальные и эффективные нормы регулирования государственной службы в органах внутренних дел. Эта задача не утрачивает актуальности в настоящее время в связи с необходимостью дальнейшего совершенствования административного законодательства в сфере деятельности органов внутренних дел и нормативно закреплённым в нем правилом субсидиарного применения норм трудового законодательства к служебным отношениям сотрудников органов внутренних дел.

Контракт о службе в органах внутренних дел в значительной мере соответствует признакам административного договора, сформулированным в теории административного права. Он заключается с целью, имеющей публичный характер, т.е. для комплектования органов внутренних дел. Контракт заключается между гражданином и субъектом, относящимся к системе государственных исполнительно-распорядительных органов. Порядок заключения контракта регулируется административным законодательством. Однако в процессе заключения контракта и его реализации возникает ряд вопросов, прежде всего, связанных с ответственностью сторон.

Как отмечалось выше, необходимым признаком административного договора является включение в его содержание обязательств сторон об ответственности. Согласно п. 13 приказа МВД России от 19 января

2012 г. № 34 «О примерной форме контракта о прохождении службы в органах внутренних дел Российской Федерации» ответственность сторон контракта за неисполнение или ненадлежащее выполнение служебных обязанностей и взятых на себя обязательств по контракту наступает в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Как видно из текста примерного контракта, п. 4.13, 4.14, 4.15 предусматривается ответственность обучающегося в виде обязанности возместить затраты на его обучение, а также стоимость вещевого имущества (если не вышел срок) в случае досрочного отчисления из образовательной организации системы МВД России. Обращает внимание тот факт, что ответственность обучающегося определена конкретно, а ответственность государственного органа – абстрактно. Отсюда возникает вопрос: должен ли публичный режим административного договора предусматривать ответственность обеих сторон, если да, то в какой мере допустима специфика ответственности государственного органа публичного управления? В настоящее время норма об ответственности органа исполнительной власти в соответствии с примерной формой контракта о службе в органах внутренних дел Российской Федерации имеет бланкетный характер и никакой спецификой не характеризуется.

Рассуждая о пределах и принципах ответственности сторон административного договора, необходимо учитывать следующее. Административный договор – это не административный акт, и его содержание должно основываться на договорных началах, не исключающих применения принципов частного права, например таких, как: принцип свободы договора; принцип сотрудничества сторон договорного правоотношения; принцип разумности участников правоотношений; принцип надлежащего исполнения; принцип реального исполнения; принцип разумности и добросовестности. Применение названных принципов в административно-договорном регулировании вполне логично и не противоречит задачам публичного управления.

Вместе с тем нельзя не учитывать тот факт, что наряду с диспозитивным способом регулирования частноправовых отношений используется еще и способ императивный, не учитывающий в определенной степени базисный принцип гражданского права – принцип равноправия сторон. Так, в предпринимательском праве находит практику применения предпринимательский договор присоединения. Договоры присоединения наиболее часто заключаются в банковской сфере и не предполагают возможности изменения условий как до их заключения, так и в процессе реализации договоров. Сторона, которой предлагают заключение такого договора, либо принимает его условия полностью, либо договор не заключается. Именно такой подход используется при заключении контракта о службе в органах внутренних дел.

Следующий вопрос, который возникает в отношении административно-договорного регулирования, это насколько возможно и оправдано одностороннее предоставление особого статуса субъектам административных договоров, являющихся государственно-властными органами? Для

ответа на данный вопрос целесообразно обратиться к материалам судебно-арбитражной практики рассмотрения дел о неосновательном обогащении. В соответствии со ст. 1102 Гражданского кодекса РФ лицо, которое неосновательно обогатилось за счет другого лица, обязано возвратить последнему неосновательное обогащение. Таким образом, в случае если между исполнительно-распорядительным органом и другой стороной возникают гражданско-правовые отношения, то они регулируются гражданским законодательством. Но в соответствии с правовой позицией ФАС ВСО¹⁷ разъясняется, что если отношения между спорящими сторонами носят административный характер, то к ним не могут быть применены положения гражданского законодательства о взыскании неосновательного обогащения. Данный пример является подтверждением вывода, что все условия административного договора должны регулироваться нормами административного законодательства.

Возвращаясь к вопросу о деликтоспособности органов исполнительной власти, необходимо констатировать, что административной науке еще предстоит ответить на вопрос об их ответственности в административно-договорных отношениях.

Другим примером административного договора, связанного с подготовкой кадров, является договор, заключаемый между органами внутренних дел и гражданами, на обучение в образовательных организациях, не входящих в систему органов внутренних дел. Правовой основой для такого договора выступает Федеральный закон «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», в соответствии со ст. 77 которого органам внутренних дел на основе государственного заказа предоставлены полномочия заключать договоры на обучение будущих сотрудников органов внутренних дел в гражданских вузах. Данный способ подготовки кадров для службы в органах внутренних дел объясняется тем, что проблема комплектования в системе МВД России не может быть разрешена с помощью выпускников ведомственных образовательных организаций, прежде всего в силу их малочисленности. Количество ежегодно выпускаемых ими специалистов покрывает потребности органов внутренних дел примерно на десять процентов, что обостряет проблему их комплектования.

Но не только количественный показатель выпускников ведомственных образовательных организаций не удовлетворяет заказчика. Существует также проблема «сезонности» выпускников. Как известно, государственная аттестация и вручение дипломов происходят в образовательных организациях МВД России в июле-августе. Соответственно, в это же время выпускники прибывают по месту распределения в территориальные органы для прохождения службы. Однако потребность в кадрах в территориальных органах не может быть на 100 процентов интегрирована с цикличностью учебного процесса и зависеть от окончания учебного года.

¹⁷ Постановление ФАС ВСО от 27 сентября 2005 г. № А3310468/04-с2-Ф02-4405.

При возникновении вакансий в период, соответствующий учебному году, практические органы вынуждены осуществлять поиск потенциальных сотрудников, используя другие источники.

Идея подготовки кадров на основе государственных заказов далеко не оригинальная в системе профессионального образования, поскольку широко использовалась в советское время. Тем не менее, как представляется, механизм реализации ст. 77 Федерального закона «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» вызывает ряд вопросов.

В п. 3 ст. 77 рассматриваемого закона указывается, что размещение государственного заказа происходит в учебных заведениях, «имеющих государственную аккредитацию по соответствующим образовательным программам». Это вызывает вопрос об источниках финансирования данных учебных заведений, ответ на который содержится в Положении о заключении договора на обучение между Министерством внутренних дел Российской Федерации (его территориальным органом на окружном, межрегиональном или региональном уровне) и гражданином Российской Федерации, предусматривающем обязательство последующего прохождения службы в органах внутренних дел Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 14 января 2013 г. № 21¹⁸, где закреплено, что образовательная организация должна быть государственной, имеющей аккредитацию. Однако такую редакцию можно считать как расширительным толкованием закона, так и противоречием закону, поскольку в самом законе категория собственника образовательной организации не указана.

В целях реализации ст. 77 Федерального закона «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» федеральный орган исполнительной власти в сфере внутренних дел вправе заключать договоры на подготовку специалиста с гражданином, обучающимся в образовательной организации. Каким же требованиям должен отвечать гражданин, чтобы с ним был заключен подобный договор? В соответствии с п. 2 Положения о заключении договора на обучение между Министерством внутренних дел Российской Федерации (его территориальным органом на окружном, межрегиональном или региональном уровне) и гражданином Российской Федерации, предусматривающего обязательство последующего прохождения службы в органах внутренних дел Российской Федерации гражданин должен: достигнуть 18 лет; владеть русским языком; иметь соответствующее здоровье; получать первое образование по дневной форме обучения; обучаться за счет средств из федерального бюджета.

Представляется, что условие обучения гражданина только за счет средств федерального бюджета существенно ограничит сферу применения государственного заказа на подготовку кадров для органов внутрен-

¹⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 3. Ст. 172.

них дел и, соответственно, возможность более широкого конкурентного отбора кандидатов из числа обучающихся. Как известно, в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹⁹ образование может быть получено как за государственный счет, так и на платной основе, при этом условия платного обучения регламентируются локальными нормативными актами образовательных организаций и законодательством Российской Федерации.

Наряду с этим ни в Федеральном законе «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», ни в Положении о заключении договора на обучение, утвержденном Указом Президента РФ от 14 января 2013 г. № 21, не предусматривается порядок прохождения медицинской комиссии для определения пригодности конкурсанта к службе в органах внутренних дел и участия в конкурсе для заключения договора об обучении и дальнейшей службе.

Договор на обучение в интересах органов внутренних дел заключается на основе типовой формы, утвержденной постановлением Правительства РФ от 9 февраля 2013 г. № 103 «Об утверждении типового договора на обучение между Министерством внутренних дел Российской Федерации (его территориальным органом на окружном, межрегиональном или региональном уровне) и гражданином Российской Федерации, предусматривающего обязательство последующего прохождения службы в органах внутренних дел Российской Федерации, и о размере и порядке осуществления дополнительной выплаты гражданам Российской Федерации, заключившим такие договоры»²⁰.

В разделе III типового договора предусматривается ответственность сторон за его невыполнение. При этом ответственность гражданина установлена исходя из его обязанности возместить затраты органов внутренних дел, связанные с реализацией договора. Это нельзя сказать в отношении ответственности другой стороны, т.е. органов внутренних дел: «...в случае отказа ОВД от заключения с Гражданином срочного контракта после получения Гражданином документа об образовании и о квалификации при соблюдении им условий договора ОВД выплачивает Гражданину в месячный срок с даты вынесения решения об отказе в заключении с Гражданином срочного контракта единовременную выплату, равную двукратному размеру месячного оклада по специальному званию лейтенанта полиции». Указанная гипотеза вызывает вопросы: во-первых, почему такая сумма; во-вторых, вправе ли гражданин взыскать моральный ущерб; в-третьих, наступит ли ответственность, если отказ ОВД от выполнения обязательств по договору произойдет не после получения документа об образовании, а в период обучения?

Следующий анализируемый договор относится к сфере оперативно-розыскной деятельности. В соответствии со ст. 17 Федерального закона

¹⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч.1). Ст. 7598.

²⁰ Там же. 2013. № 7. Ст. 648.

от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» граждане могут привлекаться на добровольной основе к оперативно-розыскным мероприятиям. Содействие правоохранительным органам возможно на основе заключенных контрактов. Какого рода эти контракты?

Например, А. Шумилов, А. Демин отмечают влияние норм гражданского права на указанные отношения. Может ли это быть трудовым договором? Ведь ряд фактов свидетельствует в пользу такого вывода. Так, ч. 6 ст. 18 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» устанавливает, что «граждане, сотрудничающие по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, в качестве основного рода занятий, имеют право на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации. Период такого сотрудничества засчитывается в страховой стаж указанных граждан на основании сведений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность». Однако судебная практика опирается на другие выводы. Примечательным в этом плане является апелляционное определение Верховного Суда РФ от 10 ноября 2014 г. № 80-АПГ14-8 по иску Кочедыкова Э. П. к Управлению Министерства внутренних дел Российской Федерации по г. Ульяновску о возложении обязанности внести запись в трудовую книжку о периоде работы. Ответчик работодателем Кочедыкова Э. П. не считал, поскольку истец не состоял в штате у ответчика, в связи с чем ответчик не производил за него уплату страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, следовательно, оснований для внесения в трудовую книжку истца записи о периоде его сотрудничества на контрактной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, не имеется. На основании изученных материалов дела суд пришел к выводу, что правоотношения, связанные с заключением контракта с гражданами, выразившими согласие содействовать органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, регулируются Федеральным законом от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», такой контракт не идентичен ни контракту о прохождении службы в органах внутренних дел, ни трудовому договору. Указанная правовая позиция представляется единственно верной, поскольку рассмотренный контракт является типичным административным договором.

*Воронежский институт МВД России
Матвеев С. П., доктор юридических наук,
профессор кафедры гражданско-правовых и экономических дисциплин*

*E-mail: ser35031333@yandex.ru
Тел.: 8 (473) 200-53-01*

Voronezh Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs

*Matveev S. P., Doctor of Legal Sciences,
Professor of the Civil Law and Economic Department*

*E-mail: ser35031333@yandex.ru
Tel.: 8 (473) 200-53-01*

ФАКТОРЫ, ОБУСЛОВЛИВАЮЩИЕ МИГРАЦИЮ
В РОССИЙСКУЮ ФЕДЕРАЦИЮ

О. В. Катаева

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Поступила в редакцию 20 января 2017 г.

Аннотация: статья посвящена рассмотрению некоторых современных подходов к определению миграции, а также анализу факторов, объективно обуславливающих миграцию в Российскую Федерацию. Делается вывод о сформированности факторов, определяющих миграцию в Россию на современном этапе.

Ключевые слова: миграционные процессы, миграционная ситуация, добровольная миграция, объективные факторы миграции.

Abstract: the article is devoted to the consideration of some modern approaches to the definition of migration and also to the analysis of the factors which are objectively causing migration to the Russian Federation. The conclusion about formation of the factors defining migration to Russia at the present stage is drawn.

Key words: migratory processes, migratory situation, voluntary migration, objective factors of migration.

Миграция населения в современных условиях представляет собой явление, носящее глобальный, всеохватывающий характер. В целом, способствуя интеграции международного сообщества, культурному сближению народов, развитию производительных сил, миграция оказывает положительное влияние на социально-экономическое и политическое развитие государств. Вместе с тем, если миграционные процессы носят стихийный, неуправляемый характер, уровень обеспечения безопасности государств резко снижается, кроме того, неконтролируемая миграция не позволяет обеспечить защиту прав самих мигрантов. Особенно это необходимо учитывать в настоящее время, когда мировое сообщество столкнулось с небывалым размахом террористических угроз¹.

Российская Федерация занимает второе место в мировом рейтинге по количеству мигрантов. Современная миграционная ситуация в России является не чем иным, как отражением особенностей переживаемого этапа социально-экономического и политического развития страны. Процессы интеграции России в мировое экономическое сообщество способствуют значительному притоку мигрантов. По оценкам исследователей, ежегодно в нашу страну с разными целями въезжают 13–15 млн иностранных граждан и лиц без гражданства².

¹ См.: Семенова А. В. Современное состояние миграционной безопасности Российской Федерации // Административное право и процесс. 2016. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

² См.: Сухаренко А. Миграция и преступность // ЭЖ-Юрист. 2013. № 16. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Сегодня миграция стала одним из основных факторов, влияющих на формирование рисунка расселения и структуры населения, трудового потенциала территорий, поэтому одной из важнейших задач, стоящих перед современной Россией, является организация цивилизованной миграции, способной оказать позитивное влияние на состояние экономики и демографии в стране. В условиях выхода из глобального экономического кризиса разрешение данной задачи становится еще более актуальным.

Необходимо отметить, что понятие «миграция» ввиду своей многоаспектности имеет значительное число различных толкований, поэтому в настоящее время исследователи достаточно часто сталкиваются с проблемой отсутствия четкого понятийного аппарата в сфере миграции³.

Термин «миграция» происходит от латинского слова «migratio», означающего перемещение, переселение⁴, поэтому в широком смысле под миграцией населения в разных контекстах и ситуациях принято понимать перемещение людей⁵.

Вместе с тем согласованного термина «миграция» сегодня не существует не только в нормативно-правовой базе, но и в доктрине международного права.

Он не упоминается ни в Уставе ООН, ни во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., ни в доктрине международного права⁶. Причиной тому является сложность определения этой многогранной категории.

По мнению некоторых отечественных ученых, целесообразно на законодательном уровне закрепить более общие понятия, а именно: «миграция», «мигрант», «трудовая миграция», которые в настоящее время определены только в документах концептуального характера⁷.

Однако имеется и совершенно противоположная точка зрения других ученых (например, Л. В. Андриченко, В. О. Елеонского, Т. Я. Хабриевой)⁸ о том, что понятие «миграция» является родовым и включает в себя все категории лиц, осуществляющих пространственные перемещения по разным причинам и с разными целями, и может ввиду своей многоаспектности использоваться только в научных, а не в нормативных документах.

³ См.: Андриченко Л. В. К вопросу о понятийном аппарате в рамках исследования проблем внутренней миграции // Юридический мир. 2015. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Толковый словарь русского языка : в 4 т. / под ред. Д. Н. Ушакова. М., 2000. Т. 1. С. 247.

⁵ См.: Орешина Н. И. К вопросу об определении понятия «миграция» // Юридический мир. 2010. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁶ См.: Наумова Р. Л. Труд иностранцев у российского работодателя. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Аналитический обзор на тему: «Соответствие российского законодательства требованиям международной организации труда» / отв. ред. Л. А. Чиканова. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Андриченко Л. В., Елеонский В. О., Хабриева Т. Я. О концепции развития миграционного законодательства Российской Федерации // Журнал рос. права. 2003. № 4. С. 3–12.

Рассматривая различные методологические подходы к определению термина «миграция», можно констатировать, что всем его авторам присуща констатация факта совершения данного процесса между двумя территориями или поселениями, подразумевающего пересечение административно-территориальной границы поселений, между которыми совершается миграция населения. Хотя имеются работы, анализирующие так называемые «внутрипоселенные переселения», или «внутрипоселенные перемещения», но по общему правилу подобные перемещения к миграциям населения не относятся⁹. Поэтому известный специалист по проблеме миграции Л. Л. Рыбаковский отмечает, что основная черта, характеризующая суть процесса миграции населения – это пересечение административно-территориальных границ разного таксономического уровня, где низшим и первым порогом выступает граница какого-либо поселения. В связи с этим любая миграция населения совершается как минимум между двумя разными населенными пунктами. В зависимости от того, находятся ли эти населенные пункты внутри страны или они принадлежат разным странам, миграцию населения подразделяют на две основные категории: 1) внутреннюю и 2) внешнюю миграцию¹⁰.

Современными учеными считается, что термин «мигрант» охватывает все случаи, когда решение о миграции человек принимает свободно, по причинам «личного удобства» и без вмешательства внешнего принудительного воздействия¹¹.

В числе факторов, оказывающих влияние на добровольную миграцию, выделяются следующие: культурно-исторический, инфраструктурно-географический, политический, экономический, социальный, демографический. Необходимо отметить, что все эти факторы в значительной степени влияют на направление интенсивных миграционных потоков в Российскую Федерацию.

Культурно-исторический фактор является одним из основных в формировании миграционных потоков на постсоветском пространстве. Ведущую роль в этом играют социально-экономические связи между людьми и странами, формировавшиеся на протяжении 70 лет существования СССР, а также распространение русского языка как основного средства общения между людьми в пределах бывшего Советского Союза. При выборе направления миграции в Россию такие мигранты руководствуются тем, что знание русского языка и понима-

⁹ См.: *Фадеева Т. А.* Категории «миграция населения» и «трансформация миграции населения» в контексте демографического развития // *Миграционное право.* 2014. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ См.: *Трансформация миграционных процессов на постсоветском пространстве* / под ред. Л. Л. Рыбаковского. М., 2008. С. 488.

¹¹ См.: *Пархомова Ю.* Зарождение и формирование институтов миграционного права на примере соотношения понятий «беженец», «мигрант» и «иностранец» // *Журнал международного права и международных отношений.* 2007. № 3. С. 27–30.

ние менталитета населения существенно повышает их шансы на интеграцию в местное сообщество¹².

Существенную роль в выборе направления миграции играет географический фактор. Российская Федерация в силу своего географического положения, территориальных масштабов, наличия больших объемов природных ресурсов, обеспечивающих ее высокий промышленный потенциал¹³, весьма притягательна для мигрантов.

Уникальное географическое положение России¹⁴ открывает возможности использования сети международных транспортных коридоров, учитывая, прежде всего, ее протяженность с запада на восток¹⁵. Так, российские железные дороги являются неотъемлемой частью евразийской железнодорожной сети, они непосредственно связаны с железнодорожными системами Европы и Восточной Азии. Кроме того, через порты может осуществляться взаимодействие с транспортными системами Северной Америки¹⁶.

В последние годы получили широкое развитие воздушные перевозки, в результате чего транспортный фактор стал существенно стимулировать миграцию населения.

К числу основных факторов, влияющих на миграцию, относятся также политические. Наличие дружественных политических отношений между странами, безвизовый режим въезда-выезда создают условия для относительно свободного перемещения населения. В то же время этнические конфликты, несогласие с курсом власти, политические убеждения нередко могут побуждать людей совершать миграцию по политическим мотивам. Последняя волна политических потрясений в ряде стран СНГ увеличила число желающих, прежде всего из этнических русских, уехать из этих стран в Россию.

Вместе с тем в подавляющем числе случаев причиной как внешней, так и внутренней миграции является экономический фактор.

¹² См.: *Рязанцев С. В., Письменная Е. Е., Боженко В. В.* Факторы и формы миграции в Евразийской миграционной системе // Миграционное право. 2014. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ См.: *Воробьев С. М.* Философско-правовое понимание процесса дискредитации государства // Культура : управление, экономика, право. 2016. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁴ Об утверждении Транспортной стратегии Российской Федерации на период до 2020 года : приказ Минтранса РФ от 12 мая 2005 г. № 45. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ См.: *Рубцова М. В.* Проблемы конкуренции на рынке транспортных услуг // Транспортное право. 2016. № 3. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁶ О Стратегии развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года (вместе с «Планом мероприятий по реализации в 2008–2015 годах Стратегии развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года»): распоряжение Правительства РФ от 17 июня 2008 г. № 877-р. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Главными экономическими предпосылками миграции трудоспособного населения стран-доноров являются стагнация производства, низкий уровень заработной платы, широкое распространение бедности, высокий уровень безработицы, отсутствие рабочих мест.

В концептуальных документах трудовая миграция определяется как временная миграция с целью трудоустройства и выполнения работ (оказания услуг)¹⁷. Фактически это перемещение трудоспособного населения из одного населенного пункта в другой с целью поиска работы на условиях найма¹⁸.

С развалом Советского Союза в нашей стране начался настоящий миграционный бум. Отчасти это не может не вызывать положительных эмоций, поскольку такой объем миграции свидетельствует о лидирующих позициях России на постсоветском пространстве, наши рабочие не едут, например, в Молдавию и Украину¹⁹. Вместе с тем очевидно, что государство было не готово к такому повороту событий, поэтому в последние годы был принят ряд конкретных мер, направленных на упорядочение процессов миграции, защиту национального рынка труда, а также реформирование отечественной системы управления миграционными процессами в соответствии с реалиями времени.

В принятии решения о миграции немаловажное значение имеет также социальный фактор. Необходимо отметить, что в целом миграционные установки населения на работу за рубежом сохраняются на достаточно высоком уровне, и значительная часть людей по-прежнему стремится искать работу за границей²⁰. Предпосылкой социального фактора миграции в Россию может стать пример родственников, друзей и знакомых, которые успешно трудоустроились, а также на принятие такого рода решения могут оказать влияние социальные сети, частные посредники и др.

Существование демографического дисбаланса между различными странами обуславливает наличие демографического фактора миграции. По характеру демографических процессов их можно разделить на государства, испытывающие сокращение численности населения, и государства, в которых численность населения растет. Ко второй группе из

2017. № 1

¹⁷ Концепция Государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года : утв. Президентом РФ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁸ См.: *Фирсов И. В.* Международная трудовая миграция и ее влияние на обеспечение экономической безопасности Российской Федерации // Миграционное право. 2012. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: *Ромодановский К. О.* Доклад на «Правительственном часе» в Государственной Думе на тему «Об основных приоритетах миграционной политики Российской Федерации и о мерах, принимаемых Правительством Российской Федерации, по совершенствованию действующего законодательства в этой сфере» // Миграционное право. 2006. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: *Рязанцев С. В., Письменная Е. Е., Боженко В. В.* Факторы и формы миграции в Евразийской миграционной системе.

ближайших соседей России следует отнести, прежде всего, страны Центральной Азии. С огромным сожалением приходится также констатировать, что по демографическим факторам современная Россия относится к первой группе государств, что обусловлено низкой рождаемостью и высокой смертностью в стране.

Согласно данным Росстата, к 2020 г. общая численность населения России сократится до 139 млн человек. При этом численность населения трудоспособного возраста уменьшится до 77,5 млн человек, а накопленный дефицит кадровых ресурсов превысит 14 млн человек²¹.

Демографическая политика Российской Федерации направлена на увеличение продолжительности жизни населения, сокращение уровня смертности, рост рождаемости, регулирование внутренней и внешней миграции, сохранение и укрепление здоровья населения и улучшение на этой основе демографической ситуации в стране²². При этом важнейшими демографическими задачами являются сокращение смертности населения и повышение его рождаемости.

Начиная с 2000 г. в Российской Федерации уже отмечается рост рождаемости. Вместе с тем ее уровень пока еще недостаточен для обеспечения воспроизводства населения²³. Поэтому миграционные процессы сегодня играют значимую роль в социально-экономическом и демографическом развитии России. За последние 20 лет миграционный прирост в значительной степени компенсировал более половины естественной убыли населения²⁴. Переселение мигрантов на постоянное место жительства в Российскую Федерацию становится одним из источников увеличения численности населения страны в целом и ее регионов, а привлечение иностранных работников по приоритетным профессионально-квалификационным группам в соответствии с потребностями российской экономики является необходимостью для ее дальнейшего поступательного развития²⁵.

Таким образом, на современном этапе устойчиво сформировался ряд объективных факторов, обуславливающих интенсивные потоки миграции в Россию и позволяющих прогнозировать ее дальнейшую высокую миграционную привлекательность. Поэтому первостепенной задачей

²¹ См.: Шульгина Е., Сосновцева Е. Человеческий ресурс или человеческий капитал? // «Кадровик.ру». 2014. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²² Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года : указ Президента РФ от 9 октября 2007 г. № 1351. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³ См.: Там же.

²⁴ См.: Сухаренко А. Н. Законодательное обеспечение противодействия незаконной миграции в России // Юридический мир. 2013. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁵ Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на период до 2025 года : утв. Президентом РФ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

государства является проведение в жизнь глубоко продуманной, четко сформулированной миграционной стратегии как залога устойчивого благосостояния и дальнейшего развития страны.

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Катаева О. В., кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры управления и административной деятельности органов внутренних дел, полковник полиции

E-mail: Kataeva_70@mail.ru

Тел.: 8 (4722) 55-71-32

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

Kataeva O. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Management and Administrative Activities of Bodies of Internal Affairs Department, Colonel of Police

E-mail: Kataeva_70@mail.ru

Tel.: 8 (4722) 55-71-32

УДК 342.9

СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА СТАТС-СЕКРЕТАРЯ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Н. Т. Шерипов

*Государственная служба миграции
при Правительстве Кыргызской Республики*

Поступила в редакцию 25 декабря 2016 г.

Аннотация: *рассматривается современное состояние и перспективы развития института статс-секретаря в Кыргызской Республике. Предлагаются ряд организационных и правовых мер по совершенствованию данного института.*

Ключевые слова: *статс-секретарь, конкурс, оценка, ротация, увольнение, государственная гражданская служба, правовое регулирование деятельности статс-секретаря.*

Abstract: *in this article the current state and prospects of development of institute of the secretary of state in the Kyrgyz Republic systemically is considered. As a result of the complex analysis a number of organizational and legal measures on enhancement of institute of the secretary of state in the Kyrgyz Republic is proposed.*

Key words: *secretary of state, tender, assessment, rotation, dismissal, public civil service, legal regulation of activities of the secretary of state.*

В настоящее время в государственном строительстве суверенного Кыргызстана институт статс-секретарей играет позитивную роль в проведении государственной политики в сфере госслужбы и обеспечении стабильности, преемственности кадров в госорганах. Степень важности института статс-секретарей отмечает Президент КР: «За последнее время мы достигли определенных положительных результатов в сфере госслужбы. Создана необходимая законодательная база, внедрены современные методы подбора кадров, оценки их деятельности, у нас есть механизм обеспечения прозрачности доходов государственных служащих. В госорганах введены должности статс-секретарей. Однако трудно сказать, что мы уже пожинаем плоды всех этих принятых ранее мер. Да, есть изменения, но они должны быть более ощутимыми, эффект должен быть более значительным. Темпы реформ госуправления должны опережать темпы реформ по другим направлениям. По моему мнению, результативность наших действий по управлению госслужбой сегодня во многом зависит от того, насколько эффективно работает институт статс-секретарей. Полагаясь на международный опыт, можно с уверенностью сказать, что сама должностная позиция статс-секретаря предусматривает непосредственное участие в решении многих вопросов, касающихся повышения эффективности работы госоргана»¹.

109

¹ Выступление Президента Кыргызской Республики на встрече со статс-секретарями государственных органов. 23.05.2008 // Интернет-сайт Президента КР. URL: <http://old.president.kg/press/vistup/3285/>

Рассмотрим дефиницию статс-секретаря, а также функционирование данного института в мировой практике.

Статс-секретарь (нем. Staatssekretär – государственный секретарь) – государственная должность. Чаще всего статс-секретарем называется глава общегосударственного органа, центрального ведомства или министерства, член правительства, заместитель или помощник министра. В русской номенклатуре государственных должностей, как правило, проводится различие между статс-секретарем и государственным секретарем, но при передаче на русском языке их иностранных аналогов (например, англ. Secretary of State, фр. Secrétaire d'Etat) существует известный произвол. Несколько более точное английское соответствие немецкому и русскому термину представляет англ. State Secretary².

В настоящее время должность статс-секретаря существует в следующих государствах: Аргентина, Бельгия, Ватикан, Великобритания, Венгрия, Федеративная Республика Германия, Испания, Канада, Люксембург, Нидерланды, Норвегия, Португалия, Словакия, США, Финляндия, Франция, Швейцария, Швеция и др.

Необходимо отметить, что должность статс-секретаря существовала и эффективно функционировала как в Российской империи, так и в современной Российской Федерации.

Следует заметить, что в вышеназванных государствах должность статс-секретаря существует и функционирует в совершенно разных организационно-правовых формах. Рассмотрим подробнее некоторые примеры.

В Соединенном Королевстве Великобритании и Северной Ирландии статс-секретарь (англ. Secretary of State) – официальный титул некоторых министров Кабинета, ответственных за то или иное правительственное ведомство. Реже этот термин переводится как «государственный секретарь». Не все ведомства возглавляются статс-секретарями (например, министерство финансов возглавляет канцлер казначейства).

В Федеративной Республике Германии статс-секретарь (нем. Staatssekretär) – высший служащий в аппарате министерства или ведомства, который уступает лишь министру и является его ближайшим помощником. Должность статс-секретаря похожа на должность заместителя министра в других странах. Это политический пост, т.е. назначение на него производится на основании политических критериев, таких как партийная принадлежность, а не в порядке повышения гражданских служащих, хотя статс-секретарь и является административным руководителем министерства.

Особый случай представляет собой парламентский статс-секретарь (нем. Parlamentarische Staatssekretär), которым является член парламента, назначенный министерству в качестве статс-секретаря. В его обязанности входит поддержание связей между министерством и парламентом, его фракциями и комитетами.

² См.: Статс-секретарь. Материал из Википедии – свободной энциклопедии. URL: <http://ru.wikipedia.org/wiki/Статс-секретарь> (дата обращения: 17.02.2008).

Статс-секретарь (фр. *Secrétaire d'Etat*) – официальный титул руководителя какого-либо ведомства (младшего министра) при премьер-министре **во Франции**. Статс-секретарь по статусу ниже государственного министра и подотчетен министру или премьер-министру³.

В Нидерландах статс-секретарь (нидерл. *Staatssecretaris*, мн. ч. – *Staatssecretarissen*) является помощником или заместителем министра, или младшим министром. Статс-секретари – это члены Кабинета министров, которые работают в подчинении министров. Они подотчетны министрам, но независимо от этого ответственны перед парламентом.

Кроме рассмотренных стран, в целом можно отметить, что в других государствах также не обошли вниманием эту должность. Должности статс-секретарей существуют не только в гражданских ведомствах, но и в правоохранительных, и военных госорганах. Вот отдельные примеры из блока силовых структур: постоянный секретарь Министерства обороны ЮАР, постоянный секретарь Министерства юстиции и общественного порядка Кипра, постоянный секретарь Министерства обороны Сингапура, постоянный секретарь Министерства внутренних дел Великобритании, государственный секретарь Министерства обороны Латвии, статс-секретарь Министерства юстиции Финляндии и др.

Необходимо отметить, что должность статс-секретаря **в современной России**, несмотря на недолгое существование, уже занимает свое достойное место в должностной иерархии. В соответствии с Указом Президента РФ от 26 июля 2005 г. № 873 «О статс-секретарях – заместителях руководителей федеральных органов исполнительной власти» Правительство РФ приняло постановление от 13 августа 2005 г. № 514 г. «Об особенностях статуса и Типовом должностном регламенте статс-секретарей – заместителей руководителей федеральных органов исполнительной власти».

Основными служебными обязанностями статс-секретарей – заместителей руководителей федеральных органов исполнительной власти, руководство деятельностью которых осуществляет Президент РФ или Правительство РФ, являются организация законопроектной работы в федеральных органах исполнительной власти, подготовка предложений по формированию позиции Президента РФ и Правительства РФ по проектам федеральных законов (законам), рассматриваемым палатами Федерального Собрания РФ, а также обеспечение взаимодействия с палатами Федерального Собрания РФ⁴.

Республика Казахстан ввела институт статс-секретарей с особым порядком их назначения.

В соответствии с Законом КР от 11 августа 2004 г. «О государственной службе» в целях обеспечения преемственности, стабильности и независи-

³ См.: Там же.

⁴ Об особенностях статуса и Типовом должностном регламенте статс-секретарей – заместителей руководителей федеральных органов исполнительной власти: постановление Правительства РФ от 13 августа 2005 г. № 514 г. // Рос. газета. Федеральный выпуск. 2005. 19 авг.

мости профессиональной госслужбы, повышения эффективности управления госслужбой, оптимизации структур и штатной численности госслужащих госорганов КР Президент КР Указом от 3 ноября 2004 г. УП №376 «Об учреждении высшей административной государственной должности статс-секретаря государственного органа»⁵ постановил: учредить высшую административную государственную должность статс-секретаря во всех министерствах, государственных комитетах и административных ведомствах КР, за исключением Минобороны, МВД и ГТС КР.

Понятие и функции статс-секретаря впервые раскрывается в ст. 14 Закона КР от 11 августа 2004 г. № 114 «О госслужбе». Статс-секретарь является государственным служащим, занимающим высшую административную государственную должность в министерствах, государственных комитетах и административных ведомствах КР. Должность статс-секретаря может быть учреждена и в других органах исполнительной, судебной власти.

Необходимость учреждения должности статс-секретаря была обусловлена в связи с имеющими место факторами в управлении кадрами. Нестабильность кадров становилась заметным препятствием в обеспечении эффективной деятельности госорганов. Все более заметна была практика, когда с назначением нового руководителя в госорганах происходила утечка кадров. Это, несомненно, отражалось на деятельности госоргана негативным образом, приводило к падению исполнительской дисциплины, снижению профессионального уровня аппарата. В целях устранения таких явлений необходимо было создание механизма, обеспечивающего стабильную, бесперебойную работу аппаратов государственных органов.

Таким механизмом призван стать институт статс-секретарей. На статс-секретарей госорганов была возложена задача по обеспечению стабильности, последовательности и преемственности госслужбы, закреплению кадров на местах.

В настоящее время в республике сформирован институт статс-секретарей в центральных государственных органах. Статс-секретарь – высшая административная государственная должность. По статусу она приравнивается к первому заместителю руководителя, является постоянной, независимой и несменяемой в связи с отставкой руководителя. По своим полномочиям статс-секретарь призван обеспечивать бесперебойную работу государственного органа вне зависимости от перемещения руководителя, контролировать целевое использование средств государственного бюджета, осуществлять анализ эффективности государственного органа, минимизировать политическое вмешательство в кадровые вопросы, создавать благоприятную рабочую атмосферу в коллективе и т.д.

Отбор на замещение вакантной должности статс-секретаря осуществляется Советом на конкурсной основе. Статс-секретарь в органах исполнительной власти назначается и освобождается премьер-министром КР

⁵ Эркин Тоо. 2004. 10 нояб. № 93.

по рекомендации Совета и с согласия руководителя государственного органа. Освобождение статс-секретаря от занимаемой должности осуществляется премьер-министром по представлению руководителя и с согласия Совета или же, наоборот, по представлению Совета и с согласия руководителя.

Указом Президента страны от 24 февраля 2005 г. № 58 был утвержден перечень государственных органов, в которых предусматривалась должность статс-секретаря. Первоначально в этот список вошли 20 министерств и ведомств. В настоящее время данная должность учреждена в 31 центральном и исполнительном органе, кроме силовых, правоохранительных и фискальных структур.

В целом институт статс-секретарей оправдывает свое предназначение. Там, где введена эта должность, наметилась тенденция улучшения работы с управленческим персоналом, повысились прозрачность и объективность кадровых назначений через конкурс, снижается текучесть кадров, более планомерно проводится аттестация сотрудников аппарата, улучшается декларирование доходов госслужащих, налаживается обучение и повышение квалификации кадров.

Процесс становления института статс-секретарей был сложным, возникали различные препятствия в системе управления, а также проблемы психологического характера. Проблемы касались чаще всего распределения функциональных обязанностей между руководителями. Оказывалось сопротивление передаче кадрового вопроса, одного из мощных рычагов управления, в ведение статс-секретарей. Постепенно препятствия преодолеваются. Результаты деятельности института статс-секретарей стали более заметны.

Статс-секретарь призван оказывать непосредственное влияние на кадровую политику госоргана, который он представляет. Ведь именно статс-секретарь готовит представление на назначение, перемещение, ротацию и освобождение от должности административных государственных служащих, а также отвечает за финансовые вопросы деятельности аппарата.

Положительная особенность этой должности состоит в том, что она защищена законом от кадровых перестановок внутри госоргана. Одной из примечательных особенностей данной должности является то, что должность статс-секретаря является постоянной, не сменяемой в связи с отставкой или освобождением от должности руководителя госоргана. Должность статс-секретаря по правовому статусу приравнивается к первому заместителю руководителя государственного органа.

В государственных органах исполнительной власти, в которых функционирует государственная гражданская служба, учреждается должность статс-секретаря.

Законодательством может быть учреждена должность статс-секретаря в других государственных органах Кыргызской Республики.

Статс-секретарь является государственным служащим, занимающим высшую административную должность в государственных органах.

Должность статс-секретаря является постоянной и по правовому статусу приравнивается к должности первого заместителя руководителя государственного органа.

В государственных органах, в которых не учреждена должность статс-секретаря, исполнение положений закона возлагается на руководителей аппаратов этих органов.

Лицо, замещающее должность статс-секретаря, не освобождается от должности в связи с отставкой или освобождением от должности руководителя государственного органа.

Статс-секретарь в соответствии с законом:

1) реализует единую государственную политику в сфере государственной гражданской службы;

2) обеспечивает организацию деятельности государственного органа по достижении его целей и задач;

3) организует разработку стратегического, перспективного плана деятельности государственного органа, планов структурных подразделений и служащих;

4) отвечает за разработку и реализацию программного бюджета;

5) разрабатывает структуру управления государственного органа;

6) организует деятельность службы управления персоналом государственного органа;

7) обеспечивает деятельность по планированию карьерного роста служащих;

8) организует подбор и расстановку кадров в государственном органе;

9) разрабатывает антикоррупционные меры и организует их реализацию;

10) организует внедрение современных технологий управления;

11) осуществляет функции поддержки, в том числе управления финансовыми, материальными и человеческими ресурсами;

12) обеспечивает повышение потенциала служащих;

13) разрабатывает механизмы материальной и нематериальной мотивации служащих;

14) разрабатывает и обеспечивает функционирование системы мониторинга деятельности государственного органа;

15) осуществляет контроль за исполнительской и трудовой дисциплиной;

16) осуществляет меры по предупреждению, выявлению и разрешению конфликта интересов;

17) организует проведение оценки деятельности служащих (далее – оценка);

18) готовит предложения по совершенствованию деятельности государственного органа.

Статс-секретарю не могут передаваться полномочия по реализации отраслевых функций государственного органа, за исключением случаев замещения отсутствующего руководителя государственного органа.

Статс-секретарь подотчетен и ответствен:

1) перед Советом – за реализацию политики в сфере государственной гражданской службы;

2) перед руководителем государственного органа – за организацию деятельности государственного органа по достижению его целей и задач в рамках возложенных настоящим законом функций.

Оценка деятельности статс-секретаря проводится Советом ежегодно.

Ротация статс-секретаря проводится не чаще одного раза в три года. Уполномоченный государственный орган может внести предложение по ротации статс-секретаря до наступления срока ротации, если обстоятельства требуют применения мер такого рода, для предотвращения нанесения серьезного ущерба государственной гражданской службе.

Отбор на замещение вакантной должности статс-секретаря осуществляется Советом на конкурсной основе с учетом соответствия кандидата квалификационным требованиям.

При отборе кандидатов на должность статс-секретаря на заседание Совета приглашается руководитель государственного органа, который участвует в заседании Совета с правом совещательного голоса.

Статс-секретарь в государственных органах исполнительной власти назначается премьер-министром по представлению Совета с согласия руководителя государственного органа в течение пяти рабочих дней.

Премьер-министр вправе отклонить кандидатуру на должность статс-секретаря в случае несогласия руководителя государственного органа с последующим уведомлением Совета о необходимости проведения повторного конкурса.

При проведении повторного конкурса лицо, прошедшее по конкурсу, назначается премьер-министром по представлению Совета в течение пяти рабочих дней.

Статс-секретарь в государственных органах исполнительной власти освобождается от занимаемой должности премьер-министром:

1) по представлении Совета – с согласия руководителя государственного органа;

2) по представлении руководителя государственного органа – с согласия Совета.

Порядок назначения на должность, освобождения от должности статс-секретаря в других государственных органах определяется вышестоящим государственным органом (должностным лицом), в ведении которого находятся данные государственные органы в соответствии с процедурами, установленными настоящим законом.

Должность статс-секретаря могут занимать лица, имеющие высшее образование, стаж работы на главных должностях государственной и/

или муниципальной службы по совокупности не менее пяти лет или опыт руководящей работы в иных сферах деятельности не менее семи лет, но при одновременном наличии стажа работы на главных должностях государственной и/или муниципальной службы по совокупности не менее трех лет.

Положение о статс-секретаре разрабатывается Советом и утверждается Правительством.

На практике весьма часто встречаются интересные споры по вопросу кадрового, финансового, организационного, правового обеспечения деятельности государственной гражданской службы, а также спорные юридические коллизии и вопросы по аспектам замещения государственных административных должностей. Рассмотрим один из таких примеров, связанных с освобождением от должности статс-секретаря в судебной практике, в частности Решение Конституционной палаты Верховного Суда КР от 26 ноября 2013 г. по делу о проверке конституционности ст. 427 Трудового кодекса Кыргызской Республики в связи с обращениями граждан Токтоналиева Асана Саматовича и Чокморова Болотбека Сексенбешовича.

На наш взгляд, позиция Конституционной палаты ВС КР кажется нам совершенно правомерной и справедливой в отношении других руководящих работников, состоящих на государственной службе, в частности занимающих административные государственные должности, освобождение которых осуществляется распоряжением премьер-министра в порядке, определяемом законодательством, недопустимо введение ограничения права на судебное обжалование решений, принятых по вопросам их увольнения, изменения даты и формулировки причины увольнения, перевода на другую работу, оплаты за время вынужденного прогула или выполнения нижеоплачиваемой работы и наложения дисциплинарных взысканий.

Увольнение данной категории руководящих работников возможно исключительно по основаниям, определенным законодательством. В частности, такие государственные служащие, напротив, должны иметь гарантии независимости их деятельности от политических изменений в государстве, а выполнение ими своих профессиональных обязанностей должно носить аполитичный характер.

Аналогичный принцип должен действовать в отношении иных руководящих работников, входящих в номенклатуру должностей, на которые назначение, утверждение (освобождение) от должности осуществляется премьер-министром.

При таких обстоятельствах Конституционная палата считает, что ст. 427 Трудового кодекса соответствует Конституции в той мере, в какой эти законоположения имеют отношение к лицам, избираемым, утверждаемым, назначаемым на государственные политические должности Президентом, Жогорку Кенешем, премьер-министром в порядке, определяемом Конституцией. В отношении иных категорий руководящих работников, избрание, утверждение, назначение и освобождение ко-

торых законодательством отнесено к полномочиям Президента, Жогорку Кенеша, премьер-министра, ст. 427 Трудового кодекса не соответствует Конституции.

На основании вышеизложенного, руководствуясь ст. 46, 47, 48, 51, 52 Конституционного закона «О Конституционной палате Верховного Суда Кыргызской Республики», **Конституционная палата решила:**

1. Признать ст. 427 Трудового кодекса Кыргызской Республики соответствующей Конституции Кыргызской Республики в той мере, в какой эти законоположения имеют отношение к лицам, назначаемым, избираемым, утверждаемым Президентом Кыргызской Республики, Жогорку Кенешем Кыргызской Республики, премьер-министром Кыргызской Республики на политические должности в силу реализации ими полномочий, предусмотренных Конституцией.

2. Признать ст. 427 Трудового кодекса Кыргызской Республики не соответствующей Конституции Кыргызской Республики в той мере, в какой эти законоположения имеют отношение к лицам, занимающим административные государственные должности, а также иной категории руководящих работников, назначаемых Президентом Кыргызской Республики, Жогорку Кенешем Кыргызской Республики, премьер-министром Кыргызской Республики.

Анализ эффективности госслужбы свидетельствует о существующих в этой сфере системных проблемах. Ключевой из них является несоблюдение принципов стабильности, преемственности и профессионализма госслужбы. Как показывает практика, действующая законодательная база в области государственной службы во многом отстает от актуальных требований, предъявляемых к системе государственного управления.

Институт статс-секретарей в современных условиях должен сосредоточить свои усилия на обеспечении стабильности, несменяемости профессионального аппарата и внедрении стратегических подходов к организации деятельности государственного органа.

В прошедшие годы отдельные факты необоснованных увольнений госслужащих, занимающих административные должности, при смене политического руководства в министерствах и ведомствах республики свидетельствуют о том, что институт статс-секретарей не в полной мере оправдывает свое предназначение.

В результате в связи с конституционными изменениями назрела острая необходимость до внесения соответствующих изменений в законодательство принять эффективные меры, обеспечивающие реальную защиту всех административных госслужащих от произвольных, субъективных решений в кадровой сфере, а также преемственность и стабильность административного аппарата вне зависимости от политических взглядов и пристрастий руководства государственных органов.

В связи с необходимостью реализации принципов стабильности и преемственности профессиональной госслужбы, повышения эффективности госуправления, до законодательного урегулирования глава государства Указом Президента КР от 23 августа 2010 г. УП № 143 «Об усилении роли

и ответственности института статс-секретарей в сфере государственной службы»⁶ постановил: определить, что наряду с основными задачами, установленными законодательством КР, приоритетными направлениями деятельности статс-секретаря госоргана являются: реализация единой кадровой политики в госоргане; стратегическое планирование работы госоргана; анализ эффективности деятельности госоргана и разработка предложений по совершенствованию его работы, в том числе по структуре госоргана, исходя из стратегических целей, задач и функций госоргана; внедрение системы индикаторов мониторинга качества работы госслужащих и оценки достижения результатов; организация процесса повышения качества предоставления и доступности госуслуг, а также разработки соответствующих стандартов госуслуг; административное и организационное обеспечение деятельности госоргана; внедрение передовых управленческих технологий: стратегического менеджмента, электронного документооборота и электронного правительства.

Определено, что *статс-секретарь* в установленном законодательством порядке *по согласованию с руководителем госоргана: назначает* кандидатов на вакантные административные должности; *осуществляет перемещение и ротацию* госслужащих, занимающих административные должности.

Данным указом Президента предполагалось усилить роль статс-секретаря в части передачи права назначения на вакантные административные должности по итогам конкурсного отбора. До сих пор данные полномочия осуществлялись руководителем госоргана практически формально, так как в любом случае назначение на вакантные административные должности осуществлялось на основе и по итогам конкурсного отбора, ответственность за проведение которого возлагалась на статс-секретаря.

Данным указом Президента, одновременно с повышением роли, приняты меры и по усилению ответственности института статс-секретарей, а также в целях повышения ответственности института статс-секретарей предусмотрено: *определение ГКС КР ежегодного рейтинга деятельности статс-секретаря* на основе мониторинга качества, объема и прозрачности его работы, опроса госслужащих соответствующего госоргана и общественного мнения с последующим представлением информации в Совет по госслужбе; *инициирование ГКС КР* по согласованию с Советом по госслужбе: *служебных проверок* в отношении статс-секретаря в случаях поступления жалоб на его деятельность и публикации в средствах массовой информации порочащих его сведений; *незамедлительного отстранения* статс-секретаря от исполнения соответствующих обязанностей на период проведения служебного расследования, но не более чем на две недели; *применение Советом* по госслужбе *мер дисциплинарного взыскания в отношении статс-секрета-*

⁶ Об усилении роли и ответственности института статс-секретарей в сфере государственной службы : указ Президента КР от 23 августа 2010 г. УП № 143 // Слово Кыргызстана. 2010. 27 авг.

ря за ненадлежащую реализацию возложенных на него задач и функций; **освобождение статс-секретаря** от занимаемой должности в случае получения отрицательных результатов ежегодного рейтинга его деятельности; **освобождение статс-секретаря** от занимаемой должности в случаях грубого или неоднократного нарушения законодательства в сфере госслужбы и этических норм поведения госслужащего с лишением права занимать высшие и главные административные, а также политические и специальные государственные должности сроком на три года.

В целях эффективного использования потенциала статс-секретарей и снижения риска коррупции предусматривается межведомственная ротация или перемещение статс-секретарей по истечении трех лет со дня их назначения.

Кроме того, исключается смешение функций, отнесенных к административной должности статс-секретаря, с обязанностями руководителя госоргана и его заместителей, занимающих политические должности. То есть распределение курирования вопросов отраслевой политики осуществляется только между заместителями руководителя госоргана.

Отдельные нормы данного указа необходимо закрепить на законодательном уровне, в связи с этим необходимо внести указанные нормы по усилению полномочий статс-секретаря в соответствующие нормативные правовые акты, направленные на совершенствование законодательства в сфере государственной службы.

Для обеспечения прозрачности и объективности при проведении конкурсного отбора статс-секретарей разработаны процедура и методология оценки знаний и профессиональных навыков претендентов. Предусмотрены следующие виды испытаний: бланочное тестирование, интеллектуальный тест (IQ), практическое задание и два вида собеседования, проводимых конкурсной комиссией и Советом по госслужбе. Данные процедурные технологии помогают избежать субъективности в подборе кандидатов и достаточно полно определить степень их соответствия ответственной должности статс-секретаря.

В настоящее время встречаются такие случаи, когда министры и руководители ведомств, игнорируя статс-секретарей, распыляются на аппаратные и кадровые вопросы, самым негативным образом влияя на дееспособность аппарата. Сотрудники аппаратов после назначения нового руководителя находятся в «режиме ожидания», в состоянии неизвестности, депрессивности – останется он работать или нет. Заметно падает исполнительская дисциплина, профессиональный уровень. Новый руководитель министерства или ведомства набирает свою команду без учета норм закона, несмотря на то, что кадровые вопросы находятся в компетенции исключительно института статс-секретарей⁷.

⁷ См.: Чынгожоев А. Статс-секретарь – это высшая административная должность в госоргане // Кыргыз Туусу. 2009. 14 авг.

В целом институт статс-секретарей оправдывает свое предназначение. Там, где введена эта должность, наметилась реальная тенденция обеспечения преемственности и стабильности кадров в госуправлении. В частности, совершенствуется работа с управленческим персоналом, повысилась прозрачность и объективность кадровых назначений через конкурс, снижается текучесть кадров, более рационально проводится аттестация сотрудников аппарата, улучшается декларирование доходов госслужащих, налаживается обучение и повышение квалификации кадров.

Но терять бдительность и находиться в эйфории крайне преждевременно. Скажем откровенно, далеко не все наши министры готовы поделиться властью, не каждого устраивает, что в его аппарате есть независимая фигура, имеющая самостоятельные функции, которая стоит на страже интересов рядовых сотрудников. Приведем в пример беспрецедентный случай. На протяжении длительного времени министр юстиции М. Кайыпов упорно хотел избавиться от статс-секретаря за то, что тот постоянно призывал его соблюдать законодательство о госслужбе. Не найдя законных оснований, министр пошел на обходные маневры и сумел подписать у главы государства указ об исключении своего министерства из перечня, в которых учреждалась должность статс-секретаря⁸.

ГКС пришлось предпринять немало усилий по восстановлению должности статс-секретаря в данном госучреждении. По официальному обращению ГКС КР глава государства проявил политическую волю и отменил свой указ. Это политическое решение главы государства положительно повлияло на становление института статс-секретарей. Дело в том, что министр юстиции создал прецедент. Вслед за ним проекты указов аналогичного содержания уже подготовили некоторые другие министры и председатели комитетов. Указ главы государства остановил этот откатный процесс.

Президент КР, учитывая возникающие споры между министрами и статс-секретарями при реализации кадровой политики, высказал свою принципиально важную позицию. В частности, он отметил, что «имеются случаи, когда министры и руководители ведомств, игнорируя статс-секретарей, распыляются на аппаратные и кадровые вопросы, самым негативным образом влияя на дееспособность аппарата. Не секрет, что сотрудники аппаратов после назначения нового руководителя впадают в некую прострацию, невесомость. Министры начинают набирать свою команду, пренебрегая всеми нормами закона. И при этом непонятной остается позиция статс-секретаря. Требую раз и навсегда покончить с этой порочной практикой. Нужно исключить всякое волюнтаристское вмешательство в кадровые вопросы. Это прерогатива исключительно института статс-секретарей. Необходимо понимать, что статс-секретари, реализуя функции кадровой политики и руководства персоналом, фактически высвобожда-

⁸ Доклад директора Агентства КР по делам государственной службы Н. Токтоматова. URL: // http://www.csa.gov.kg/mdex.php?option=com_content&task=view&id=602&Itemid=58&lang=1251.

ют первым лицам время для концентрированного занятия проблемами соответствующей отрасли. Первые руководители должны заниматься проблемами и стратегией развития отрасли или региона»⁹.

Большой проблемой на практике является *не соответствующее установленным требованиям распределение обязанностей между руководителями и статс-секретарями государственных органов*.

В своем выступлении на состоявшейся 23 мая 2008 г. встрече со статс-секретарями госорганов Президент КР потребовал исключить всякое вмешательство в кадровые вопросы, являющиеся исключительной прерогативой института статс-секретарей, а также рассматривать любой факт отхода от норм Закона КР «О госслужбе». Вместе с тем полномочия статс-секретарей игнорируются министрами финансов, экономического развития и торговли КР, в результате чего они выполняют побочные и несвойственные им функции.

К примеру, согласно приказу Министерства экономического развития и торговли КР от 9 апреля 2008 г. № 72, в обязанности министра А. У. Жапарова включены вопросы «подбора и расстановки кадров в центральном аппарате, подведомственных органах и межрегиональных управлениях Министерства», применения к ним «мер поощрения», а также непосредственного руководства деятельностью Управления правовой поддержки и кадровой службы, в то время как данные обязанности входят в прерогативу статс-секретаря в соответствии с Положением «О статс-секретаре государственного органа КР», утвержденным постановлением Совета по госслужбе от 10 декабря 2004 г. № 4. При этом вышеупомянутым приказом за статс-секретарем закреплены вопросы «основных направлений единой государственной политики в области экономического развития, государственных программ и прогнозов социально-экономического развития страны, региональной политики, структурных и административных реформ, развития реального сектора экономики, мобилизационной подготовки экономики, анализа финансово-экономического положения республики и тенденций социально-экономического развития, экономического обоснования бюджетной политики и отдельных разделов расходов республиканского бюджета (бюджет развития)». Кроме того, согласно данному приказу статс-секретарь руководит деятельностью трех управлений центрального аппарата министерства, а также курирует межрегиональные управления министерства. Таким образом, вышеупомянутым приказом за министром фактически закреплены существенные функции и полномочия, определенные Положением «О статс-секретаре государственного органа КР», в то время как на статс-секретаря возложены функции, носящие политический характер.

Сходная ситуация наблюдается в Министерстве финансов КР, где согласно приказу от 23 сентября 2008 г. № 365/л министр принимает

⁹ Выступление Президента Кыргызской Республики на встрече со статс-секретарями государственных органов. 23.05.2008 // Интернет-сайт Президента КР. URL: <http://old.president.kg/press/vistup/3285/>

«решения по кадровым вопросам». Подобная формулировка не в полной мере соответствует вышеупомянутому Положению «О статс-секретаре государственного органа КР», которым, как предусмотрено данным приказом, руководствуется и координирует работу статс-секретарь.

В дополнение к приказу Министерства финансов КР от 29 октября 2008 г. № 391/л (который не был согласован со статс-секретарем), приказом министерства от 17 ноября 2008 г. № 404/л была утверждена штатная численность центрального аппарата министерства в количестве 325 единиц, а также отделу по работе с персоналом поручено совместно с руководителями структурных подразделений по согласованию с «курируемыми заместителями министра» производить укомплектование должностей в соответствии с Законом КР «О госслужбе» и трудовым законодательством. Данный приказ противоречит п. 6 вышеуказанного Положения «О статс-секретаре государственного органа КР», в соответствии с которым одной из основных задач статс-секретаря в госоргане является реализация единой государственной политики в сфере госслужбы. Следовательно, координация процесса укомплектования должностей входит в полномочия статс-секретаря. Вместо этого на него был возложен контроль за исполнением этого приказа¹⁰.

Известный эксперт в сфере госслужбы А. Болотбаев отмечает, что имеются различия в принципах менеджмента и лидерства. Менеджер не обязательно является лидером, а лидер не обязательно должен быть менеджером. Это существенное различие – политические назначенцы имеют большее тяготение к лидерству, у них больше стремления быть на виду, есть политические амбиции, они могут вести людей за счет использования эмоциональных и личностных факторов, импульсивности. Это относится не только к депутатам, руководителям политических партий, министрам, но и к заместителям министров. Статс-секретари по должности должны быть и менеджерами. Поэтому желательно при рассмотрении кандидатур, претендующих на должности статс-секретарей, отдавать предпочтение кандидатам с преобладающими качествами менеджеров. Они не будут выжидать своего времени, не будут стремиться занять политические должности. Статс-секретари должны решать текущие, рутинные задачи управления, согласованные с руководством¹¹.

Мы не согласны с мнением эксперта А. Болотбаева. На наш взгляд, при рассмотрении кандидатур, претендующих на должности статс-секретарей, необходимо отдавать предпочтение кандидатам не только с преобладающими качествами менеджеров, но и обладающими лидерскими качествами. Ведь статс-секретари должны не только решать текущие, рутинные задачи управления, согласованные с руководством, но и в раз-

¹⁰ Об итогах мониторинга по соблюдению государственными органами законодательства Кыргызской Республики о государственной службе за 2008 год : информация Агентства Кыргызской Республики по делам государственной службы к заседанию Правительства Кыргызской Республики // Текущий архив АГС КР.

¹¹ См.: *Болотбаев А.* Государственное управление в Кыргызстане : проблемы и пути их решения. Бишкек, 2007. С. 120.

решении сложных конфликтных случаев внутри коллектива показывать лидерские качества организатора, тонкого дипломата и хорошего психолога. Статс-секретарь при реализации единой государственной кадровой политики, обеспечении стабильности и преемственности кадров, если не будет обладать качествами и лидера, и менеджера, ему очень сложно будет организовать взаимодействие и решать вопросы с инстанциями как по горизонтали, так и по вертикали (руководитель госоргана, коллектив госоргана, с другими госорганами – Аппарат Правительства, ГКС КР, Аппарат Президента КР и др.).

Необходимо отметить, что статс-секретарь должен обладать высокими коммуникативными качествами. В частности, он должен взаимодействовать не только со своим министром, но также с премьер-министром, Аппаратом Правительства, Аппаратом Президента, Аппаратом своего министерства и Советом по госслужбе.

Деятельность государственных служащих и статс-секретарей, в частности, в современном обществе должна быть направлена на необходимость решения социокультурных проблем и противоречий духовной жизни общества, а именно: преодоление моральной деградации, безнравственности части населения, помощь в создании единой непротиворечивой картины общественных норм, ценностей, идеалов. Госслужба должна быть духовно-культурным ориентиром в обществе. Госслужащие и статс-секретари имеют возможность оказывать целенаправленное, регулирующее, организующее, контролирующее воздействие на поведение, сознание и мнение членов общества, культивируя высокие духовные, морально-нравственные качества. Статс-секретари должны быть людьми нового поколения, новой формации и активно внедрять ценности в государственных учреждениях¹².

Завершая анализ институционального становления нововведенной должности статс-секретарей, следует отметить, что на практике институт статс-секретарей позитивно проявил себя в обеспечении преемственности и стабильности кадров в госуправлении. Важно совершенствовать данный механизм и повышать его эффективность.

С учетом значимости института статс-секретарей в обеспечении качественного состава и эффективности деятельности аппарата госорганов **необходимо продолжить работу по совершенствованию оценки результативности деятельности статс-секретарей**, процедур и критериев их отбора.

В соответствии с принципом равного доступа граждан на государственную службу следует **законодательно запретить практику назначения лиц, исполняющих обязанности статс-секретарей**, до проведения конкурса на высшую административную государственную должность.

Как и в России, на статс-секретаря можно **возложить** дополнительные **функции по координации законотворческой работы** в сфере деятельности госоргана.

¹² См.: *Темирбаев К. Т.* Государственная служба Кыргызстана : становление, развитие и обновление. Бишкек, 2008. С. 112.

Существует необходимость **введения института статс-секретарей** не только в гражданских министерствах, госкомитетах, ведомствах, но и **в военных, правоохранительных и фискальных органах**. Как отмечает экс-директор Агентства по делам госслужбы КР Н. Токтомаатов, это соответствовало бы духу и букве Закона «О государственной службе», тем более именно в этих органах высокая текучесть кадров, нередко смена руководителей сопровождается не всегда обоснованными перемещениями офицерского и руководящего состава¹³. Следует также ввести должность статс-секретаря в других госорганах – Счетная палата, Финразведка, Центризбирком, Нацстатком, Аппарат омбудсмена, МВД, Минобороны, Государственная налоговая служба, Государственная таможенная служба, а также областные госадминистрации.

В целях обеспечения единой кадровой политики в системе государственной службы, деполитизации управления в условиях многопартийности и обеспечения преемственности в органах государственной власти необходимо **предусмотреть** возможность учреждения должности **статс-секретаря в Аппаратах Жогорку Кенеша КР, Верховного Суда КР и Правительства КР**.

Следует усилить меры, направленные на повышение квалификации образовательного и профессионального уровня **статс-секретарей**. Президент КР 23 мая 2008 г., выступая на встрече со статс-секретарями, отметил, что «в повседневной работе мы часто забываем о вопросе повышения потенциала самих статс-секретарей. Вы должны на личном примере показать стремление к профессионализму, компетентности и приверженности современным тенденциям. В связи с этим Агентство по делам госслужбы должно разработать целевую программу повышения квалификации статс-секретарей»¹⁴.

Необходимо **усилить** реальные организационные и законодательные **механизмы, предусматривающие подотчетность и ответственность статс-секретаря перед ГКС** в части реализации государственной кадровой политики в сфере госслужбы, так как это может предоставить статс-секретарю возможность занимать независимую позицию.

В этом случае можно согласиться с мнением известного эксперта в сфере госслужбы А. Болотбаева: необходимо уделить пристальное внимание обеспечению прозрачности, беспристрастности и честности при организации конкурса на должность статс-секретаря и вернуть доверие к реформе государственной службы. Это было бы большим демократическим прорывом, позволяющим каждому профессионально подготовленному и уверенному в себе кандидату участвовать в управлении государством¹⁵.

¹³ Доклад директора Агентства КР по делам государственной службы Н. Токтомаатова. URL: http://www.csa.gov.kg/mdex.php?option=com_content&task=view&id=602&Itemid=58&lang=1251

¹⁴ Выступление Президента Кыргызской Республики на встрече со статс-секретарями государственных органов. 23.05.2008 // Интернет-сайт Президента КР. URL: <http://old.president.kg/press/vistup/3285/>

¹⁵ См.: *Болотбаев А.* Государственное управление в Кыргызстане : проблемы и пути их решения. С. 121.

Серьезной проблемой в министерствах и ведомствах стало то, что полномочия между руководителями и статс-секретарями распределяются произвольно: глава министерства или ведомства занимается кадровой политикой, а статс-секретарь выполняет функции, которые, согласно Закону «О госслужбе», он не должен выполнять. Первым руководителям пора понять: при том, что именно они определяют политику своего ведомства в целом, кадровая политика является прерогативой статс-секретарей. В КР, к сожалению, статс-секретарь часто выполняет функции первого заместителя, занимаясь при этом чем угодно, но только не подготовкой кадрового резерва, организацией и проведением конкурсов на замещение вакансий. Многочисленных нарушений можно было бы избежать, если статс-секретари на должном уровне исполняли бы свои обязанности. Особенно важно, чтобы министры и руководители ведомств правильно понимали роль статс-секретаря и видели в них не конкурентов, посягающих на полномочия первых лиц, а людей, ответственных за строго определенный участок работы. Именно слаженная работа этих людей во многом определяет качество работы государственной машины в целом¹⁶.

Необходимо *усилить* реальные организационные и законодательные *механизмы, предусматривающие* выполнение статс-секретарем только прямых обязанностей, связанных с организацией работы по повышению эффективности деятельности государственных органов и обеспечению стабильности и преемственности кадров в госоргане.

Следует также внести изменения и дополнения в нормативные правовые акты с целью предусмотреть реальные правовые и организационные механизмы, передать все функции по кадровому и финансовому менеджменту от политических госслужащих (руководителей госорганов) статс-секретарям.

На наш взгляд, надо законодательно закрепить, что статс-секретарь госоргана должен обладать правом назначения, перемещения, служебного продвижения и освобождения служащих, занимающих административные государственные должности и управления финансовыми средствами на обеспечение деятельности госоргана. Указанные полномочия будут существенно содействовать обеспечению преемственности и стабильности кадров в госорганах, и госслужащие не будут бояться лишиться своей должности с приходом нового руководителя госоргана, что в некоторых случаях происходит в настоящее время.

¹⁶ См.: Керимкулов А. «Пряник» для чиновника // Слово Кыргызстана. 2009. 23 марта.

*Государственная служба миграции
при Правительстве Кыргызской Респу-
блики*

*Шерипов Н. Т., доктор юридических
наук, профессор, статс-секретарь
E-mail: Sheripov-kg@mail.ru
Тел.: 0-557-22-77-47*

*State Migration Service under the
Government of the Kyrgyz Republic*

*Scheripov N. T., Doctor of Legal Sciences,
Professor, Secretary of State
E-mail: Sheripov-kg@mail.ru
Tel.: 0-557-22-77-47*

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ПРОТОКОЛА
ОБ АДМИНИСТРАТИВНОМ ПРАВОНАРУШЕНИИ.
СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРОЦЕДУРЫ ЕГО СОСТАВЛЕНИЯ

А. В. Новиков

Конституционный Суд Российской Федерации

Поступила в редакцию 8 декабря 2016 г.

Аннотация: *определяется правовая природа протокола об административном правонарушении. Ее определение позволяет по-новому взглянуть на правовое регулирование данного института и выявить его дефекты. Предлагаются законодательные изменения и дополнения в законодательство об административных правонарушениях.*

Ключевые слова: *протокол об административном правонарушении, возбуждение дела об административном правонарушении, назначение административного наказания без составления протокола об административном правонарушении, сроки составления протокола об административном правонарушении.*

Abstract: *the article defines the legal nature of the protocol of administrative offense. Its definition allows to see a new way of legal regulation of this institute and identify its defects. The author offers legislative changes and additions of the legislation of administrative offenses.*

Key words: *the protocol of administrative offense, initiation of proceedings of administrative offense, imposition of administrative penalty without drawing up the protocol of an administrative offense, terms of drawing up the protocol of administrative offense.*

Протокол об административном правонарушении не ассоциируется в научном сообществе с актуальными проблемами административно-деликтного права. Соответствующее правовое регулирование в целом видится устоявшимся (даже несмотря на то что до сих пор подвергается изменениям), а практика его применения представляется сложившейся. Данная ситуация не предвещает радикальных преобразований института, но и не исключает углубления его научного осмысления, в том числе с целью совершенствования законодательства.

В административно-деликтной науке давно не обсуждаются какие-либо проблемы, связанные с составлением протокола об административном правонарушении. Ранее в качестве таковых рассматривались отсутствие единой типизированной формы протокола об административном правонарушении¹, «неполнота в решении вопроса о правовых последствиях

¹ См., например: Шевцов А. В. Реализация законодательства субъектов Российской Федерации об административной ответственности : правотворчество и правоприменение // Административное право и процесс. 2009. № 1. С. 23–26 ; Масленников М. Я. О легитимности некоторых положений в региональных законах об административной ответственности // Административный процесс : теория и практика / отв. ред. А. С. Дугенец. М., 2008. С. 233–245.

составления протокола об административном правонарушении неправомочным лицом»² и др. В настоящее время лишь изредка встречаются материалы, затрагивающие те или иные аспекты, связанные с составлением протокола об административном правонарушении³. Это свидетельствует о том, что данный институт не расценивался и не расценивается в качестве безупречного.

На современном этапе развития административно-деликтного права научных работ, непосредственно посвященных важнейшему вопросу, касающемуся протокола об административном правонарушении, определения правовой природы данного акта нет. Однако косвенно его научное осмысление, конечно, ведется. В частности, М. Я. Масленников отмечал, что «протокол об административном правонарушении является не только способом первичной фиксации неправомерного деяния, имеющего признаки административного правонарушения, но при определенных обстоятельствах обоснованно называется обвинительным актом и даже источником доказательств по соответствующему делу»⁴.

Выявление правовой природы протокола об административном правонарушении возможно посредством анализа правовых норм, образующих данный институт. К числу таких норм следует отнести, прежде всего, положения ст. 28.2 «Протокол об административном правонарушении», 28.3 «Должностные лица, уполномоченные составлять протоколы об административных правонарушениях», 28.5 «Сроки составления протокола об административном правонарушении» и 28.6 «Назначение административного наказания без составления протокола» КоАП РФ. Однако функциональное предназначение института – суть его правовой природы – позволяет раскрыть содержание иных норм указанного кодекса.

В частности, в соответствии с ч. 1 и 2 ст. 26.2 КоАП РФ протокол об административном правонарушении (наряду с иными протоколами, составляемыми в ходе производства по делу) является документом, устанавливающим фактические данные, на основании которых судья, орган, должностное лицо, в производстве которых находится дело, определяют наличие или отсутствие события административного правонарушения, виновность лица, привлекаемого к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного раз-

² Масленников М. Я. Процессуально-правовые аспекты региональных законов об административной ответственности // Административный процесс : теория и практика / отв. ред. А. С. Дугенец, М., 2008. С. 221–233.

³ См.: Лиховенков С. И., Шельяков А. А. К вопросу о сроках составления протокола об административном правонарушении // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права : материалы ежегодной Всероссийской науч.-практ. конф. (Сорокинские чтения) (25 марта 2016 г.) : в 3 т. СПб., 2016. Т. 2. С. 197–201.

⁴ Масленников М. Я. Федеральное и региональное законодательство о протоколе об административном правонарушении // Административный процесс : теория и практика / отв. ред. А. С. Дугенец, М., 2008. С. 90.

решения дела (доказательства)⁵. Причем полагаем, что по смыслу взаимосвязанных положений ст. 26.1, ч. 2 ст. 28.2 и ч. 1 ст. 29.10 КоАП РФ в протоколе об административном правонарушении должны быть отражены данные, необходимые и достаточные для рассмотрения дела об этом правонарушении.

Кроме того, как следует из отдельных положений указанного кодекса, протокол об административном правонарушении как процессуальный акт может содержать объяснения лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показания потерпевшего и свидетелей (ч. 2 ст. 26.3), запись о применении соответствующей меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении: доставлении (ч. 3 ст. 27.2) или об изъятии водительского удостоверения, удостоверения тракториста-машиниста (тракториста), удостоверения судоводителя, удостоверения пилота (ч. 5 ст. 27.10). В протоколе об административном правонарушении может быть также сделана запись о наличии вещественных доказательств, приобщенных к делу об административном правонарушении (ч. 2 ст. 26.6). Наряду с этим в указанном акте отражаются показания специальных технических средств (за исключением случая вынесения постановления по делу об административном правонарушении, событие которого зафиксировано работающими в автоматическом режиме специальными техническими средствами (ч. 2 ст. 26.8), поскольку при этом названный протокол вовсе не составляется в силу предписаний ч. 3 ст. 28.6).

Таким образом, протокол об административном правонарушении, будучи документом, фиксирующим информацию (включая объяснения и показания участников производства по делу, а также сведения о принятии отдельных обеспечительных мер), на основании которой разрешается дело об административном правонарушении, имеет доказательственное значение для административно-деликтного процесса. Однако этой ролью не исчерпывается функциональное назначение указанного протокола в производстве по делам об административных правонарушениях.

Допущение законодателем возможности внесения в протокол об административном правонарушении записи о применении обеспечительных мер означает, что, помимо прочего, указанный акт предназначен для фиксации совершения соответствующих процессуальных действий, и тем самым призван обеспечить законность применения указанных мер административного принуждения, что является одним из принципов законодательства об административных правонарушениях (ст. 1.6 КоАП РФ).

⁵ В рамках данного исследования не представляется целесообразным рассматривать вопрос о соотношении понятий «доказательство» и «источник доказательств», поскольку этот вопрос носит частный характер и результаты его углубленного освещения принципиально не могут повлиять на правильность определения правовой природы протокола об административном правонарушении. Поэтому в указанной части будем придерживаться терминологии законодательства, не подвергая ее сомнению.

Из анализа вышеуказанных законоположений можно выявить еще одну функцию протокола об административном правонарушении, на которой не акцентируется внимание ни в одной норме рассматриваемого кодекса, однако осуществление которой подразумевается, а ее важность и необходимость для производства по делу об административном правонарушении – очевидны. Протокол об административном правонарушении определяет специально-правовой статус лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении. Законодательство об административных правонарушениях не предусматривает принятия специального решения о признании за конкретным лицом того или иного процессуального статуса. Фиксируя же объяснения лица, привлекаемого к административной ответственности, показания потерпевшего и (или) свидетелей в протоколе об административном правонарушении, а также разъясняя при его составлении указанным участникам их права и обязанности (ч. 3 ст. 28.2 КоАП РФ), должностное лицо тем самым закрепляет процессуальный статус названных лиц. Полагаем, что это вполне можно рассматривать в качестве отдельной функции названного протокола.

Стремление определить правовую природу института и его функции не позволяет проигнорировать п. 3 ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ, предусматривающий в качестве одного из фактических обстоятельств, с которым законодатель связывает возбуждение дела об административном правонарушении, момент составления протокола об административном правонарушении. Следовательно, данный протокол в ряде случаев выполняет функцию возбуждения дела об административном правонарушении.

Наряду с этим ст. 28.8 «Направление протокола (постановления прокурора) об административном правонарушении для рассмотрения дела об административном правонарушении» КоАП РФ ориентирует на восприятие протокола об административном правонарушении как итогового акта стадии возбуждения дела об административном правонарушении, который должен содержать все данные, необходимые для разрешения дела судьей, органом, должностным лицом, которым он направляется со всеми материалами дела для его рассмотрения. Это позволяет выделить обвинительную функцию протокола об административном правонарушении, который, по сути, – пользуясь терминологией уголовно-процессуального законодательства, – выступает в качестве «обвинительного заключения».

К аналогичному выводу (о выполнении протоколом об административном правонарушении обвинительной функции) можно прийти путем оценки норм ст. 28.2 КоАП РФ, по смыслу которых протокол об административном правонарушении должен составляться в присутствии лица, в отношении которого возбуждается дело (его законного представителя)⁶.

⁶ В нормах указанной статьи, а также в ряде иных статей данного кодекса (к примеру, 28.7, 30.8 и 31.8) в качестве субъекта права законодатель называет «физическое лицо или законного представителя юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении (ведется производство по делу)». В других статьях данного кодекса (к примеру, 29.3 и 29.11) законодатель в качестве субъекта права рассматривает «физическое лицо

Так, лицу, в отношении которого составляется данный протокол, должна быть предоставлена возможность ознакомления с ним, в том числе для того, чтобы оно могло реализовать право представлять объяснения и замечания по содержанию протокола, которые прилагаются к нему (ч. 4). Допустив возможность составления протокола об административном правонарушении в отсутствие лица, в отношении которого возбуждается дело, законодатель вместе с тем предусмотрел обязанность направления копии данного протокола названному лицу (ч. 4.1). При этом по общему правилу физическому лицу или законному представителю юридического лица, в отношении которых возбуждено дело об административном правонарушении, вручается под расписку копия протокола об административном правонарушении (ч. 6).

или законного представителя физического лица, или законного представителя юридического лица, в отношении которых ведется производство по делу об административном правонарушении». Таким образом, полагаем, что в названном кодексе прослеживается терминологическая непоследовательность. Данный кодекс, как и любой иной нормативный акт, безусловно, должен оперировать выверенными формулировками. Применительно к выявленному понятийному расхождению приведем следующие размышления, по окончании которых предложим вариант универсального наименования субъекта специальных прав, указанных в перечисленных законоположениях. Очевидно, что юридическое лицо как субъект административной ответственности может реализовать свои права участника производства по делу об административном правонарушении только посредством действий его представителей: защитника или законного представителя. Физическое же лицо, привлекаемое к административной ответственности, может реализовать свои соответствующие специальные права как самостоятельно, так и посредством защитника и законного представителя. При этом в силу ч. 1 ст. 25.3 КоАП РФ законные представители осуществляют защиту прав и законных интересов физического лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, когда такое лицо является несовершеннолетним либо по своему физическому или психическому состоянию лишено возможности самостоятельно реализовать свои права. Это означает, что в указанных случаях самостоятельное осуществление прав физическим лицом недопустимо, т.е. совершенные им самим действия в рамках производства по делу об административном правонарушении должны считаться ничтожными, а собранные материалы дела – протоколы совершения процессуальных действий, составляемые при участии данного лица, которое в силу закона ознакомливается со своими правами при их составлении, а также расписывается в таких документах, – должны расцениваться как недопустимые доказательства. Таким образом, физическое лицо, привлекаемое к административной ответственности, в исключительных случаях (в отличие от юридического лица, которое во всяком случае) осуществляет свои права только посредством участия в деле его законного представителя. Поэтому используемая законодателем в норме ст. 28.2 КоАП РФ юридико-техническая конструкция «физическое лицо или законного представителя юридического лица» представляется некорректной, причем даже в том случае, если она была бы универсальной для норм этого кодекса. Более точно смысл норм передавала бы формулировка «лицо, привлекаемое к административной ответственности (или в отношении которого возбуждается дело об административном правонарушении), его законному представителю».

Перечисленные обязанности должностного лица, составляющего протокол об административном правонарушении, проистекают в конечном итоге из права каждого на судебную защиту, которое в соответствии с Конституцией РФ отнесено к числу основных неотчуждаемых прав (ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 46) и которое одновременно, как многократно подчеркивал Конституционный Суд РФ, выступает гарантией всех других прав и свобод (постановления от 25 марта 2014 г. № 8-П, от 18 ноября 2014 г. № 30-П, от 18 мая 2015 г. № 10-П, от 20 октября 2015 г. № 27-П, от 15 февраля 2016 г. № 3-П и др.). В интересующем же нас ключе – применительно к сфере публичного преследования лица – содержание данного права раскрыто в ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. В силу подп. «а» п. 3 указанной статьи каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления имеет право быть незамедлительно и подробно уведомленным на понятном ему языке о характере и основании предъявленного ему обвинения⁷.

Кроме того, косвенно об обвинительном характере протокола об административном правонарушении свидетельствуют положения ст. 28.5 «Сроки составления протокола об административном правонарушении» КоАП РФ, по смыслу которых, выявленному в том числе исходя из их взаимосвязи с положениями ст. 28.7 указанного кодекса (к ним отсылает ч. 3 ст. 28.5), протокол об административном правонарушении составляется тогда, когда уполномоченным на его составление должностным лицом получены все данные, позволяющие рассмотреть дело по существу. По сути, в нем отражаются все элементы состава административного правонарушения. Причем такие данные могут быть получены сразу при выявлении совершения административного правонарушения.

Таким образом, обзор указанных законоположений позволяет резюмировать, что в административно-деликтном механизме протокол об административном правонарушении связан с выполнением как минимум пяти функций, а именно: составление протокола об административном правонарушении обусловлено необходимостью, во-первых, возбуждения дела об административном правонарушении; во-вторых, доказывания наличия состава административного правонарушения в деянии конкрет-

⁷ Не имеет смысла отдельно останавливаться на критериях разграничения уголовных деликтов (преступлений) от административных деликтов (правонарушений), которых придерживается в своей практике Европейский суд по правам человека. Научной общественности и правоприменителю известно, что можно выделить, по крайней мере, отдельную категорию административных правонарушений, на которую в силу указанных критериев должны распространяться конвенционные гарантии, установленные для сферы уголовного преследования лиц. Так называемые «критерии Энгеля» раскрываются во многих научных работах (см.: *Панкова О. В.* Рассмотрение в судах общей юрисдикции дел об административных правонарушениях / под ред. О. А. Егоровой. М., 2014 ; *Панова И. В.* Административное право в актах Европейского суда по правам человека // Закон. 2012. № 2. С. 35–48 ; *Головки Л. В.* Соотношение уголовных преступлений и административных правонарушений в контексте концепции criminal matter (уголовной сферы) // Международное правосудие. 2013. № 1. С. 42–52 ; и др.).

ного лица; в-третьих, определения административно-деликтного процессуального статуса лиц, участвующих в производстве по делу об административном правонарушении; в-четвертых, фиксирования применения обеспечительных мер (если законодательство об административном правонарушении допускает возможность внесения соответствующей записи в указанный протокол); в-пятых, предъявления обвинения лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении.

Возможность выполнения перечисленных функций, важнейших для административно-деликтного процесса, посредством составления протокола об административном правонарушении предопределяет центральное место данного акта на стадии возбуждения дела.

Между тем логика дальнейших рассуждений заставляет задуматься над вопросом, насколько крепко связано выполнение указанных функций с составлением протокола об административном правонарушении. Для ответа на этот вопрос рассмотрим, возможно ли осуществление каждой из названных функций иным образом, чем посредством составления протокола об административном правонарушении.

Итак, в соответствии с ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ дело об административном правонарушении считается возбужденным как с момента составления протокола об административном правонарушении (п. 3), так и с момента составления протокола осмотра места совершения административного правонарушения (п. 1) или составления первого протокола о применении мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении (п. 2), или вынесение прокурором постановления о возбуждении дела об административном правонарушении (п. 3), или вынесения определения о возбуждении дела об административном правонарушении при необходимости проведения административного расследования (п. 4), или вынесения постановления по делу об административном правонарушении в случае, предусмотренном ч. 1 или 3 ст. 28.6 указанного кодекса (п. 6). Это означает, что не всякое дело об административном правонарушении возбуждается протоколом об административном правонарушении.

По смыслу ч. 1 и 2 ст. 26.2 КоАП РФ фактические данные, позволяющие определить обстоятельства, подлежащие выяснению по делу об административном правонарушении, устанавливаются всеми протоколами, составление которых предусмотрено названным Кодексом, объяснениями лица, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, показаниями потерпевшего, свидетелей, заключениями эксперта, иными документами, а также показаниями специальных технических средств, вещественными доказательствами. Следовательно, протокол об административном правонарушении не является единственным документом, имеющим доказательственное значение в административно-деликтном процессе. Более того, законодательство об административных правонарушениях допускает возможность рассмотрения дела об административном правонарушении вообще без сбора доказательств – в случае, если очевидцем административного

правонарушения, совершенного физическим лицом, явилось должностное лицо, уполномоченное рассматривать дело о таком правонарушении (ч. 1 ст. 28.6 указанного кодекса)⁸.

Учитывая, что в исключительных случаях дело об административном правонарушении может быть возбуждено самим постановлением, то определение статуса лиц как участников производства по делу об административном правонарушении в этих случаях осуществляется данным процессуальным актом. Поэтому нельзя сделать вывод, что протокол об административном правонарушении неразрывно связан с выполнением соответствующей функции.

Что касается необходимости зафиксировать применение обеспечительных мер, то в случаях, когда законодатель допускает возможность сделать соответствующую запись в протоколе об административном правонарушении, им же предусмотрена альтернатива в виде составления отдельного протокола о применении конкретной обеспечительной меры или возможности сделать надлежащую запись в иных протоколах (ч. 3 ст. 27.2 и ч. 5 ст. 27.10 КоАП РФ). Соответственно, и функция гарантирования законности в части удостоверения совершения процессуальных действий (применения мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях) вполне разрешима без составления протокола об административном правонарушении.

Обвинительная функция протокола об административном правонарушении, связанная, как указывалось ранее, с правом на судебную защиту, очевидно, не может быть осуществлена каким-либо иным образом в случае, если дело об административном правонарушении рассматривается судом, органом или должностным лицом, не возбуждающим соответствующее дело. Однако такая необходимость возникает только по указанной категории дел об административных правонарушениях. Многие же дела возбуждаются теми должностными лицами, в компетенцию которых входит и их рассмотрение, что исключает абсолютизацию значения протокола об административном правонарушении как обвинительного акта.

Таким образом, осуществление ни одной из выявленных функций не связано неразрывно с составлением протокола об административном правонарушении, т.е. их выполнение возможно без составления данного протокола. Вместе с тем можно утверждать, что из перечисленных функций выделяется одна приоритетная функция – обвинительная, а иные все-таки носят второстепенный характер. При этом подчеркнем, что протокол об административном правонарушении не может рассматриваться как незаменимый процессуальный акт административно-деликтного механизма, обеспечивающий его функционирование. При производстве по одним делам указанный протокол может обеспечить осуществление всех поименованных функций, а производство по другим делам может

⁸ Полагаем, что в данном случае, несмотря на то что сбор доказательств не осуществляется, они все же имеются. Фактически в качестве таковых презюмируются «показания» должностного лица-свидетеля.

обойтись без составления данного протокола. Такая «гибкая» правовая природа протокола открывает большие просторы для нормативного маневрирования. Для того чтобы определить оптимальное правовое регулирование института, необходимо оценить его нормы сквозь призму названных функций и универсального принципа процессуальной экономии, предполагающем установление таких гарантий, которые обеспечили бы наиболее полное осуществление прав участников производства по делам об административных правонарушениях, наименее обременительным образом для правоохранительной системы⁹.

В связи с изложенным непременно следует напомнить, что Конституционный Суд РФ неоднократно указывал: цели одной только рациональной организации деятельности органов власти не могут служить основанием для ограничения прав и свобод (постановления от 7 июня 2012 г. № 14-П, от 20 июля 2012 г. № 20-П, от 13 мая 2014 г. № 14-П, от 16 апреля 2015 г. № 8-П, от 14 мая 2015 г. № 9-П и др.).

Под ограничениями прав и свобод вполне можно понимать отсутствие надлежащих гарантий их реализации. По смыслу приведенной правовой позиции Суда рационализировать организацию деятельности органов власти можно в той мере, в какой это не приводит к ограничению прав и свобод граждан, т.е. оптимизация деятельности органов власти, преследующая цель – только увеличение эффективности работы этих органов, не может осуществляться в ущерб названным конституционным ценностям. В противном случае соответствующие меры следует расценивать в качестве нарушения прав и свобод граждан. В то же время из этого также следует, что оптимизация деятельности органов власти за счет устранения иллюзорных гарантий прав и свобод граждан не может рассматриваться как нарушение этих прав и свобод.

Полученные результаты теоретических рассуждений о правовой природе протокола об административном правонарушении позволяют по-новому взглянуть на отдельные нормы данного института, для того чтобы выявить потенциал совершенствования законодательства. Наиболее перспективными в этом отношении представляются положения ст. 28.6 КоАП РФ, устанавливающие случаи назначения административного наказания без составления протокола. Указанная статья предусматрива-

⁹ Полагаем, что общество обязано заботиться о сокращении издержек, связанных с деятельностью представителей власти, при неукоснительном соблюдении со стороны последних прав и свобод граждан. При этом уровень процессуальных гарантий не должен быть чрезвычайно широк. Максимально возможная гарантированность может привести к снижению эффективности правоохранительной деятельности или даже ее фактической «парализации». Применительно к производству по делам об административных правонарушениях полагаем, что принцип процессуальной экономии означает необходимую и достаточную гарантированность процессуальных прав участников производства по делам об административных правонарушениях и одновременно обеспеченность эффективного решения задач, стоящих перед данным производством. Отсюда очевидно, что нормы, представляющие собой мнимые гарантии прав, – излишни.

ет два таких случая. Во-первых, в силу ч. 3 названной статьи протокол об административном правонарушении не составляется при выявлении административного правонарушения в области дорожного движения (глава 12 КоАП РФ) или административного правонарушения в области благоустройства территории, предусмотренного законом субъекта РФ, совершенных с использованием транспортного средства либо собственником или иным владельцем земельного участка либо другого объекта недвижимости, зафиксированных с применением работающих в автоматическом режиме специальных технических средств.

Напомним, что изначально особый механизм, частью которого является приведенное законоположение, был рассчитан на применение только за один вид правонарушений – правонарушения в области дорожного движения – и специального субъекта данных правонарушений – собственников (владельцев) транспортных средств. Впоследствии такой механизм был распространен на правонарушения в области благоустройства территории, совершенные собственниками или иными владельцами земельных участков либо других объектов недвижимости.

Таким образом, следует констатировать, что в законодательстве об административных правонарушениях выявляется тенденция к упрощению процедуры привлечения к административной ответственности некоторых специальных субъектов за административные правонарушения, событие которых установлено показаниями специальных технических средств. Это в какой-то мере позволяет говорить об общем правиле, допускающем не составлять протокол об административном правонарушении и выносить постановление по делу об административном правонарушении без участия лица, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, при установлении события правонарушения показаниями специальных технических средств, т.е. если его совершение подтверждено объективно и не вызывает сомнений в причастности к этому конкретному лицу.

Вторым случаем назначения административного наказания без составления протокола является вынесение постановления по делу об административном правонарушении уполномоченным на то должностным лицом на месте совершения физическим лицом административного правонарушения. Особенности данного назначения административного наказания определяют ч. 1 и 2 ст. 28.6 КоАП РФ. По смыслу указанных законоположений такое назначение осуществляется в том случае, если должностное лицо явилось свидетелем совершения физическим лицом административного правонарушения, рассмотрение которого подведомственно ему. Указанные законоположения претерпели несколько правок. Их предыдущая редакция порождала неопределенность в вопросе о том, когда следует составлять протокол об административном правонарушении, если лицо, привлекаемое к административной ответственности, оспаривает наличие события административного правонарушения и (или) назначенное ему административное наказание: до вынесения постановления или после его вынесения. Действующая редакция ч. 2

ст. 28.6 КоАП РФ такую неопределенность устранила, уточнив, что в этом случае протокол приобщается к вынесенному постановлению. В связи с этим вполне обоснованно задаться вопросом, зачем составлять протокол об административном правонарушении после вынесения постановления по делу об административном правонарушении? Ответ на данный вопрос легко получить, оценив, выполняется ли в данном случае протоколом об административном правонарушении какая-либо функция в административно-деликтном механизме. Учитывая, что, как отмечалось ранее, протокол об административном правонарушении – основной процессуальный акт, принимаемый на стадии возбуждения дела, – и соответственно, все функции, которые он может выполнять в производстве по делу об административном правонарушении, связаны именно с этой стадией, то составление указанного протокола после рассмотрения дела в принципе функционально избыточно. Какую-либо необходимость в совершении такого процессуального действия с точки зрения тех функций, на выполнения которых оно рассчитано, даже гипотетически трудно вообразить.

Более детальный функциональный разбор данного процессуального действия приводит к такому же выводу. Так, во-первых, в рассматриваемом случае в силу п. 6 ч. 4 ст. 28.1 КоАП РФ дело об административном правонарушении считается возбужденным с момента вынесения постановления, т.е. составление протокола после вынесения постановления не может выполнять функцию возбуждения дела не только по логическим соображениям, но и в силу прямого указания закона. Во-вторых, выполнение обвинительной функции также не осуществляется: лицо при вынесении постановления уже осведомлено о том, что, по мнению должностного лица, в его действиях содержится тот или иной состав административного правонарушения. Кроме того, характер и основания предъявленного обвинения, как правило, очевидны для лица, привлекаемого к административной ответственности, исходя из понимания той ситуации, в которой действует должностное лицо; в-третьих, лицо, в отношении которого ведется производство по делу, осведомлено о своем статусе. В-четвертых, доказательственное значение протокола об административном правонарушении фиктивно после установления всех обстоятельств дела в постановлении. Причем полагаем, что нет оснований рассчитывать на то, что составленный протокол и вынесенное постановление одним и тем же должностным лицом в одно и то же время независимо от последовательности совершения процессуального действия и принятия процессуального решения будут содержать различные данные, имеющие значение для правильного разрешения дела. В-пятых, возложение на должностное лицо обязанности составить протокол об административном правонарушении после назначения административного наказания явно не обусловлено необходимостью удостоверить применение обеспечительной меры.

Что же касается возможности указания в протоколе об административном правонарушении объяснений лица, привлекаемого к административной ответственности, а также показаний потерпевшего и свиде-

телей, то они не обязательно должны содержаться в данном протоколе. Такие объяснения и показания могут быть как отражены в самом постановлении, так и приобщены к нему в виде отдельного документа, составленного в произвольной форме и подписанного соответствующим физическим лицом.

Таким образом, составление протокола об административном правонарушении в рассматриваемом случае является обременительной формальностью, не представляющей каких-либо гарантий прав участников производства по делам об административных правонарушениях, и не связанной с выполнением ни одной из функций, обусловленных правовой природой данного протокола. В этом случае составление протокола об административном правонарушении также не способствует правильному разрешению дела (оно уже рассмотрено).

Следовательно, полное отступление от обязанности составлять протокол об административном правонарушении после назначения административного наказания в случае, когда лицо выражает несогласие с наличием события административного правонарушения и (или) назначенным ему административным наказанием, будет являться мерой по оптимизации деятельности органов власти способом, не влекущим ущемление прав и свобод граждан. Поэтому предлагаем устранить обязанность должностного лица составлять протокол об административном правонарушении после вынесения постановления непосредственно на месте совершения физическим лицом административного правонарушения.

Для того чтобы увидеть более широкие перспективы совершенствования процедуры привлечения к административной ответственности без составления протокола об административном правонарушении, необходимо оценить, допустима ли такая процедура в принципе, насколько она справедлива. Не вдаваясь в глубокие размышления, данную процедуру оцениваем положительно. В условиях, когда должностное лицо, уполномоченное возбуждать дело об административном правонарушении и рассматривать его, располагает данными, необходимыми и достаточными для оперативного разрешения дела, понуждать его к составлению процессуальных актов, содержание которых сразу может быть воспроизведено в итоговом акте по делу – постановлении, бессмысленно. Аналогичную оценку можно дать и той ситуации, когда указанное должностное лицо получает данные о событии административного правонарушения не только благодаря тому, что оно находится непосредственно на месте и в момент его совершения, но и в результате ранее совершенных действий как процессуальных (в частности, применение обеспечительных мер), так и связанных с проведением контрольно-надзорных мероприятий (проверок). Причем для производства по делу об административном правонарушении придание доказательственного значения данным, содержащимся в материалах, касающихся указанных мероприятий, путем их воспроизведения (дублирования) в процессуальных актах (протоколах) не требуется, поскольку такие материалы, будучи документами, признаются доказательствами (ч. 1 ст. 26.7 КоАП РФ).

Важно отметить, что законодательство об административных правонарушениях допускает возможность составления протокола об административном правонарушении и вынесение постановления по делу об административном правонарушении в один и тот же день одним и тем же должностным лицом. Полагаем ошибочным утверждение Н. А. Берлада, что «арбитражная практика единодушно делает вывод о том, что составление в один день протокола и постановления по делу об административном правонарушении является грубейшим нарушением Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях»¹⁰. Как следует из содержания статьи, такое утверждение сделано на основании того, что «административным органом должен быть представлен разумный срок, позволяющий лицу, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, принять участие в рассмотрении дела»¹¹. Бесспорно, что право на защиту неумолимо. Добавим, что право на получение квалифицированной юридической помощи гарантируется Конституцией РФ (ч. 1 ст. 48). Оно наиболее тесным образом сопряжено с правом на судебную защиту и, более того, оно производно от него. Напомним, что в соответствии с подп. «б» п. 3 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления должен иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты.

Кстати, вопрос о том, не оказывается ли физическое лицо, привлекаемое к административной ответственности в особом порядке (на месте совершения правонарушения), лишенным права на пользование помощью защитника, ставился перед Конституционным Судом РФ. В частности, заявитель утверждал, что ч. 1 и 2 ст. 28.6 КоАП РФ ограничивают право граждан на получение квалифицированной юридической помощи при привлечении их к административной ответственности, поскольку не позволяют должностному лицу при наличии ходатайства о приглашении адвоката принять решение об отложении вынесения соответствующего постановления, и тем самым противоречат ст. 48 (ч. 1) Конституции РФ. Отказав в принятии к рассмотрению данного обращения, Конституционный Суд РФ указал, что правовое регулирование порядка привлечения к административной ответственности во многом предопределяется тем, что большинство административных правонарушений – в сравнении с запрещенными уголовным законом деяниями – представляют собой деяния, которые характеризуются невысокой степенью общественной опасности, влекут менее строгие меры ответственности и имеют для граждан не столь значительные негативные последствия, но при этом носят массовый характер. Мотивируя свое решение, Конституционный Суд РФ напомнил, что в постановлении от 16 июня 2009 г. № 9-П применитель-

¹⁰ Берлад Н. А. Является ли нарушением со стороны административного органа составление в один день протокола и постановления о привлечении к административной ответственности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей? // Административное право. 2011. № 3. С. 63.

¹¹ Там же. С. 63.

но к производству по делам об административных правонарушениях отмечалось, что федеральный законодатель вправе определять пределы целесообразности публичного преследования таким образом, чтобы обеспечить наряду с эффективной государственной, в том числе судебной, защитой прав граждан процессуальную экономию, оперативность при рассмотрении дел и профилактику правонарушений. Поскольку административные правонарушения в области дорожного движения носят массовый характер, – указал Суд, – и в силу конкретных обстоятельств таких дел, непредоставление адвоката непосредственно на этапе привлечения к административной ответственности (т.е. составления протокола и вынесения постановления по делу об административном правонарушении) не нарушает конституционных прав граждан, поскольку в указанных случаях граждане не лишены возможности обратиться к помощи адвоката для защиты своих прав в суде (определение от 2 июля 2015 г. № 1536-О).

Очевидно, исходя из фактических обстоятельств дела заявителя, Конституционный Суд РФ сформулировал приведенную правовую позицию применительно к отдельной категории дел об административных правонарушениях – делам об административных правонарушениях в области дорожного движения. Однако обоснование выводов Суда позволяет расширительно толковать данную правовую позицию и рассматривать скорое рассмотрение дела об административном правонарушении (на месте совершения правонарушения) без составления протокола об административном правонарушении как конституционно приемлемую правовую процедуру. Хотя, по сути, в указанном деле был решен вопрос не столько о допустимости несоставления протокола об административном правонарушении, сколько о допустимости затрагивания прав граждан самой возможностью оперативного рассмотрения дела. Понятно, что абсолютизация права на помощь защитника по определенной категории дел об административных правонарушениях могла бы привести к фиктивности норм, предусматривающих назначение административного наказания без составления протокола об административном правонарушении, и явному дисбалансу в ущерб решения задач, стоящих перед производством по делам об административных правонарушениях (ст. 24.1 КоАП РФ). Вероятно, что в большинстве случаев намерение воспользоваться помощью защитника было бы обусловлено стремлением затянуть рассмотрение дела, чем действительной необходимостью в получении квалифицированной юридической помощи. Подчеркнем, непредоставление защитника лицу, привлекаемому к административной ответственности должностным лицом, не свидетельствует об утрате им права на защиту. Оно в полной мере гарантируется при судебном разбирательстве дела.

Затронув практику конституционного правосудия, не лишне заметить применительно к теме исследования, что Конституционный Суд РФ не усматривает нарушение Конституции РФ в том, что одно и то же должностное лицо может возбуждать и рассматривать дело об административном правонарушении (определение от 23 апреля 2013 г. № 630-О).

Но даже без учета изложенного, мы убеждены в том, что КоАП РФ позволяет в один день составить протокол об административном правонарушении и вынести постановление по делу об административном правонарушении без ущемления права лица, привлекаемого к административной ответственности, на защиту. В частности, должностное лицо, будучи обязанным уведомить о времени и месте как составления протокола, так и рассмотрения дела (вынесении постановления), может сделать это одновременно и заблаговременно. В таком случае довод лица, в отношении которого ведется производство по делу, требующего отложить рассмотрение дела (или отменить постановление) на том основании, что оно не имеет (не имело) возможности реализовывать право на защиту, вполне может быть отвергнут.

Если же исходить из того, что составление и вынесение двух указанных процессуальных актов возможно одновременно и что их содержание совпадает в части фактических данных, на основании которых устанавливаются обстоятельства, подлежащие выяснению по делу об административном правонарушении, то возникает вопрос о целесообразности такого дублирования. Учитывая, что протокол об административном правонарушении не имеет ни одной уникальной функции в административно-деликтном механизме, его составление в ряде указанных случаев может оказаться просто формальным соблюдением требований закона, а не реализацией важной гарантии, определяющей разумный баланс полномочий и обязанностей должностного лица, осуществляющего публичное преследование и прав лица, в отношении которого такое преследование осуществляется. Поэтому полагаем возможным оставить на усмотрение должностного лица, возбуждающего и рассматривающего дело об административном правонарушении, необходимость составления протокола об административном правонарушении, в том числе для того, чтобы не исключать возможность отложения рассмотрения дела об административном правонарушении в связи с необходимостью прибегнуть лицу, привлекаемому к административной ответственности, к помощи защитника. Другими словами, следует расширить перечень случаев, когда назначение должностным лицом административного наказания может осуществляться без составления протокола об административном правонарушении. Причем законодателю не нужно уточнять конкретные виды административных наказаний, как это предусмотрено им в ч. 1 ст. 28.6 КоАП РФ. Ведь речь идет о случаях рассмотрения дел об административных правонарушениях должностными лицами, которые вправе назначать только три вида указанных наказаний: предупреждение, административный штраф и административное приостановление деятельности. При этом административное приостановление деятельности может назначаться за совершение одного правонарушения, предусмотренного ч. 3 ст. 9.1 указанного кодекса, уполномоченными на то должностными лицами (ч. 1 ст. 3.12 данного кодекса). Увеличение числа административных правонарушений, за которые может назначаться должностными лица-

ми административное приостановление деятельности, принципиально не повлияет на замечание об отсутствии необходимости конкретизации мер административной ответственности, которые могут применяться должностным лицом без составления протокола об административном правонарушении. Дело в том, что должностные лица, уполномоченные составлять протокол об административном правонарушении, за совершение которого может быть назначено административное наказание в виде административного приостановления деятельности, вправе осуществить временный запрет деятельности до рассмотрения дела судом (ч. 1 и 2 ст. 27.16 названного кодекса). Сжатый срок рассмотрения дела об административном правонарушении, влекущем приостановление административного приостановления деятельности и в рамках которого применен временный запрет деятельности, а также короткий срок рассмотрения жалобы на постановление о назначении такого административного наказания, являющиеся реальной гарантией прав лиц, привлеченных к административной ответственности, вполне можно рассматривать в качестве аргумента в пользу устранения обязанности составлять протокол об административном правонарушении во всех случаях, когда должностное лицо не находилось на месте совершения правонарушения или его событие не было зафиксировано работающими в автоматическом режиме специальных технических средств.

Предлагаемая новелла упростит деятельность правоохранительных органов во многих случаях, не ущемив при этом прав лиц, привлекаемых к административной ответственности. Причем такое упрощение коснется дел об административных правонарушениях, совершенных как физическими, так и юридическими лицами. Устранение иррационального поведения должностных лиц, осуществляющих производство по делам об административных правонарушениях, ведет к деbüroкратизации административно-деликтного механизма и повышению его эффективности. Более того, обязанность составления протокола об административном правонарушении в случаях, когда это процессуально излишне, способствует росту правовых споров за счет случаев ненадлежащего ее исполнения (кажущегося таковым) и тем самым увеличивает нагрузку на правоохранительный механизм.

Логический анализ ч. 1 и 2 ст. 28.6 КоАП РФ показывает некорректность ее положений. Дефектным представляется такое основание для составления протокола об административном правонарушении, как оспаривание лицом, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении, наличия события административного правонарушения и (или) назначенное ему административное наказание. Во-первых, оспаривание постановления осуществляется в предусмотренном для этого порядке, в том числе оно может осуществляться по основаниям несогласия с наличием события административного правонарушения или назначенным административным наказанием. Во-вторых, выражение лицом, привлекаемым к административной ответственности,

несогласия с решением должностного лица, принятым непосредственно на месте административного правонарушения, не может привести к какому-либо процессуальному результату.

Особое внимание следует уделить срокам составления протокола об административном правонарушении. Согласно ст. 28.5 КоАП РФ протокол об административном правонарушении составляется немедленно после выявления совершения административного правонарушения (ч. 1); в случае, если требуется дополнительное выяснение обстоятельств дела либо данных о физическом лице или сведений о юридическом лице, в отношении которых возбуждается дело об административном правонарушении, протокол об административном правонарушении составляется в течение двух суток с момента выявления административного правонарушения (ч. 3); в случае проведения административного расследования протокол об административном правонарушении составляется по окончании расследования в сроки, предусмотренные ст. 28.7 данного кодекса (ч. 3). По смыслу положений ст. 28.7 указанного кодекса протокол об административном правонарушении составляется по окончании административного расследования, которое проводится тогда, когда требуется продолжительное время (очевидно, в сравнении с установленными временными промежутками в ч. 2 ст. 28.5) для осуществления процессуальных действий, срок проведения которого по общему правилу не может превышать один месяц с момента возбуждения дела об административном правонарушении, но в исключительных случаях указанный срок может быть продлен до шести месяцев (ч. 1, 5 и 6).

Данные законоположения не в полной мере согласуются с вытекающим из ст. 28.2 данного кодекса требованием составления протокола об административном правонарушении в присутствии лица, привлекаемого к административной ответственности, что предполагает его надлежащее уведомление об этом. В тех случаях, когда данное лицо (его законный представитель) не присутствует в момент, когда должностным лицом делается вывод, что им выявлено административное правонарушение, немедленное составление протокола об административном правонарушении осуществить невозможно. При этом двух суток для выяснения данных о физическом лице или сведений о юридическом лице, в отношении которых возбуждается дело об административном правонарушении, может вполне хватить, однако не приходится рассчитывать на то, что в указанные сроки они могут быть надлежащим образом извещены о месте и времени составления протокола об административном правонарушении. Что же касается выяснения дополнительных обстоятельств дела, то дела как такового еще нет, а для выяснения каких-либо обстоятельств предусмотрены те или иные процессуальные действия, совершение которых в рамках производства по делу об административном правонарушении возможно только после возбуждения дела. В связи с этим не удивительно, что на практике нередко единственным способом соблюдения требований о надлежащем извещении лица, в отношении которого ведет-

ся производство по делу об административном правонарушении, и не нарушения сроков составления протокола об административном правонарушении является возбуждение дела и проведение административного расследования. Причем правоприменитель прибегает к этому способу в целях соблюдения требований закона даже невзирая на то, что Верховный Суд РФ ориентирует суды рассматривать в качестве несущественного недостатка протокола об административном правонарушении нарушение установленных ст. 28.5 КоАП РФ сроков его составления, поскольку эти сроки не являются пресекательными¹².

Разумным представляется определять срок уведомления лица, в отношении которого возбуждается дело об административном правонарушении, о составлении протокола об административном правонарушении, а не устанавливать обязанность должностного лица немедленно составлять данный протокол. Именно такое уведомление должно осуществляться незамедлительно с того момента, когда должностное лицо, уполномоченное составлять указанный протокол, получило (располагает доступом) данные, подлежащие отражению в названном процессуальном акте (ч. 2 ст. 28.2 КоАП РФ). Реализация этого предложения по изменению законодательства предполагает прямое нормативное закрепление обязанности должностного лица уведомлять о составлении протокола об административном правонарушении лицо, в отношении которого возбуждено (возбуждается) дело.

Таким образом, проведенный анализ свидетельствует о том, что институт протокола об административном правонарушении имеет определенный потенциал развития. Полагаем, что научного обсуждения заслуживает возможность расширения перечня случаев назначения административного наказания без составления протокола об административном правонарушении. Отдельные нормы данного института, определяющие порядок и условия составления протокола об административных правонарушениях, требуют корректировки.

¹² О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 марта 2005 г. № 5. (п.н.) Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Конституционный Суд Российской Федерации

Новиков А. В., кандидат юридических наук

E-mail: A_V_Novikov@mail.ru

Тел.: 8(812) 404-34-96

Constitutional Court of the Russian Federation

Novikov A. V., Candidate of Legal Sciences

E-mail: A_V_Novikov@mail.ru

Tel.: 8(812) 404-34-96

**АДМИНИСТРАТИВНОЕ УСМОТРЕНИЕ
В ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
АДМИНИСТРАТИВНО-ПУБЛИЧНЫХ ОРГАНОВ
И ИХ ДОЛЖНОСТНЫХ ЛИЦ**

С. В. Ярковой

Арбитражный суд Омской области

Поступила в редакцию 25 декабря 2016 г.

Аннотация: анализируются вопросы понимания сущности и пределов административного усмотрения при осуществлении правоприменительной деятельности органами исполнительной власти, иными органами публичной администрации и их должностными лицами. Административное усмотрение рассматривается в качестве интеллектуально-волевого элемента механизма целесообразного административного правоприменения.

Ключевые слова: административная правоприменительная деятельность, административно-публичный орган, административное усмотрение, целесообразность.

Abstract: the article analyzes the issues of understanding the nature and limits of administrative discretion in the law enforcement by executive authorities, other bodies of public administration and their officials. Administrative discretion is regarded as an intellectual and volitional element of the mechanism of the appropriate administrative enforcement.

Key words: administrative law enforcement, administrative and public authority, administrative discretion, expediency.

Надлежащее теоретическое осмысление понятия административного усмотрения и его пределов является одним из важнейших вопросов обеспечения законности административной правоприменительной деятельности, т.е. правоприменительной деятельности органов исполнительной власти, иных органов публичной администрации (далее – административно-публичные органы) и их должностных лиц. Во многих случаях при применении правовых норм административно-публичные органы и их должностные лица по своему усмотрению избирают возможные варианты своего правоприменительного поведения в целях наиболее точного, полного, индивидуализированного и в конечном итоге эффективного разрешения возникающих административных юридико-фактических ситуаций (административных дел). Правильное понимание сущности и пределов административного правоприменительного усмотрения, критериев его законности выступает обязательным условием исключения любых возможностей для проявления властного произвола со стороны административно-публичных органов и их должностных лиц.

В теории права общее понятие, основные черты и пределы правоприменительного усмотрения уже становились объектами исследования. Так, А. А. Березин определяет правоприменительное усмотрение как

«осуществляемую на основе и в рамках закона деятельность уполномоченных субъектов права, предполагающую возможность выбора наиболее оптимального решения по юридическому делу». Пределы правоприменительного усмотрения, по его мнению, «представляют собой установленные посредством особого правового инструментария границы, в рамках которых субъект правоприменения на основе комплексного анализа обстоятельств юридического дела уполномочен вынести оптимальное решение с точки зрения принципов законности, справедливости и целесообразности»¹.

О. В. Кораблина характеризует правоприменительное усмотрение с различных сторон и, главным образом, как интеллектуально-волевой процесс, выделяя следующие основания возникновения такого усмотрения:

- 1) реализация норм, предусматривающих конкретно не определенные, широкие полномочия правоприменителя;
- 2) реализация норм, содержащих оценочные понятия;
- 3) реализация норм при отсутствии необходимых юридических процедур их применения.

С точки зрения О. В. Кораблиной, критерием законности действий по усмотрению выступает публичный интерес, под которым понимается общесоциальный интерес, отражающий в концентрированной форме весь спектр интересов в обществе².

А. Г. Фастов и Д. В. Бойко указывают на то, что усмотрение в правоприменительной сфере предполагает деятельность по разрешению юридического дела, осуществляемую в процессуальной форме, в рамках которой реализуется полномочие правоприменительного органа или должностного лица по разрешению юридического дела на основе творческого выбора по своему внутреннему убеждению одного из указанных в законе возможных решений или аналогии закона и права, отвечающих требованиям законности, целесообразности, обоснованности и справедливости³. Д. В. Бойко акцентирует внимание на том, что правоприменительное усмотрение как процесс выступает в виде «интеллектуально-волевой деятельности правоприменителя по определению варианта решения юридического дела в ситуации отсутствия нормативного регулирования (пробел в праве) или отсутствия в праве однозначного решения юридического дела (правовая неопределенность)»⁴.

В административно-правовой науке вопросы административно-го усмотрения как одного из видов правоприменительного усмотрения

¹ См.: Березин А. А. Пределы правоприменительного усмотрения : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2007. С. 43, 94–95.

² См.: Кораблина О. В. Усмотрение в правоприменительной деятельности (общетеоретический и нравственно-правовой аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2009. С. 49–51, 54–56.

³ См.: Фастов А. Г., Бойко Д. В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности : вопросы теории. Волгоград, 2012. С. 56.

⁴ Бойко Д. В. Законность и усмотрение в правоприменительной деятельности : вопросы теории : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2011. С. 59.

привлекали внимание ученых еще в 20-х гг. XX в. Так, А. Н. Одарченко определял административное усмотрение как предоставленное законом должностному лицу право самостоятельно и индивидуально определять необходимость, полезность или целесообразность предпринимаемой им меры с точки зрения соответствия или несоответствия ее тем целям, какие имеет в виду применяемый им закон, или, если таковые цели не могут быть конкретно определены из самого закона, то с точки зрения соответствия ее общественному интересу вообще⁵. Советские ученые-административисты в 40-е гг. XX в. указывали на допустимость административного усмотрения в ходе применения правовых норм в тех случаях, когда такие нормы, предусматривая определенные правила, предоставляют органам государственного управления право самим определять уместность или неуместность их применения, избирать для применения те или иные наиболее целесообразные правила в конкретных фактических ситуациях⁶.

Один из ведущих советских ученых-административистов Б. М. Лазарев термином «усмотрение» характеризовал «определяемую законом степень оперативной самостоятельности органа государства в принятии решения о том, вступать или не вступать в действие в том или ином случае, в выборе момента вступления в действие и наиболее целесообразного, по мнению органа, решения вопроса из нескольких допускаемых законом вариантов». По очень точному замечанию Б. М. Лазарева, усмотрение в приведенном понимании есть «волевая сторона соотношения целесообразности и законности»⁷.

А. П. Корнев под административным усмотрением понимал определенную рамками норм права известную степень свободы органа публичного управления в правовом разрешении того или иного управленческого вопроса (дела), которая предоставляется в целях принятия оптимального решения по делу. При этом ученый выделял следующие формы выражения, проявления административного усмотрения в правоприменительной деятельности соответствующих органов и должностных лиц:

- 1) право оценивать юридический факт;
- 2) право выбора одного или нескольких вариантов решения дела;
- 3) принятие по делу решения на основе самостоятельного истолкования

предусмотренных нормами права неконкретизированных полномочий;

4) принятие по делу решения на основе самостоятельного истолкования неконкретных понятий и выражений, используемых в применяемых нормах;

5) принятие по делу решения на основе норм права, относящихся его принятию к усмотрению соответствующего органа или должностного лица.

⁵ См.: Одарченко А. Н. О пределах административного усмотрения // Право и жизнь. 1925. № 6. С. 4.

⁶ См.: Социалистическая законность в советском государственном управлении. М., 1948. С. 14–16, 57.

⁷ Лазарев Б. М. Компетенция органов управления. М., 1972. С. 92.

Далее А. П. Корнев подчеркивал, что правоприменительный орган не может действовать абсолютно свободно, поскольку административное усмотрение всегда носит правовой характер, является правовым и возможно лишь при соблюдении определенных требований, а именно: должно осуществляться в рамках закона, применяться в соответствии с интересами общества и соответствовать той цели, для достижения которой оно допущено законодателем⁸. Аналогичного подхода к пониманию административного усмотрения придерживался и В. Н. Дубовицкий, который под административным усмотрением подразумевал предоставление органу или должностному лицу, осуществляющему исполнительно-распорядительную деятельность, возможности отыскания и принятия наиболее полезного, целесообразного, по его мнению, решения, совершения или несовершения того или иного действия. Важно, чтобы выбор органом или должностным лицом возможного варианта действий не выходил за рамки правовых норм, а в случае их отсутствия – за рамки общего духа права⁹.

По мнению Ю. А. Тихомирова, административное усмотрение есть гарантированная возможность выбора для принятия правомерных решений и совершения действий управомоченным субъектом в рамках его компетенции при выполнении управленческих и иных задач. Административное усмотрение, как полагает ученый, призвано обеспечить гибкое реагирование на постоянно возникающие в жизни конкретные ситуации, разрешение которых не может быть в полной мере урегулировано законом. При этом Ю. А. Тихомиров рассматривает административное усмотрение как механизм интеллектуально-волевого поведения правоприменителя, в структуру которого включаются следующие элементы:

- 1) правильно понятый публичный интерес и соотнесение с ним возможных действий и решений в рамках собственных полномочий;
- 2) выработка установки и формирование соответствующей мотивации;
- 3) оценка альтернатив юридических действий и решений и обоснование их выбора;
- 4) осуществление юридических действий, бездействие (если оно обусловлено уровнем компетентности), принятие решений;
- 5) намерение и воля следовать принятым решениям, действовать в их русле и соответствующие акты¹⁰.

С точки зрения Ю. П. Соловья, «под административным усмотрением следует понимать оценку фактических обстоятельств, основания (критерии) которой не закреплены в правовых нормах достаточно полно и конкретно, производимую органом (должностным лицом) при выборе в пределах, допустимых нормативными актами, оптимального варианта решения конкретного управленческого вопроса». Реализация адми-

⁸ См.: Корнев А. П. Нормы административного права и их применение. М., 1978. С. 73–78.

⁹ См.: Дубовицкий В. Н. Законность и усмотрение в советском государственном управлении. Минск, 1984. С. 51–52, 69–70.

¹⁰ См.: Тихомиров Ю. А. Теория компетенции. М., 2004. С. 264–266.

нистративного усмотрения, как полагает Ю. П. Соловей, представляет собой выбор органом (должностным лицом) одного из допускаемых нормативными актами вариантов решения, являющегося, по его мнению, оптимальным в данной ситуации¹¹. В своих последних публикациях Ю. П. Соловей конкретизировал сформулированное им ранее определение понятия административного усмотрения, предложив понимать его как выбор публичной администрацией в пределах, установленных нормативными правовыми актами, оптимального, по его мнению, варианта решения конкретного управленческого вопроса в ситуации, когда правовые нормы не определяют исчерпывающим образом основания, условия, содержание, форму, порядок (процедуру), сроки и (или) субъектов принятия такого решения¹².

Помимо перечисленных работ вопросы административного усмотрения становились предметом исследования в трудах других ученых-административистов, опубликованных в последнее время. В частности, С. С. Купреев отмечает, что «административное усмотрение обеспечивает наиболее оптимальное соотношение законности и целесообразности», а отсутствие такого усмотрения «приводило бы к шаблонному разрешению государственными органами и должностными лицами различных индивидуальных дел»¹³.

Е. А. Чабан определяет административное усмотрение как вид правоприменительного усмотрения, представляющего собой свободный выбор уполномоченным органом государственного или муниципального управления в лице его должностного лица возможного в будущем правомерного поведения, фактическим основанием которого являются объективные факторы окружающей действительности, основанный на дискреционной специфике деятельности данных органов и метода правового регулирования публично-правовых отношений и осуществляемый в рамках правового регулирования публично-правовых отношений¹⁴.

Авторы учебника «Актуальные проблемы административного права и процесса» акцентируют внимание на том, что в ходе административной деятельности необходима оперативная самостоятельность органов исполнительной власти и их должностных лиц с предоставлением им

¹¹ См.: Соловей Ю. П. Усмотрение в административной деятельности советской милиции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1982. С. 6, 15.

¹² См.: Соловей Ю. П. Проект Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и вопросы судебного контроля за реализацией органами (должностными лицами) публичной администрации дискреционных полномочий // Актуальные проблемы административного судопроизводства : материалы Всероссийской науч.-практ. конф. Омск, 2014. С. 194 ; *Его же*. О совершенствовании законодательной основы судебного контроля за реализацией органами публичной администрации и их должностными лицами дискреционных полномочий // Административное право и процесс. 2015. № 2. С. 47.

¹³ См.: Купреев С. С. Об административном усмотрении в современном праве // Административное право и процесс. 2012. № 1. С. 9.

¹⁴ См.: Чабан Е. А. Административное усмотрение : понятие и особенности // Там же. 2013. № 11. С. 68.

соответствующего объема права административного усмотрения, границы которого в каждом случае должны быть адекватными направлению, формам и методам деятельности. В качестве объективированных форм проявления административного усмотрения выделяются возможность должностного лица по своему внутреннему убеждению, исходя из субъективных и объективных моментов, самостоятельно оценивать складывающуюся ситуацию и на основе такой оценки принимать решение, которое должно быть обоснованным¹⁵.

Как отмечает Л. А. Мицкевич, при принятии управленческого решения по усмотрению органу может предоставляться свобода в оценке юридического факта (юридического состава), влекущего возникновение, изменение или прекращение правоотношений (свобода относительно признания юридического факта), либо выбор одной из нескольких форм реагирования на данный юридический факт (свобода выбора вариантов действий). Действуя по усмотрению, орган исполнительной власти вправе самостоятельно выбрать меру публично-правового воздействия, применяемого в отношении граждан и организаций, форму реализации своих полномочий, способ, порядок и сроки исполнения управленческого решения. Пределы административного усмотрения представляют собой установленный в нормативных правовых актах, иных формах права вид правовых ограничений, определяющий границы, в рамках которых субъект административного усмотрения имеет возможность волевого выбора для оптимального разрешения юридического вопроса¹⁶.

Выше уже подчеркивалось, что в юридической литературе правоприменительное усмотрение, в том числе административное, рассматривается как возможность выбора органом, должностным лицом допускаемых нормами права вариантов своего правоприменительного поведения, направленного на целесообразное применение данных норм при разрешении конкретных юридико-фактических ситуаций (юридических дел). Между тем проявлению правоприменительного волеизъявления в форме того или иного варианта поведения при целесообразном применении норм права предшествует внутренняя волевая деятельность должностного лица административно-публичного органа или членов этого органа¹⁷. Эта внутренняя волевая деятельность сводится к субъективной оценке фактических обстоятельств возникшей административной юридико-фактической ситуации (административного дела) и мысленному выбору того или иного варианта правоприменительного поведения в целях ее разрешения. Данная дея-

¹⁵ См.: Актуальные проблемы административного права и процесса : учебник / М. В. Костенников [и др.]. М., 2015. С. 354–357.

¹⁶ См.: *Мицкевич Л. А.* Очерки теории административного права. М., 2015. С. 245–246.

¹⁷ См.: *Алексеев С. С.* Общая теория права : курс : в 2 т. М., 1982. Т. 1. С. 319–320 ; *Ойгензихт В. А.* Воля и волеизъявление (очерки теории, философии и психологии права). Душанбе, 1983. С. 114 ; *Кудрявцев В. Н.* Избранные труды по социальным наукам. М., 2002. Т. 1. С. 84–85.

тельность, на наш взгляд, и может быть обозначена понятием «административное усмотрение».

Таким образом, административное усмотрение выступает элементом механизма целесообразного административного правоприменения, а именно его интеллектуально-волевой составляющей. Административное усмотрение может быть представлено в качестве интеллектуально-волевого процесса обеспечения целесообразного правоприменения, включающего две основные стадии:

1) оценку должностным лицом (членами коллегиального административно-публичного органа) разрешаемой административной юридико-фактической ситуации (обстоятельств административного дела);

2) выбор ими на основании результатов указанной оценки и на основе соответствующих правовых норм наиболее целесообразного, с их точки зрения, варианта правоприменительного поведения (издания (принятия) административного акта, совершения административного действия или бездействия).

В литературе правильно отмечается, что административное усмотрение должно быть ограничено определенными нормативно установленными рамками. На необходимость фиксации в законе с достаточной ясностью пределов свободы усмотрения органов исполнительной власти и способов его осуществления неоднократно указывал Конституционный Суд РФ¹⁸. В то же время вопрос о сущности, видах, нормативных способах установления правовых границ административного усмотрения в отечественной теории административного права разработан далеко не в должной мере¹⁹. Поэтому в административной правоприменительной практике нередки ситуации, в которых возможности выбора административно-публичными органами, их должностными лицами каких-либо вариантов своего правоприменительного поведения ничем нормативно не ограничены, в том числе не установлены критерии такого выбора. Например, в соответствии с ч. 1 ст. 17 Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» органам государственного контроля (надзора) и муниципального контроля предоставлено право выдачи юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям предписаний об устранении выявленных в ходе проверок нарушений обязательных требований с указанием сроков их устранения. Однако данная норма не со-

¹⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 г. № 545-О-О. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: *Соловей Ю. П.* Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : старые и новые проблемы // Актуальные проблемы административного и административно-процессуального права : сб. тезисов статей. М., 2003. С. 184–185 ; *Его же.* Вхождение (проникновение) сотрудников полиции в жилые и иные помещения, на земельные участки и территории как мера государственного принуждения, предусмотренная Федеральным законом «О полиции» // Административное право и процесс. 2012. № 3. С. 18–20.

держит критериев, которыми должен руководствоваться правоприменитель при определении сроков устранения нарушения. На практике такие сроки устанавливаются должностными лицами контрольно-надзорных органов произвольно, в том числе без учета объективных и субъективных факторов, влияющих на возможности исполнителей предписаний по их соблюдению. В подобных случаях предписания указанных органов нередко признаются судами недействительными в части необоснованного установления сроков исполнения содержащихся в них требований²⁰.

Другой пример. В ч. 1 ст. 64 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» установлен перечень возможных исполнительных действий, которые могут быть совершены судебным приставом-исполнителем в целях принудительного исполнения исполнительного документа. Вместе с тем этот перечень не является исчерпывающим, и приведенная норма предоставляет судебному приставу-исполнителю право на совершение иных исполнительных действий, необходимых для своевременного, полного и правильного исполнения исполнительных документов, открывая тем самым указанному должностному лицу неограниченный формально-юридическими рамками простор для властной принудительной деятельности. При оценке законности действий судебных приставов-исполнителей суды часто занимают позицию, согласно которой они могут в рамках целесообразности самостоятельно, по своему усмотрению определять необходимость совершения тех или иных исполнительных действий²¹. В то же время при рассмотрении подобных судебных дел нередко возникают вопросы о полноте или неполноте совершенных судебным приставом-исполнителем исполнительных действий, об их достаточности для надлежащего исполнения исполнительного документа. В отсутствие в указанном федеральном законе нормативно установленных критериев выбора или определения исполнительных действий, совершение которых необходимо для наиболее полного и правильного исполнения тех или иных исполнительных документов, ответить на данные вопросы сложно, если вообще возможно.

С учетом обозначенной проблематики представляется, что правовые пределы административного усмотрения могут быть очерчены в подлежащих применению нормах права посредством установления юридико-фактических критериев выбора административно-публичным органом (его должностным лицом) возможных вариантов своего правоприменительного поведения из числа предлагаемых названными нормами либо самостоятельного определения им вида и содержания административного акта, который следует издать (принять), или административного

²⁰ Постановления Федерального арбитражного суда : Северо-Западного округа от 3 февраля 2014 г. по делу № А05-6471/2013 ; Волго-Вятского округа от 25 июля 2014 г. по делу № А43-22539. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²¹ Апелляционное определение Свердловского областного суда от 20 апреля 2016 г. по делу № 33а-6639/2016. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

действия, которое следует совершить. При таком подходе к нормативной регламентации административной правоприменительной деятельности с использованием института административного усмотрения, с нашей точки зрения, может быть в целом обеспечено целесообразное и в то же время законное применение норм права административно-публичными органами и их должностными лицами.

Таким образом, можно утверждать, что административное усмотрение выступает средством обеспечения целесообразного применения права и представляет собой интеллектуально-волевую деятельность должностных лиц или членов административно-публичных органов по оценке разрешаемой административной юридико-фактической ситуации (обстоятельств административного дела) и выбору ими на основании результатов данной оценки, на основе соответствующих правовых норм или принципов права (в случае использования аналогии) и в установленных ими пределах возможных вариантов своего правоприменительного поведения, необходимых, по их мнению, для правильного и наиболее эффективного (результативного) разрешения указанной ситуации (административного дела).

Арбитражный суд Омской области
Ярковой С. В., кандидат юридических наук
E-mail: academy@omua.ru
Tel.: 8(3812)530203

Arbitration Court of Omsk Region
Yarkovoy S. V., Candidate of Legal Sciences
E-mail: academy@omua.ru
Tel.: 8(3812)530203

УДК 342.9

**ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ОРГАНОВ ПРОКУРАТУРЫ ПО ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ НАДЗОРА
ЗА ИСПОЛНЕНИЕМ ЗАКОНОВ О РАСПОРЯЖЕНИИ ЗЕМЛЕЙ**

Д. Е. Патлаев

Академия Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Поступила в редакцию 23 декабря 2016 г.

Аннотация: *исследуются правовые основы деятельности органов прокуратуры Российской Федерации по осуществлению надзора за исполнением законов о распоряжении землей, определяется состав земельного законодательства, его соотношение с другими отраслями права.*

Ключевые слова: *прокурор, прокурорский надзор, земельное законодательство, земельные правоотношения.*

Abstract: *this article examines the legal basis of activities of bodies of Prosecutor's office of the Russian Federation on supervision of execution of laws on disposal of land, determine the land legislation, its relationship with other branches of law.*

Key words: *prosecutor, prosecutor supervision, land law, land legal relations.*

Согласно п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ¹ земельное законодательство находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ. В высшем нормативном правовом акте Российской Федерации содержатся нормы, непосредственно регулирующие земельные отношения, в том числе и о распоряжении землей. Так, ст. 9 Конституции РФ определяет, что земля используется и охраняется в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории, может находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности; ст. 36 непосредственно регулирует отношения, связанные с распоряжением землей, а именно: Основной закон гласит, что граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю, владение, пользование и распоряжение которой осуществляются их собственниками свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц.

Конституция РФ обязывает каждого охранять природу и бережно относиться к природным богатствам (ст. 58), одновременно гарантирует ему право на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии, а также на возмещение ущерба, причиненного здоровью или имуществу экологическим правонарушением (ст. 42).

Реализация норм Конституции РФ в земельном законодательстве исследовалась Е. Ю. Чмыхало², которая отметила, что анализ действующего законодательства и правоприменительной практики позволил

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4398.

² См.: Чмыхало Е. Ю. Реализация норм Конституции Российской Федерации в земельном законодательстве // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 8. С. 49–51.

сделать вывод о том, что недостаточно полно сформирован правовой механизм, обеспечивающий исполнение обязанностей по охране земель и их рациональному использованию, что, безусловно, снижает эффективность реализации конституционных норм. В связи с этим названный автор согласился с мнением А. И. Окунева³, согласно которому земельное законодательство нуждается в дальнейшем совершенствовании, требуются конкретизация отдельных правовых институтов и дальнейшая гармонизация правовых норм.

Соглашаясь с мнением указанных авторов, полагаем, что Основной закон России в достаточной мере регламентирует вопросы распоряжения землей, в частности устанавливает формы собственности на землю (ст. 9, 35, 36), определяет ее правовой статус (ст. 9), а также порядок нормативно-правовой регламентации правоотношений по распоряжению землей (ст. 72), вместе с тем нормативно-правовые акты Российской Федерации, субъектов РФ, органов местного самоуправления, регламентирующие правоотношения по распоряжению землей, должны постоянно совершенствоваться в целях исключения пробелов и недостатков правового регулирования обсуждаемых правоотношений.

Основным кодифицированным нормативным правовым актом, регламентирующим земельные правоотношения, является Земельный кодекс Российской Федерации⁴ (далее – Кодекс, ЗК РФ), ст. 2 которого определено, что земельное законодательство состоит из настоящего Кодекса, федеральных законов и принимаемых в соответствии с ними законов субъектов РФ, при этом нормы земельного права, содержащиеся в федеральных законах, законах субъектов РФ, должны соответствовать Кодексу.

В научной литературе уделено достаточно внимания соотношению и взаимосвязи земельного и гражданского законодательства.

И. А. Иконицкая пришла к выводу, что нормы гражданского законодательства применительно к регулированию земельных отношений носят общий характер, а в земельном законодательстве должна найти свое отражение специфика правового регулирования земельных отношений⁵.

По мнению А. К. Голиченкова⁶, еще несколько десятков лет назад И. И. Евтифеев отмечал наличие в земельном праве наряду с элементами цивилистического, частноправового характера ряд норм публично-правового происхождения. «Эти «два элемента» тесно переплетаются. Для земельного права характерен не способ правового регулирования (договорной или односторонний), не субъекты правоотношений, а ...объект – земля...»⁷.

³ См.: Окунев А. И. Проблемы административно-правового регулирования земельных отношений : актуальные вопросы // Юрист. 2008. № 11. С. 34–42.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. Ст. 4147.

⁵ См.: Иконицкая И. А. Земельное право Российской Федерации. Теория и тенденции развития. М., 1999. С. 37.

⁶ См.: Голиченков А. К. Актуальные проблемы земельного законодательства // Закон. 2007. № 1. С. 5–22.

⁷ Евтифеев И. И. Земельное право. М., 1923. С. 1.

Земельным кодексом Российской Федерации урегулирован широкий круг вопросов в рассматриваемой сфере, в том числе понятие отношений, регулируемых земельным законодательством, определен круг участников земельных отношений, а также исчерпывающий перечень объектов земельных отношений:

- земля как природный объект и природный ресурс;
- земельные участки;
- части земельных участков.

Дано определение земельного участка (ч. 3 ст. 6 ЗК РФ): земельный участок как объект права собственности и иных прав на землю является недвижимой вещью, которая представляет собой часть земной поверхности и имеет характеристики, позволяющие определить ее в качестве индивидуально определенной вещи. В случаях и порядке, которые установлены федеральным законом, могут создаваться искусственные земельные участки.

Кроме того, ст. 7 Кодекса содержит исчерпывающий список категорий земель в зависимости от их целевого назначения:

- земли сельскохозяйственного назначения;
- земли населенных пунктов;
- земли промышленности, энергетики, транспорта, связи, радиовещания, телевидения, информатики, земли для обеспечения космической деятельности, земли обороны, безопасности и земли иного специального назначения;
- земли особо охраняемых территорий и объектов;
- земли лесного фонда;
- земли водного фонда;
- земли запаса.

К федеральным законам, регламентирующим отношения по распоряжению землей, относятся: Гражданский кодекс Российской Федерации (в частности, глава 17 «Право собственности и другие вещные права на землю»), Водный кодекс Российской Федерации, Лесной кодекс Российской Федерации; федеральные законы от 15 апреля 1998 г. № 66-ФЗ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан», от 18 июня 2001 г. № 78-ФЗ «О землеустройстве», от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве», от 21 декабря 2004 г. № 172-ФЗ «О переводе земель или земельных участков из одной категории в другую», от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости» и др. Кратко остановимся на некоторых из них.

Федеральный закон от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»⁸ определил срок

⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. Ст. 4148.

введения в действие Кодекса, сроки приведения правовых актов, а также отдельных видов отношений, договоров, документов в соответствие с его нормами, порядок применения нормативных правовых актов, принятых до его вступления в силу.

Кроме того, данный закон содержит ряд важных норм, регламентирующих правоотношения о распоряжении землей, а именно:

- о разграничении государственной собственности на землю;
- о полномочиях по управлению и распоряжению земельными участками, находящимися в федеральной собственности, а также земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена;
- об упрощенном порядке оформления гражданами права собственности на земельные участки для садоводства, огородничества, дач, личных подсобных хозяйств, индивидуального гаражного или жилищного строительства и др.

Коллектив авторов под руководством С. Н. Волкова и Ю. Г. Жарикова обоснованно указывают, что земельные отношения настолько сложны и характер их настолько изменился к моменту издания ЗК РФ 2001 г. по сравнению с предыдущим, что Федеральный закон от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» получился достаточно объемным, причем в него, пожалуй, чаще, чем в другие акты земельного законодательства, вносятся дополнения и изменения. Можно сказать, что в настоящее время он является, после ЗК РФ, одним из наиболее важных и часто применяемых земельных федеральных законов⁹.

Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 221-ФЗ «О государственном кадастре недвижимости»¹⁰ определен порядок и принципы ведения государственного кадастра недвижимости (систематизированного свода сведений об учтенном недвижимом имуществе, а также сведений о прохождении государственной границы РФ, о границах между субъектами РФ, границах муниципальных образований, границах населенных пунктов, иных сведений), определен порядок проведения кадастрового учета и осуществления кадастровой деятельности.

Основные правила осуществления приватизации земельных участков, перечень земельных участков в составе земель, не подлежащих отчуждению, в частности земель лесного фонда и водного фонда; земель особоохраняемых природных территорий и объектов; земель, зараженных опасными веществами и подвергшихся биогенному заражению; земель общего пользования и других, определены Федеральным законом от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»¹¹.

⁹ Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации от 25 октября 2001 г. № 136-ФЗ (постатейный) / отв. ред. С. Н. Волков ; науч. ред. Ю. Г. Жариков. М., 2009.

¹⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2007. № 31. Ст. 4017.

¹¹ Там же. 2002. № 4. Ст. 251.

Федеральным законом от 27 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»¹² урегулированы отношения, связанные с владением, пользованием, распоряжением земельными участками из земель сельскохозяйственного назначения, установлены правила и ограничения, применяемые к обороту земельных участков и долей в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения – сделкам, результатом совершения которых является возникновение или прекращение прав на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения и доли в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения, определены условия предоставления земельных участков из земель сельскохозяйственного назначения, находящихся в государственной или муниципальной собственности, а также изъятия их в государственную или муниципальную собственность.

Федеральным законом от 21 декабря 2004 г. № 172-ФЗ «О переводе земель или земельных участков из одной категории в другую»¹³ установлен порядок подготовки, подачи и рассмотрения документов для перевода земель или земельных участков в составе таких земель из одной категории в другую, особенности перевода земель в зависимости от их целевого назначения, особенности отнесения земель или земельных участков к определенной категории, в том числе и до разграничения государственной собственности на землю. В соответствии с нормами данного закона и положениями ст. 8 ЗК РФ перевод земель из одной категории в другую осуществляется в отношении:

а) земель, находящихся в федеральной собственности, – Правительством РФ;

б) земель, находящихся в собственности субъектов РФ, и земель сельскохозяйственного назначения, находящихся в муниципальной собственности, – органами исполнительной власти субъектов РФ;

в) земель, находящихся в муниципальной собственности, за исключением земель сельскохозяйственного назначения, – органами местного самоуправления;

г) земель, находящихся в частной собственности:

– земель сельскохозяйственного назначения – органами исполнительной власти субъектов РФ;

– земель иного целевого назначения – органами местного самоуправления.

Нормы права, регулирующие правоотношения по распоряжению землей, содержатся также в нормативных правовых актах иных отраслей права. Например, ст. 35 Федерального закона от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»¹⁴ установлено, что резидент особой экономической зоны – арендатор земельного

¹² Там же. № 30. Ст. 3018.

¹³ Там же. 2004. № 52 (ч. 1). Ст. 5276.

¹⁴ Там же. 2005. № 30 (ч. 2). Ст. 3127.

участка, находящегося в государственной и (или) муниципальной собственности, не вправе сдавать его в субаренду (поднаем) и передавать свои права и обязанности по договору аренды другому лицу (перенаем), предоставлять земельный участок в безвозмездное пользование, а также отдавать арендные права в залог и вносить их в качестве вклада в уставный капитал хозяйственных товариществ и обществ или паевого взноса в производственный кооператив.

Правовыми основами прокурорского надзора за исполнением законов о распоряжении землей являются также и подзаконные нормативные правовые акты, к числу которых относятся указы Президента России, постановления Правительства РФ, нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти, а также ведомственные правовые акты Генерального прокурора РФ.

Часть 1 ст. 2 ЗК РФ гласит, что земельные отношения могут регулироваться также указами Президента РФ, которые не должны противоречить Кодексу, федеральным законам.

Кроме того, ст. 6 Федерального закона от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»¹⁵ установлено, что изданные до введения в действие ЗК РФ и регулирующие земельные отношения нормативные правовые акты Президента РФ и нормативные правовые акты Правительства РФ применяются в части, не противоречащей Кодексу.

Так, до настоящего времени действует Указ Президента РФ от 5 мая 1992 г. № 431 «О мерах по социальной поддержке многодетных семей» (в ред. от 25.02.2003)¹⁶, изданный до введения в действие основного кодифицированного закона о земле и регулирующего правоотношения по распоряжению землей, в частности подп. «в», «г» п. 1 в целях проведения целенаправленной и адресной политики по усилению социальной поддержки многодетных семей органам исполнительной власти субъектов РФ предписано: оказывать необходимую помощь многодетным родителям, желающим организовать крестьянские (фермерские) хозяйства, малые предприятия и другие коммерческие структуры, обеспечивать выделение для этих целей земельных участков, а также предоставлять льготы по взиманию земельного налога и арендной платы в виде полного или частичного освобождения от налога на определенный срок либо понижения ставок налога; обеспечить первоочередное выделение для многодетных семей садово-огородных участков.

Указы Президента РФ от 27 октября 1993 г. № 1767 «О регулировании земельных отношений и развитии аграрной реформы в России»¹⁷ и от 7 марта 1996 г. № 337 «О реализации конституционных прав граждан на землю»¹⁸ заложили основные начала продолжающейся до настоящего

¹⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 44. Ст. 4148.

¹⁶ Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 19. Ст. 1044.

¹⁷ Собр. актов Президента и Правительства Рос. Федерации. 1993. № 44. Ст. 4191.

¹⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 11. Ст. 1026.

времени земельной реформы. Вместе с тем сложно утверждать, что принятые меры носили бесспорный характер и полностью оправдали возлагаемые на них ожидания, но именно с этого периода начала формироваться привычная в настоящее время земельная собственность¹⁹.

О. В. Калугина²⁰ обоснованно указывает, что многие вопросы использования и охраны земли, детально не урегулированные законом, отнесены им к регламентации указами Президента РФ, содержащими нормы земельного права, т.е. «выполняющие роль квазизакона»²¹. Так, Указом Президента РФ от 9 января 2011 г. № 26 (в ред. от 11.04.2016)²² утвержден перечень приграничных территорий, на которых иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками.

Пункт 2 ст. 1 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»²³ и ст. 1 Федерального закона от 21 декабря 2004 г. № 172-ФЗ «О переводе земель или земельных участков из одной категории в другую»²⁴ определяют, что правоотношения по распоряжению земельными участками сельскохозяйственного назначения и переводу земель из одной категории в другую могут регулироваться указами Президента РФ.

Часть 2 ст. 2 ЗК РФ устанавливает, что Правительство РФ принимает решения, регулирующие земельные отношения, в пределах полномочий, определенных Кодексом, федеральными законами, а также указами Президента РФ, регулируемыми земельные отношения.

Во исполнение п. 11 ст. 71 ЗК РФ постановлением Правительства РФ от 12 марта 2016 г. № 187 утверждено Положение о государственном земельном надзоре²⁵.

В соответствии со ст. 7 Федерального закона от 18 июня 2001 г. № 78-ФЗ «О землеустройстве»²⁶ постановлением Правительства РФ от 29 декабря 2008 г. № 1061 утверждено Положение о контроле за проведением землеустройства²⁷, в котором содержатся нормы о контроле за проведением землеустройства, осуществляемом государственными органами в целях обеспечения соблюдения организациями и гражданами при проведении землеустройства требований законодательства Российской Федерации, в частности утвержденных в установленном порядке технических условий проведения землеустройства и требований к нему.

¹⁹ См.: *Окунев А. И.* Проблемы административно-правового регулирования земельных отношений : актуальные вопросы // Юрист. 2008. № 11. С. 34–42.

²⁰ См.: *Калугина О. В.* Предмет и пределы прокурорского надзора за исполнением земельного законодательства в Российской Федерации // Административное и муниципальное право. 2012. № 12. С. 5–16.

²¹ *Казарина А.* Предмет общего надзора // Законность. 2004. № 11. С. 8.

²² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 2. Ст. 268.

²³ Там же. 2002. № 30. Ст. 3018.

²⁴ Там же. 2004. № 52 (ч. 1). Ст. 5276.

²⁵ Там же. 2015. № 2. Ст. 514.

²⁶ Там же. 2001. № 26. Ст. 2582.

²⁷ Там же. 2009. № 2. Ст. 246.

Согласно ч. 5 ст. 76 Конституции РФ издаваемые субъектами РФ правовые акты, регулирующие отношения в сфере распоряжения землей, не должны противоречить соответствующему федеральному законодательству, данные требования не препятствуют им в случае отсутствия на федеральном уровне определенного законодательного акта регулировать общественные отношения самостоятельно.

Законами субъектов РФ регулируется весьма широкий круг правоотношений в сфере распоряжения земельными участками. Остановимся на законодательстве Воронежской области.

Документом, обладающим высшей юридической силой в иерархии регионального нормотворчества, является Устав Воронежской области от 7 июня 2006 г. (в ред. от 18.07.2016)²⁸, нормами которого (ст. 16, 69, 70) регламентируются принципы использования и распоряжения землей.

Закон Воронежской области от 13 мая 2008 г. № 25-ОЗ (в ред. от 01.06.2016) «О регулировании земельных отношений на территории Воронежской области»²⁹ регулирует отношения, связанные с владением, пользованием, распоряжением земельными участками, в том числе из состава земель сельскохозяйственного назначения, и долями в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения (далее – земельные доли); определяет условия предоставления и изъятия земельных участков; устанавливает в соответствии с п. 6 и 7 ст. 39.5 ЗК РФ случаи бесплатного предоставления земельных участков, находящихся в государственной или муниципальной собственности; устанавливает максимальный размер общей площади земельных участков, которые могут находиться одновременно на праве собственности и (или) ином праве у граждан, ведущих личное подсобное хозяйство, и др.

В соответствии со ст. 10.1 ЗК РФ, п. 4 ст. 2 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации», п. 6.1 ст. 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³⁰ и ч. 1.2 ст. 17 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»³¹, а также в соответствии с нормами Закона Воронежской области от 30 декабря 2014 г. № 217-ОЗ (в ред. от 18.12.2015)³² осуществлено перераспределение полномочий по распоряжению земельными участками, расположенными на территории городского округа город Воронеж, государственная собственность на которые не разграничена.

Таким образом более детальная регламентация отдельных вопросов распоряжения органами государственной власти регионального уровня

²⁸ Коммуна. 2006. 10 июня.

²⁹ Собр. законодательства Воронежской области. 2008. № 5. Ст. 148.

³⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1999. № 42. Ст. 5005.

³¹ Там же. 2003. № 40. Ст. 3822.

³² Молодой коммунар. 2015. 23 янв.

и органами местного самоуправления земельными участками осуществляется в соответствии с нормативными актами субъектов РФ.

Органы исполнительной власти субъектов РФ на основании и во исполнение ЗК РФ, федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов РФ в пределах своих полномочий могут издавать акты, содержащие нормы земельного права (ч. 3 ст. 2 ЗК РФ).

Примером подобного нормативного акта, содержащего нормы, регулирующие правоотношения по распоряжению земельными участками, является Положение о порядке оформления документов по распоряжению земельными участками, утвержденное приказом Департамента имущественных и земельных отношений Воронежской области от 28 июля 2015 г. № 1257³³. В частности, Положение устанавливает порядок подготовки документов, рассмотрения заявлений и принятия решений Департаментом имущественных и земельных отношений Воронежской области по вопросам распоряжения земельными участками, находящимися в собственности Воронежской области, и земельными участками, государственная собственность на которые не разграничена, расположенными в городском округе город Воронеж.

Самым низким уровнем в иерархии правовых норм, регулирующих общественные отношения по распоряжению землей, является местное нормотворчество. Так, органы местного самоуправления в пределах своих полномочий могут издавать акты, содержащие нормы земельного права, на основании и во исполнение ЗК РФ, федеральных законов, иных нормативных правовых актов Российской Федерации, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ (ч. 4 ст. 2 ЗК РФ). Уставами и иными нормативными правовыми актами муниципальных образований определяются полномочия по распоряжению земельными участками конкретными органами власти местного самоуправления, структура которых в каждом муниципальном образовании разная и др.

Часть 4 ст. 15 Конституции РФ гласит, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Требованиям данной нормы Основного закона подчиняется и земельное законодательство (ст. 4 ЗК РФ).

Ю. А. Умеренко, исследуя вопрос о возможности иностранных государств выступать в качестве субъектов земельных правоотношений, отметила, что если иностранное государство выступает в качестве публично-правового образования, то на земельный участок будет распро-

³³ Информационная система «Портал Воронежской области в сети «Интернет». URL: <http://pravo.govrn.ru/content/приказ-департамента-имущественных-и-земельных-отношений-воронежской-области-от-28072015-№> (дата обращения: 08.11.2016).

страняться принцип экстерриториальности³⁴ и, следовательно, правовое регулирование предоставления земельного участка будет относиться к предмету регулирования международного публичного права с одновременным наступлением соответствующих юридических последствий³⁵. В подобных случаях предоставление земельных участков осуществляется на основании принципа взаимности в целях, связанных с реализацией государственных функций³⁶.

Автор приводит пример Соглашения между Правительством РФ и Правительством Федеративной Республики Германия об условиях предоставления объектов недвижимого имущества в г. Франкфурте-на-Майне, Мюнхене и Москве для нужд генеральных консульств России в Германии и посольства ФРГ в России, заключенного в Берлине 11 октября 2006 г. Российская сторона предоставляет Германской стороне в аренду на 99 лет для использования посольством ФРГ в России следующие объекты недвижимого имущества: здания, г. Москва, ул. Поварская, д. 46, строения 1, 2, 3 общей площадью 1368,1 кв. м; земельный участок, занятый указанными выше зданиями, площадью 2405 кв. м. В свою очередь, Германская сторона предоставляет Российской стороне в аренду на 99 лет для использования Генеральным консульством России аналогичное имущество в соответствующих городах Германии.

Трудно не согласиться с Ю. А. Умеренко, что в данном примере речь идет о предоставлении земельных участков на принципах взаимности в рамках норм международного публичного права, и фактически данным международно-правовым актом установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены земельным законодательством, т.е. рассматриваемое Соглашение выходит за предмет регулирования земельного права и создает отличительные нормы³⁷.

Согласно ст. 1 Федерального закона от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации»³⁸ (далее – Закон о прокуратуре) прокуратура Российской Федерации – единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции РФ и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации. Именно компетенция прокуратуры, содержание ее полномочий по реализации возложенных на нее функций являются параметрами, определяющими ее место в государственно-правовом механизме.

³⁴ Цит. по: *Морозов Д. В.* Экстерриториальные нормы и доктрина международного частного права // Журнал рос. права. 2011. № 7. С. 98–106.

³⁵ Венская конвенция о консульских сношениях : заключена в г. Вене 24 апреля 1963 г. // Сборник международных договоров СССР. М., 1991. Вып. XLV. С. 124–147.

³⁶ См.: *Умеренко Ю. А.* Иностранные государства как субъекты земельных правоотношений на территории России // Журнал рос. права. 2013. № 4. С. 15–21.

³⁷ См.: Там же. С. 15–21.

³⁸ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 47. Ст. 4472.

В соответствии с п. 1 ст. 21 Закона о прокуратуре предметом прокурорского надзора является соблюдение Конституции РФ и исполнение законов, действующих на территории Российской Федерации, перечисленными в данной норме органами и лицами, и соответствие законам издаваемых ими правовых актов.

Важным элементом правовой основы деятельности органов прокуратуры по осуществлению надзора за исполнением законов о распоряжении землей являются приказы и указания Генерального прокурора РФ.

Среди ведомственных нормативных правовых актов, в первую очередь, следует отметить приказ Генерального прокурора РФ от 7 декабря 2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина»³⁹, п. 8 которого прокурорам предписано сосредоточить усилия на надзоре за исполнением законов о земле. Однако ведомственного организационно-распорядительного документа, посвященного организации и осуществлению прокурорского надзора за исполнением законов о распоряжении землей, не существует.

Таким образом, нормативное регулирование основ деятельности органов прокуратуры по осуществлению надзора за исполнением законов о распоряжении землей, включая регулирование земельных правоотношений, является недостаточным и требует совершенствования. Полагаем, что организация и осуществление прокурорского надзора на данном направлении должны регламентироваться отдельным указанием Генерального прокурора РФ.

Перечень нормативных правовых актов, регламентирующих правоотношения по распоряжению землей, весьма объемный, имеет строгую вертикаль по юридической силе от международных договоров Российской Федерации до нормативных правовых актов органов местного самоуправления.

³⁹ Законность. 2008. № 3.

**О НЕКОТОРЫХ ОСОБЕННОСТЯХ
РАЗГРАНИЧЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ ПО ОСУЩЕСТВЛЕНИЮ
ГОСУДАРСТВЕННОГО КОНТРОЛЯ И НАДЗОРА
В СФЕРЕ ОБРАЗОВАНИЯ
МЕЖДУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИЕЙ И ЕЕ СУБЪЕКТАМИ**

Б. М. Фролов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 8 октября 2016 г.

Аннотация: рассматриваются особенности разграничения полномочий по осуществлению государственного контроля и надзора в сфере образования между Российской Федерацией и ее субъектами. Исследуется правовая природа данного разграничения, предлагаются некоторые рекомендации по его законодательному совершенствованию.

Ключевые слова: государственный контроль и надзор, сфера образования, разграничение полномочий, делегирование.

Abstract: the article discusses the features of separation of powers to exercise state control and supervision in educational sphere between the Russian Federation and its subjects. The author examines the legal nature of this separation, suggests some recommendations for legislative improvement.

Key words: state control and supervision, the sphere of education, the separation of powers, delegation.

Россия по своему государственному устройству, т.е. административно-территориальной организации и характеру взаимоотношений между центральными и местными органами и составными частями¹, есть государство федеративное, характеризующееся разделением публичной власти между центральными (федеральными) властными органами и властными органами субъектов Федерации, обладающими определенной самостоятельностью в осуществлении полномочий на собственной территории². Таким образом, проблема поиска оптимального распределения компетенции между федеральной и региональной властью, связанная с тем, что субъекты Федерации часто претендуют на чрезмерную самостоятельность, актуальна и в нашей стране³.

Конституция РФ⁴ закрепляет в ст. 71–73 предметы ведения соответственно Российской Федерации, совместные предметы ведения Россий-

¹ См.: Абдулаев М. И. Теория государства и права : учеб. для высших учебных заведений. М., 2004. С. 48.

² См.: Там же. С. 48.

³ См.: Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации : учебник. М., 2008. С. 355.

⁴ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Кон-

ской Федерации и ее субъектов, исключительные предметы ведения субъектов РФ. К исключительному ведению Российской Федерации принадлежат полномочия, обеспечивающие суверенитет государства, его верховенство на своей территории и территориальную целостность, а к совместному ведению Российской Федерации и субъектов РФ, т.е. по вопросам компетенции в равной мере как федеральных, так и региональных органов государственной власти⁵, отнесены такие области деятельности, которые представляются важными для интересов Федерации и могут затрагивать интересы нескольких ее субъектов⁶. Предметы собственного ведения субъекта РФ определяются в его конституции (уставе) и включают в себя систему органов государственной власти субъекта, систему его законодательства, административно-территориальное устройство, наименование, государственную собственность, его бюджет, налоги, межрегиональные связи, государственную символику, почетные звания⁷.

Кроме того, с 2003 г. полномочия по предметам ведения Российской Федерации и ее субъектов разделяются на две группы: полномочия органов государственной власти субъектов по вопросам совместного ведения, которые являются универсальными (нормотворчество, исполнение правовых норм, финансовое обеспечение полномочий) и не могут быть изъяты федеральными органами государственной власти, и полномочия федеральных органов государственной власти по предметам совместного ведения, которые могут быть реализованы без участия субъектов РФ: в эту группу входит и принятие делегирующих федеральных законов, передающих некоторые полномочия Российской Федерации регионам⁸.

В настоящее время продолжается дискуссия о том, что в будущем возможна ликвидация сферы совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов, так как она является источником напряженности, конфликтности во внутрифедеративных отношениях, и делается вывод о необходимости создания исключительной компетенции Российской Федерации и исключительной компетенции ее субъектов⁹. Однако нам ближе

ституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ // Рос. газета. 1993. 25 дек. ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4398.

⁵ См.: *Баглай М. В.* Конституционное право Российской Федерации. С. 377.

⁶ См.: *Шайхеев Т. И.* Российский федерализм : особенности конституционной модели и проблемы ее практической реализации // Государственная власть и местное самоуправление. 2015. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁷ См.: *Газизова Л. М.* Компетенционное право субъекта Российской Федерации : природа и сущность // Вестник Башкирского ун-та. 2011. Т. 16, № 4. С. 1456.

⁸ См.: *Филиппова Н. А.* Новая модель разграничения и децентрализации полномочий в системе российского федерализма : проблемы обеспечения интересов субъектов Российской Федерации // Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук. 2008. № 4. С. 428–430.

⁹ См., например: *Авершин В. В.* Совершенствование системы разграничения предметов ведения и полномочий в Российской Федерации : проблемы и перспективы // Известия педагогического ун-та им. А. И. Герцена. 2007. Т. 8, № 41. С. 77.

позиция тех исследователей, которые отмечают, что от системы совместного ведения нужно не отказываться, а реформировать ее, так как «это не искусственная юридическая конструкция, а результат естественной эволюции федеративных отношений, способ обеспечения совместного решения важнейших вопросов государственной и общественной жизни»¹⁰.

Как справедливо отмечает профессор С. А. Авакьян, разграничение предметов ведения и полномочий в порядке федеративного устройства представляется основой рациональной организации общегосударственного и регионального управления, и из принципа разграничения полномочий вытекает возможность Федерации и ее субъектов влиять на решения друг друга¹¹. К тому же от избранного подхода к разграничению предметов ведения и полномочий во многом зависит качество государственного управления в масштабе федеративного государства в целом и в составляющих его системах¹². При этом полномочия органов власти можно понимать как «комплексную совокупность прав и обязанностей, устанавливающих место конкретного органа власти в общей системе органов государства»¹³, совокупность прав и обязанностей по реализации исполнительных и распорядительных функций в той или иной сфере правоотношений¹⁴. Суть процесса разграничения предметов ведения и полномочий состоит в реорганизации функций и в изменениях организационной структуры, причем реорганизации подлежат не только полномочия и ресурсы для их исполнения, но и ответственность государственных органов за их ненадлежащую реализацию¹⁵.

Стоит заметить, что контрольно-надзорные полномочия, согласно федеративному делению Российского государства, в соответствии с Конституцией РФ и иными нормативными правовыми актами, закрепляющими особенности разграничения предметов ведения и полномочий Российской Федерации и ее субъектов, могут быть также дифференцированы на контроль и надзор, реализуемый федеральными государственными органами исполнительной власти и, соответственно, государственными органами исполнительной власти субъектов, т.е. на федеральный и региональный государственный контроль и надзор. Изучение особенностей

¹⁰ Умнова И. А. Проблемы дефедерализации и перспективы оптимизации современной российской модели разграничения предметов ведения и полномочий в контексте доктрины субсидиарности // Сравнительное конституционное обозрение. 2012. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: Авакьян С. А. Конституционное право России : учеб. курс : в 2 т. М., 2010. Т. 2. С. 101–102.

¹² См.: Конституционные основы разграничения полномочий между органами публичной власти / отв. ред. Л. В. Андриченко, А. Е. Постников. М., 2016. С. 69.

¹³ Наумов С. Ю. Разграничение предметов ведения и полномочий между органами власти в Российском федеративном государстве // Вестник Поволжского ин-та управления. 2002. № 3. С. 29.

¹⁴ См.: Ионова Е. В. Конституционно-правовой статус органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2007. С. 10.

¹⁵ См.: Там же. С. 29.

реализации полномочий на каждом из указанных уровней позволит выявить как достижения, так и проблемы осуществления государственными органами исполнительной власти контрольной, надзорной и контрольно-надзорной деятельности.

Анализ основных признаков разграничения рассматриваемых полномочий невозможен без основного, системного (так называют его некоторые исследователи)¹⁶ нормативного правового акта в данной сфере – Федерального закона от 26 декабря 2008 г. № 294-ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»¹⁷ (далее – Закон № 294-ФЗ), определяющего федеральный государственный контроль и надзор как деятельность федеральных органов исполнительной власти на всей территории Российской Федерации, а региональный государственный контроль и надзор – как деятельность уполномоченных государственных органов исполнительной власти субъектов РФ, осуществляемую данными органами самостоятельно за счет средств бюджета субъекта РФ. Таким образом, законодатель отдельно указывает, что региональный государственный контроль и надзор есть самостоятельная, независимая в экономическом и функциональном плане от федерального и местного контроля и надзора деятельность, имеющая свои цели, задачи, функции, полномочия.

Л. С. Козлова, Т. Д. Садовская выделяют три группы видов контрольно-надзорных полномочий субъектов РФ:

- 1) контрольно-надзорные полномочия, которые полностью подпадают под действие Федерального закона № 294-ФЗ;
- 2) контрольно-надзорные полномочия, которые не подпадают под действие Закона № 294-ФЗ, но в отношении их федеральными законами могут быть установлены особенности;
- 3) контрольно-надзорные полномочия, которые хотя и осуществляются в отношении индивидуальных предпринимателей и юридических лиц, но исключены из сферы действия Закона № 294-ФЗ¹⁸.

Среди 36 видов государственного контроля и надзора, осуществляемого с учетом положений названного законодательного акта, выделяются 3 вида регионального государственного контроля и надзора, 17 видов федерального государственного контроля и надзора, 16 видов государственного контроля и надзора, в отношении которых не закреплено, являются ли они федеральным или региональным. В отношении последних двух видов возможна *передача контрольно-надзорных полномочий* Российской Федерации ее субъектам.

¹⁶ См., например: Козлова Л. С., Садовская Т. Д. Правовое регулирование регионального контроля (надзора) // Вестник Тюменского гос. ун-та. Серия: Социально-экономические и правовые исследования. 2013. № 3. С. 82.

¹⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

¹⁸ См.: Козлова Л. С., Садовская Т. Д. Правовое регулирование регионального контроля (надзора). С. 84.

Правовой институт переданных полномочий тесно связан с понятием «децентрализация», которую в науке связывают с распределением полномочий между уровнями власти¹⁹. Достаточно подробное исследование проблем децентрализации в рамках публичного управления проведено в работе С. Н. Махиной «Административная децентрализация в Российской Федерации», в которой исследователь рассматривает указанное явление с различных сторон: в качестве принципа публичного управления, способа (метода) управленческого воздействия, управленческого режима, формы организации публичной власти и публичного управления, процесса²⁰. Суть децентрализации публичной власти С. Н. Махина заключает в «распределении и реализации государственно-властных функций и полномочий между властными управляющими субъектами различных иерархических уровней и организационно-правовых форм»²¹. Профессор И. В. Понкин утверждает, что не существует универсального понимания децентрализации публичного управления, которую можно рассматривать как принцип, метод и процесс²², в последнем из которых децентрализация определяется как делящиеся во времени и привязанные к определенному периоду распределение системы публично-властных полномочий и связанной с ними ответственности в целях передачи таких полномочий и ответственности с иерархически более высоких уровней на иерархически более низкие уровни публичной власти²³.

Для целей нашего исследования децентрализация будет пониматься в качестве процесса, т.е. регламентированной нормами действующего законодательства совокупности процедур по перераспределению прав, обязанностей, ответственности с вышестоящего (федерального) на нижестоящий (региональный, местный) уровень власти.

Органы исполнительной власти субъектов РФ могут осуществлять не только региональный государственный контроль и надзор, но и переданные контрольно-надзорные полномочия Российской Федерации в отдельных областях, в том числе в сфере образования. Следовательно, среди форм децентрализации, выделяемых исследователями указанного правового явления²⁴, наиболее подходящей для системы переданных

¹⁹ См., например: *Басиев М. С.* Отдельные вопросы децентрализации публичной власти // Вестник Северо-Осетинского гос. ун-та им. К. Л. Хетагурова. 2015. № 1. С. 125 ; *Кавасима Н.* Теоретическое осмысление децентрализации в культурной политике : понятие, ценности и стратегии // Журнал исследований социальной политики. 2009. № 1. С. 120.

²⁰ См.: *Махина С. Н.* Административная децентрализация в Российской Федерации. Воронеж, 2005. С. 21–44.

²¹ Там же. С. 21.

²² См.: *Понкин И. В.* Теория государственного управления : децентрализация публичной администрации // Административное право и процесс. 2014. № 2. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²³ См.: Там же.

²⁴ Например, С. Н. Махина выделяет следующие формы децентрализации (внешнее использование методов и способов децентрализации): деконцентрация, делегирование и передача власти (см.: *Махина С. Н.* Административная децен-

полномочий по государственному контролю и надзору в сфере образования (далее – ГКИНВСО) является *делегирование*, особенности которого рассмотрим ниже.

1. *Нормативно-правовая регламентация.* Впервые субъекты РФ стали осуществлять переданные контрольно-надзорные полномочия в сфере образования в 2009 г. В результате проведенной законодательной работы произошло развертывание действенной деятельности по надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации в сфере образования, которая ранее в субъектах РФ осуществлялась фрагментарно, а также значительное упорядочение осуществления процедур лицензирования и государственной аккредитации, в том числе контроль за их своевременным проведением²⁵.

Можно согласиться с тем, что на сегодняшний день одной из проблем действующего федерального законодательства является недостаточно четкое определение механизма организации взаимодействия и координации деятельности федеральных органов и органов субъектов РФ²⁶. К счастью, образовательное законодательство традиционно подробно закрепляет полномочия органов различных уровней публичной власти в сфере образования²⁷, и сейчас продолжается процесс устранения дублирования и пробельности, характерных для сферы образования в последние годы²⁸.

В Федеральном законе «Об образовании в Российской Федерации»²⁹ (далее – закон об образовании) содержатся четыре статьи, закрепляющие полномочия федеральных, региональных, местных органов власти в области образования. Для нашего исследования вызывает интерес

трализация в Российской Федерации. С. 44–45) ; И. В. Понкин выделяет деконцентрацию, делегирование и деволюцию (см.: *Понкин И. В.* Теория государственного управления... Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

²⁵ См.: *Максимова Л. И.* Практика осуществления полномочий государственной власти по надзору и контролю в области образования органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации // Вестник Бурятского гос. ун-та. 2011. № 1. С. 63.

²⁶ См.: *Тхабисимов Х. А.* Разграничение предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации как конституционный принцип российского федерализма // Конституционное и муниципальное право. 2014. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁷ Полномочия органов власти различных уровней закреплялись в ст. 6–8 Закона СССР от 19 июля 1973 г. № 4536-VIII «Об утверждении Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о народном образовании»; ст. 6–12 Закона РСФСР от 2 августа 1974 г. «О народном образовании»; ст. 28, 28.1, 29, 31 Закона РФ от 10 июля 1992 г. № 3266-1 «Об образовании».

²⁸ См.: *Шугрина Е. С.* Разграничение предметов ведения и полномочий разных уровней публичной власти в области образования // Административное и муниципальное право. 2013. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁹ Об образовании в Российской Федерации : федер. закон от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 53 (ч. 1). Ст. 7598.

ст. 7 указанного нормативного правового акта, регулирующая вопросы переданных полномочий Российской Федерации, имеющая следующую структуру: устанавливаются полномочия, передаваемые Российской Федерации для осуществления ее субъектам: ГКИНВСО, лицензирование и государственная аккредитация образовательной деятельности, а также подтверждение документов об образовании и (или) о квалификации; закрепляются особенности финансирования переданных полномочий и права федеральных и региональных органов государственной власти. Указанные полномочия носят контрольно-разрешительный характер, и, как верно отмечает Л. В. Андриченко, их передача субъектам РФ, с одной стороны, направлена на усиление роли данных субъектов в реализации государственной политики и расширение возможностей их влияния на образовательные организации, а с другой – сохраняется вариант закрепления унифицированных требований к проведению контрольно-разрешительных действий на всей территории Российской Федерации³⁰.

Мы не можем согласиться с С. Н. Братановским и С. А. Кочерга, утверждающими, что установление в ст. 7 закона об образовании переданных полномочий нарушает субординацию, выстроенную законом в части закрепления федеральных, региональных и местных прав и обязанностей в сфере образования, а также происходит дублирование ст. 8 закона, определяющей компетенцию регионов в сфере образования³¹. Делегированные полномочия по контролю и надзору приведены в законе об образовании в соответствии с Законом № 294-ФЗ, из которого однозначно следует, что Российская Федерация может передавать федеральные полномочия по контролю и надзору ее субъектам. Статья является четко выстроенной и понятной в плане установления процедур передачи полномочий, соответствует правилам юридической техники.

2. Имеющиеся контрольно-надзорные полномочия в сфере образования можно разделить на *две группы*:

1) в зависимости от властного субъекта контрольно-надзорных правоотношений: полномочия, реализуемые Федеральной службой по надзору в сфере образования и науки (Рособрнадзором) и государственными органами исполнительной власти субъектов РФ;

2) в зависимости от подвластного субъекта контрольно-надзорных правоотношений: круг полномочий Рособрнадзора ограничен организациями, осуществляющими образовательную деятельность по образовательным программам высшего образования; федеральными государственными образовательными организациями, реализующими образовательные программы в определенных законом сферах деятель-

³⁰ См.: Образовательное законодательство России. Новая веха развития / Л. В. Андриченко [и др.] ; под ред. Н. В. Путило, Н. С. Волковой. М., 2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³¹ См.: Братановский С. Н., Кочерга С. А. Полномочия и основные направления деятельности органов исполнительной власти субъектов Федерации в области образования граждан // Административное право и процесс. 2015. № 7. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ности (обороны, внутренних дел, безопасности и др.); российских образовательных организаций, находящихся за рубежом и иностранных образовательных организаций, чьи филиалы осуществляют образовательную деятельность на территории Российской Федерации. Соответственно, за остальными юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями контрольно-надзорные действия реализуются региональными государственными органами исполнительной власти.

3. Степень участия Федерации в деятельности ее субъектов. Контрольно-надзорные полномочия в сфере образования по своей правовой природе являются делегированными вследствие того, что, хотя они и реализуются региональными государственными органами исполнительной власти, доля участия федерального органа в лице Рособнадзора в процедурах общей организации осуществления проверочных мероприятий определяется достаточно высоко. Данный вывод исходит из норм действующих законодательных и подзаконных нормативных правовых актов в области образования: так, высшее должностное лицо субъекта РФ имеет право принять административный регламент по исполнению переданных полномочий только в случае отсутствия такового на федеральном уровне (п. 5 ч. 8 ст. 7 закона об образовании); Рособнадзор согласовывает структуру региональных органов власти, реализующих переданные полномочия, осуществляет контроль и надзор за полнотой, качеством и законностью осуществляемых переданных полномочий (ч. 7 ст. 7 закона об образовании); в случае принятия нормативного правового акта, касающегося переданных полномочий, региональный орган исполнительной власти обязан оповестить об этом Рособнадзор³².

Следовательно, под *делегированием полномочий по государственному контролю и надзору в сфере образования* можно понимать урегулированную нормами действующего законодательства об образовании совокупность административных процедур по предоставлению ограниченного количества прав, обязанностей и ответственности в сфере организации и осуществления контрольных и надзорных мероприятий в образовательной сфере с федерального на региональный уровень, характеризующейся относительной самостоятельностью реализации контрольно-надзорных мероприятий государственными органами исполнительной власти субъектов РФ, при участии в принятии управленческих решений федеральных органов.

³² См.: Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по надзору в сфере образования и науки государственной функции по осуществлению надзора за нормативно-правовым регулированием, осуществляемым органами государственной власти субъектов Российской Федерации по вопросам полномочий Российской Федерации в области образования, переданных для осуществления органам государственной власти субъектов Российской Федерации : приказ Министерства образования и науки Российской Федерации от 21 января 2009 г. № 8 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 25.

В настоящее время можно констатировать факт наличия *проблемы определения критериев разграничения полномочий между различными уровнями власти*, выражающейся в отсутствии определенных принципов такого разграничения³³, что касается и рассматриваемой нами области. Приведем интересный вывод А. Ф. Ноздрачева, который верно отмечает, что среди негативных черт, которыми характеризуется современное состояние правового регулирования государственного контроля, выделяется проблема отсутствия четкого определения и разграничения контрольных полномочий между федеральными, региональными и местными органами исполнительной власти³⁴. В действующем законодательстве конкретно не установлены предметы ведения и полномочия в сфере контроля и надзора федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления³⁵.

На решение возникших вопросов направлен законопроект «Об основах государственного и муниципального контроля (надзора) в Российской Федерации», глава 8 которого закрепляет четкий перечень видов федерального, регионального и местного контроля (надзора). Законопроект устанавливает 156 видов федерального, 44 вида регионального и 14 видов муниципального контроля и надзора. Построение такого подробного перечня есть, на наш взгляд, одна из положительных новаций законопроекта, и остается только провести работу в части соотнесения наименований устанавливаемых функций государственных органов с отраслевыми законодательными и подзаконными нормативными правовыми актами.

В свете вышеназванных проблем качество и полнота некоторых проверок в образовательной сфере, проводимых региональными государственными органами исполнительной власти, вызывает сомнения: так, мы не видим целесообразности проверок субъектами РФ федеральных образовательных организаций, так как именно Российская Федерация в лице своих государственных органов должна проводить проверки юридических лиц, по отношению к которым она является собственником. Необходимо шире использовать практику делегирования полномочий не только от Российской Федерации ее субъектам³⁶, но и, возможно, от субъектов к Российской Федерации. В связи с этим, подп. «а», «б» п. 7 ч. 1

³³ См.: *Соколова Н. А.* Принципы разграничения полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами в сфере охраны здоровья граждан // Вестник Омского ун-та: Серия: Право. 2009. Т. 18, № 1. С. 64.

³⁴ См.: *Ноздрачев А. Ф.* Контроль : правовые новеллы и нерешенные проблемы // Журнал рос. права. 2012. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³⁵ См.: *Садовская Т. Д.* К вопросу о государственном региональном контроле (надзоре) // Право и практика. 2012. № 1. С. 66.

³⁶ См.: *Пенигин В. Ю.* Разграничение полномочий между Российской Федерацией и ее субъектами в сфере образования (на примере Свердловской области) // Рос. юрид. журнал. 2005. № 3. С. 10.

ст. 6 закона об образовании, закрепляющие разрешительные полномочия Российской Федерации, на которые закон ссылается и при определении контрольно-надзорных полномочий, можно изложить в следующей редакции: «федеральных организаций, осуществляющих образовательную деятельность».

Таким образом, необходимо дальнейшее реформирование института делегированных полномочий по осуществлению государственного контроля и надзора в сфере образования в части перераспределения объектов контроля и надзора в целях большей эффективности их осуществления.

Воронежский государственный университет

Фролов Б. М., аспирант кафедры административного и муниципального права

E-mail: frolobor@yandex.ru

Тел.: 8-910-287-49-83

Voronezh State University

Frolov B. M., Post-graduate Student of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: frolobor@yandex.ru

Tel.: 8-910-287-49-83

**НОРМАТИВНОЕ ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
ИНФОРМАЦИОННЫХ ОТНОШЕНИЙ
В СОДРУЖЕСТВЕ НЕЗАВИСИМЫХ ГОСУДАРСТВ**

Ю. Г. Иванцова

Белорусский государственный университет (г. Минск)

Поступила в редакцию 15 января 2017 г.

Аннотация: проанализирована договорно-правовая база сотрудничества государств в Содружестве Независимых Государств (далее – СНГ), регулирующая информационные отношения; особое внимание уделено формированию новых информационных отношений. Рассмотрены различные формы имплементации многосторонних и двусторонних договоров во внутреннее законодательство Республики Беларусь.

Ключевые слова: информационные отношения, многосторонние договоры, двусторонние договоры, имплементация, гармонизация, сближение, унификация.

Abstract: this article analyzed the juridical base of cooperation of states in the Commonwealth of Independent States (hereinafter – CIS), regulating information relations, special attention is paid to the formation of new information relations. In addition, we consider the various forms of implementation of multilateral and bilateral treaties in domestic law of the Republic of Belarus.

Key words: information relations, multilateral treaties, bilateral treaties, implementation, harmonization, convergence and unification.

Нормативное правовое регулирование информационных отношений на просторах СНГ осуществляется на основании национальных интересов государств в рамках реализации уставных целей содружества, утвержденных Уставом Содружества Независимых Государств от 22 января 1993 г. (далее – Устав СНГ) и вытекающих из Соглашения от 8 декабря 1991 г. о создании СНГ. Так, ст. 5 Устава СНГ содержит положение, в соответствии с которым, «основной правовой базой межгосударственных отношений в рамках СНГ являются многосторонние и двусторонние соглашения в различных областях взаимоотношений государств-членов»¹.

В юридической науке существуют различные взгляды на проблему взаимосвязи источников международного и национального права. Так, профессор Н. В. Сильченко полагает, что между источниками международного права не существует таких глубоких и постоянных системообразующих связей, которые существуют между источниками национального права. Если в основе субординации источников на-

¹ Устав Содружества Независимых Государств : принят в г. Минске 22 января 1993 г. // ЭТАЛОН. Законодательство Республики Беларусь / Нац. центр правовой информации Республики Беларусь. Минск, 2016.

ционального права всегда лежат материальные критерии, к которым относится, в первую очередь, структура органов государства, то на систему источников международного права данный системообразующий фактор напрямую не воздействует².

На наш взгляд, несмотря на слабость системообразующих связей среди источников международного права, в рамках системы международного правового регулирования информационных отношений можно выделить предметно-функциональные связи. Так, на основании отдельных положений одних многосторонних международных договоров принимаются другие многосторонние или двусторонние договоры в информационной сфере. Таким образом, можно выделить «исходные» и «производные» акты. К «исходным» международным договорам можно отнести: Соглашение от 9 октября 1992 г. о сотрудничестве в области информации; Соглашение от 26 июня 1992 г. об обмене экономической информацией; Соглашение от 21 октября 1994 г. об обмене правовой информацией; Соглашение от 10 февраля 1995 г. о сотрудничестве в области книгоиздания, книгораспространения и полиграфии и др.

Так, на основании Соглашения от 9 октября 1992 г. о сотрудничестве в области информации приняты: Конвенция от 16 апреля 2004 г. о статусе корреспондента, представляющего средство массовой информации государства – участника СНГ в других государствах Содружества; Соглашение от 20 сентября 2002 г. о сотрудничестве в распространении массовой информации; Соглашение от 5 октября 2000 г. между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Казахстан о сотрудничестве в области печати и информации; Соглашение от 4 июня 1999 г. о сотрудничестве государств – участников СНГ в области периодической печати; Соглашение от 8 октября 1998 г. между Правительством Республики Беларусь и Кабинетом министров Украины о сотрудничестве в области информации; Соглашение от 4 июня 1999 г. о создании Межгосударственного совета по сотрудничеству в области периодической печати, книгоиздания, книгораспространения и полиграфии и др.

Таким образом, принятие многосторонних и двусторонних договоров на основании «исходных» (являющихся в определенной степени системообразующими) в рамках СНГ, регулирующих информационные отношения, позволяет говорить о системе международных договоров со своими системоприобретенными предметно-функциональными связями.

Немалый интерес представляют вопросы реализации взаимных обязательств государств – участников СНГ по международным договорам и их имплементации во внутреннее законодательство. Так, Республика Беларусь, реализуя международные договоры с помощью

² См.: Сільчанка М. У. Тэорыя крыніц беларускага права. Гродна, 2012. С. 176.

внутригосударственных процедур, «гармонизирует», «унифицирует», «сближает» собственные нормативные правовые акты в соответствии с нормативными правовыми актами других государств – участников СНГ.

Каждую из вышеизложенных терминологических единиц можно охарактеризовать теоретически и практически (путем использования их в контексте международных договоров СНГ, регулирующих информационную сферу).

По мнению Л. А. Лунца, унификация – процесс выработки унифицированных норм (единых (единообразных) правовых норм), которые после принятия их заинтересованными государствами заменили бы разнообразные положения национального права³. Так, унифицировать – привести к единообразию⁴. И. А. Грингольц выделяет две формы унификации. В одном случае к единообразию приводится правовое регулирование отношений, возникающих в международном обороте и входящих в сферу национальных правопорядков. Как правило, единообразие достигается посредством международно-правовых актов. В другом случае унифицируются правовые нормы и институты разных стран, рассчитанные в основном на регулирование отношений внутри каждой из них. Унификация в данной форме может производиться по собственному усмотрению той или иной страны в виде рецепции иностранного права, по неформальному согласованию между странами, на основе рекомендательных положений, разработанных международной организацией (в частности, типовых или примерных законов), наконец, путем заключения международных соглашений об унификации внутреннего права⁵.

Первая форма унификации частично отображается в международных договорах СНГ применительно к определению единой формы, единых процедур межгосударственного информационного обмена, создания унифицированных информационных систем, фондов данных, унификации документооборота и пр. Второй формой унификации являются унифицированные нормы модельных законодательных актов Межпарламентской Ассамблеи СНГ, но данные акты имеют рекомендательный характер и не входят в нормативное правовое регулирование, соответственно, не являются предметом данного исследования.

Если унификация предусматривает выработку однотипных норм или установление единообразия в чем-то, то сближение национального законодательства предполагает сходство, но не тождество пра-

³ См.: Лунц Л. А. Международное частное право : учебник. М., 1984. С. 39.

⁴ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка : 70 000 слов / под ред. Н. Ю. Шведовой. 22-е изд., стер. М., 1990. С. 832.

⁵ См.: Грингольц И. А. Унификация и сближение законодательства стран – членов СЭВ в процессе социалистической экономической интеграции (теоретические проблемы) // Советское государство и право. 1975. № 10. С. 85–86.

вовых решений. Сходство определяется содержанием «сближенных» норм, тогда как их структура и редакция могут быть различными⁶. Совпадение обычно является результатом взаимных влияний и заимствований, обусловленных объективными экономическими факторами, политическими условиями, наличием национальных или культурных связей между данными странами⁷.

Анализ договорной базы СНГ показывает, что сближение законодательства реализуется в преодолении несоответствия в национальных законодательствах государств – участников СНГ и дальнейшего их родства по следующим направлениям сотрудничества в информационной сфере: в области развития и использования совместимых национальных телемедицинских систем; в сфере обеспечения информационной безопасности; в сфере рекламы; в сфере функционирования средств массовой информации; в области развития и использования систем сотовой подвижной связи, ориентированных на беспрепятственное предоставление услуг этого вида связи на территориях государств – участников СНГ; в области периодической печати, книгоиздания, книгораспространения и полиграфии государств – участников СНГ и пр.

Что касается понятия «гармонизация», то существует мнение о том, что гармонизация – понятие более широкое по сравнению с унификацией и сближением. Так, «гармония» – согласованность, стройность в сочетании чего-нибудь⁸. Гармонизация представляет собой процесс целенаправленного сближения правовых систем в целом или их отдельных отраслей⁹.

В международных договорах, регулирующих информационную сферу, термин «гармонизация» употребляется в широком понимании в следующих контекстах: 1) гармонизация законодательства и нормативной технической базы государств – участников СНГ; 2) гармонизация законодательства с международными стандартами и общепризнанными принципами; 3) гармонизация процессов создания и развития информационных систем, сетей и средств связи; 4) формирование единой терминологии в информационной сфере и пр.

Таким образом, суть гармонизации в информационной сфере на просторах СНГ – в согласовании уже установленных норм и сближении национальных законодательств государств – участников СНГ (с учетом их внутренних особенностей или в соответствии с внутренним законодательством). В то же время унификация не является синонимической единицей для данных категорий, а рассматривается как

⁶ См.: Там же. С. 86.

⁷ См.: Луиц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. М., 1973. Т. 1 : Общая часть. С. 27.

⁸ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка : 70 000 слов. С. 130.

⁹ См.: Калугин В. Ю. Курс международного гуманитарного права. Минск, 2006. С. 365.

один из способов гармонизации, именно как процесс, устанавливающий единообразие правовых норм.

Гармонизации, сближению и унификации национальных законодательств в информационной сфере способствуют заключаемые в рамках СНГ межгосударственные, межведомственные и межправительственные договоры по различным направлениям информационной сферы.

Стоит отметить, что первоначально закрепленными в «организационных» документах направлениями сотрудничества в информационной сфере в рамках СНГ являются: построение информационного пространства, сотрудничество в области связи, осуществление совместных проектов и программ в области науки и техники, широкий информационный обмен. В настоящее время круг направлений сотрудничества в рассматриваемой сфере существенно расширился.

Так, одними из первых соглашений, заключенных после распада СССР в информационной сфере в рамках СНГ являются: Соглашение от 26 июня 1992 г. о межгосударственном обмене научно-технической информацией; Соглашение от 26 июня 1992 г. об обмене экономической информацией; Соглашение от 9 октября 1992 г. о координации межгосударственных отношений в области почтовой и электрической связи; Соглашение от 9 октября 1992 г. о сотрудничестве в области информации и др.

Для исследования нормативного правового регулирования информационных отношений в СНГ важно изучить их количественное соотношение и динамику, поскольку «численная величина законов оказывает влияние на их качественное своеобразие и соответственно на положение в системе законодательства в целом»¹⁰.

Так, за период с 1991 по 2016 г. Республика Беларусь приняла на себя обязательства по более 50 многосторонних договоров в информационной сфере.

Следует отметить, что около 49 % международных договоров, так называемых самоисполнимых, вступили в силу путем их подписания. Данное условие предусматривается самим международным договором.

Остальные правовые акты трансформированы во внутреннее законодательство Республики Беларусь с помощью выполнения внутригосударственных процедур, необходимых для вступления в силу международного договора: путем ратификации (в форме закона) – 12 %; утверждения в форме указа – 6 %; утверждения в форме постановления – 33 %. Из количественного анализа международных договоров, трансформированных во внутреннее законодательство Республики Беларусь, следует, что большинство актов утверждаются постановлением Совета министров Республики Беларусь. Именно Правительство Республики Беларусь в пределах полномочий на основании

¹⁰ Сильченко Н. В. Количественное соотношение между видами актов и проблемы теории закона // Советское государство и право. 1988. № 2. С. 13.

абз. 6 ч. 1 ст. 21 Закона Республики Беларусь от 23 июля 2008 г. № 424-З «О Совете министров Республики Беларусь» принимает меры по обеспечению исполнения большей части многосторонних международных договоров Республики Беларусь, регулирующих информационные отношения в пределах СНГ. Таким образом, значительная часть актов информационного законодательства СНГ имплементируется в национальную правовую систему на уровне исполнительных органов власти.

В то же время, начиная примерно с 2005 г., наиболее широкое распространение среди способов трансформации международных договоров, регулирующих информационные отношения в СНГ во внутреннее законодательство Республики Беларусь, получает ратификация в форме закона (рисунок).

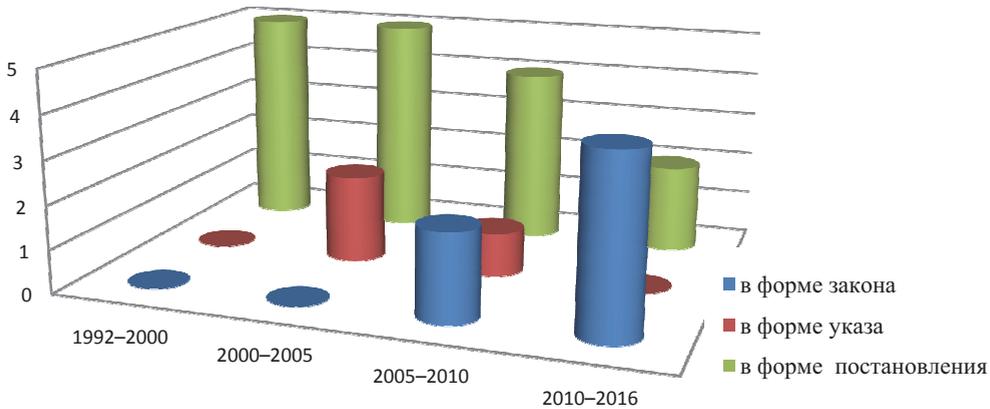


Рисунок. Многосторонние соглашения, имплементированные во внутреннее законодательство Республики Беларусь

Взаимоинтересованность государств – участников СНГ в совместном регулировании информационных отношений оформляется многосторонними международными договорами, заключенным по следующим направлениям:

– *создание совместных органов*. Например, Соглашение от 3 ноября 1995 г. о создании Совета руководителей государственных информационных агентств СНГ;

– *обмен информацией, информационное обеспечение*. Например, Соглашение от 30 мая 2014 г. о сотрудничестве в сфере межгосударственного обмена научно-технической информацией; Соглашение от 31 мая 2001 г. об обмене информацией в сфере образования государств – участников СНГ; Соглашение от 21 октября 1994 г. об обмене правовой информацией и др.;

– *информатизация, создание и использование информационных систем, сетей*. Например, Соглашение от 22 ноября 2007 г. о координации работ в области информатизации систем образования государств – участников СНГ; Соглашение от 19 ноября 2010 г. о со-

трудничестве государств – участников СНГ в создании совместимых национальных телемедицинских систем и дальнейшем их развитии и использовании; Соглашение от 14 ноября 2008 г. о сотрудничестве в создании государственных информационных систем паспортно-визовых документов нового поколения и дальнейшем их развитии и использовании в государствах – участниках СНГ и др.;

– *связь (почтовая, электросвязь)*. Например, Соглашение от 30 октября 2015 г. об условиях осуществления межоператорских взаиморасчетов при оказании услуг международной электросвязи в государствах – участниках СНГ; Соглашение от 9 октября 1992 г. о координации межгосударственных отношений в области почтовой и электрической связи и др.;

– *книгоиздание, полиграфия, периодическая печать, фильмопроизводство*. Например, Соглашение от 14 ноября 2008 г. о совместном фильмопроизводстве; Соглашение от 16 апреля 2004 г. о сотрудничестве в области книгоиздания, книгораспространения и полиграфии; Соглашение от 4 июня 1999 г. о сотрудничестве государств – участников СНГ в области периодической печати и др.;

– *средства массовой информации, реклама*: Конвенция от 16 апреля 2004 г. о статусе корреспондента, представляющего средство массовой информации государства – участника СНГ в других государствах Содружества; Соглашение от 19 декабря 2003 г. о сотрудничестве государств – участников СНГ в сфере регулирования рекламной деятельности;

– *защита информации, обеспечение информационной безопасности*. Например, Соглашение от 25 октября 2013 г. о защите секретной информации в рамках СНГ; Соглашение от 20 ноября 2013 г. о сотрудничестве государств – участников СНГ в области обеспечения информационной безопасности и др.;

– *борьба с преступлениями в сфере компьютерной информации*. Например, Соглашение от 1 июня 2001 г. о сотрудничестве государств – участников СНГ в борьбе с преступлениями в сфере компьютерной информации.

Как видим, содержание данных направлений представляет интерес практически для каждого государства – участника СНГ, что дает возможность придания данным направлениям международного многостороннего сотрудничества стратегического характера.

Следующим важным элементом договорно-правового сотрудничества в рамках СНГ являются международные двусторонние договоры, направленные на углубление и расширение интеграционных процессов в информационной сфере между двумя государствами.

Республика Беларусь заключила более 70 двусторонних соглашений в данной сфере с государствами – участниками СНГ. Осуществляется активное сотрудничество с Российской Федерацией, Украиной, Республикой Казахстан, что составляет около 65 % от всех двусторонних договоров с государствами – участниками СНГ.

Как и международные многосторонние договоры, двусторонние имплементируются во внутреннее законодательство двумя способами, которые в основном указываются в договоре: путем выполнения внутригосударственных процедур и путем подписания.

Можно выделить следующие направления информационной сферы, для регулирования которых заключаются двусторонние межгосударственные, межправительственные договоры, предполагающие выполнение внутригосударственных процедур, в частности издания нормативного правового акта:

- о взаимной защите секретной информации, защите государственных секретов, обеспечения международной информационной безопасности, сотрудничестве в области технической защиты информации;

- в области связи (электрическая и почтовая связь), военной фельдъегерско-почтовой связи, правительственной связи;

- в области информатизации и информационных технологий;

- в области информации и печати, книгоиздания, полиграфии, печатных средств массовой информации;

- об обмене информацией (например, обмен информацией и сотрудничестве в области ядерной безопасности и радиационной защиты) и пр.

Кроме того, моментом вступления в законную силу двустороннего межправительственного или межведомственного договоров в Республике Беларусь является дата его подписания. Среди межправительственных соглашений можно назвать следующие: о сотрудничестве по вопросам связи (электрической и почтовой), регулировании тарифов на услуги связи, правительственной связи; о сотрудничестве в области печати; о сотрудничестве в области защиты информации; о сотрудничестве в области информатизации и вычислительной техники; об обмене правовой информацией и пр. Межведомственные договоры в основном заключаются относительно информационного обмена между ведомствами и другого информационного взаимодействия, а также сотрудничества в области статистики, архивного дела, по вопросам распространения периодических изданий и иным вопросам.

Следует также отметить, что иногда встречаются договоры, направленные на решение аналогичных вопросов, но имеющие различный характер. Например, Соглашение Правительства Республики Беларусь от 22 декабря 1994 г. между Правительством Республики Беларусь и Правительством Республики Узбекистан о сотрудничестве в области электрической и почтовой связи и Соглашение от 5 июля 1993 г. между Министерством связи Республики Узбекистан и Министерством связи и информатики Республики Беларусь о сотрудничестве в области электрической и почтовой связи регулируют аналогичные вопросы, однако один из них – межправительственный, другой – межведомственный. Это зависит от предоставляемых пол-

номочий тех или иных органов в различных государствах. На наш взгляд, данное явление не имеет существенного значения, поскольку исполнитель по международному договору – государство Республики Беларусь, независимо от сторон международного договора.

Таким образом, нормативные правовые акты, регулирующие информационные отношения в рамках СНГ, подразделяются на «исходные» международные договоры и «производные». Проведенное исследование свидетельствует о возрастании числа «производных» международных договоров, при этом отмечается возрастание ратификации в форме закона. Наблюдается также рост числа двусторонних соглашений в сфере регулирования информационных отношений, причем наибольшее число таких соглашений заключено между Российской Федерацией, Украиной и Республикой Казахстан.

Белорусский государственный университет (г. Минск)

Иванцова Ю. Г., магистр юридических наук, аспирант кафедры теории и истории государства и права

E-mail: bonchuk_julia@mail.ru

Тел.: +375 (33) 325-63-81

Belarussian State University (Minsk)

Ivanzova Yu. G., Master of Legal Sciences, Post-graduate Student of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: bonchuk_julia@mail.ru

Тел.: +375 (33) 325-63-81

УДК 342.9

**ПРЕДЕЛЫ ВЛИЯНИЯ ПРАВИЛ, УСТАНОВЛИВАЕМЫХ
СПЕЦИАЛЬНЫМ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫМ РЕЖИМОМ
НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ (БАНКРОТСТВА)
НА ПРИНЦИПЫ ИСПОЛНЕНИЯ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ДОЛЖНИКА**

С. С. Ломакин

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

Поступила в редакцию 28 декабря 2016 г.

Аннотация: *статья посвящена особенностям ограничения принципов исполнения обязательств должника в рамках специального административно-правового режима, складывающегося в сфере несостоятельности (банкротства).*

Ключевые слова: *специальный административно-правовой режим, должник, несостоятельность (банкротство), обязательство, принципы исполнения обязательств.*

Abstract: *this article is devoted to the peculiarities of the principles of limited liabilities of the debtor under a special administrative-legal regime emerging in the field of insolvency (bankruptcy).*

Key words: *special administrative-legal regime of the debtor, insolvency (bankruptcy), the commitment, the principles of fulfillment of obligations.*

Институт несостоятельности банкротства представляет собой специальный административно-правовой режим. В рамках такого режима для субъектов, подпадающих под регулирование рассматриваемого правового режима, устанавливается ряд ограничений их правового статуса. Данные ограничения зависят от процедуры несостоятельности (банкротства), введенной в отношении должника. Как следствие, правила поведения, определяемые в рамках специального административно-правового режима несостоятельности (банкротства) оказывают существенное влияние на принципы исполнения обязательств несостоятельным должником.

Так, принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств, закрепленный в ст. 310 ГК РФ¹, существенно ограничивается в случае введения в отношении должника правил, устанавливаемых специальным административно-правовым режимом несостоятельности (банкротства). Например, в таких процедурах, как «внешнее управление» и «конкурсное производство», арбитражному управляющему предоставлено право отказа от исполнения сделок необстоятельного должника. Положениями ст. 102 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (в ред. от 01.01.2017) установлено следующее: внешний управляющий в течение трех месяцев

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

с даты введения внешнего управления вправе отказаться от исполнения договоров и иных сделок должника².

Отказ от исполнения договоров и иных сделок должника может быть заявлен только в отношении сделок, не исполненных сторонами полностью или частично, если такие сделки препятствуют восстановлению платежеспособности должника или если исполнение должником подобных сделок повлечет за собой убытки для должника по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах.

В случаях, предусмотренных п. 2 ст. 102 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», договор считается расторгнутым с даты получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего управляющего об отказе от исполнения договора.

Сторона по договору, в отношении которого заявлен отказ от исполнения, вправе потребовать от должника возмещения убытков, вызванных отказом от исполнения договора должника.

Право конкурсного управляющего на отказ от сделок несостоятельного должника закреплено в ст. 129 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

Из всего вышеизложенного следует, что:

1. В рамках специального административно-правового режима допускается отступление от принципа, препятствующего одностороннему отказу от исполнения обязательств. Такой отказ может быть заявлен только внешним управляющим или конкурсным управляющим в течение трех месяцев с даты введения внешнего управления или конкурсного производства.

2. Отказ от исполнения договоров и иных сделок должника может быть заявлен только в отношении сделок, не исполненных сторонами полностью или частично при условии достижения таким отказом любой из следующих целей:

1) отказ способствует устранению препятствий в восстановлении платежеспособности должника;

2) если исполнение должником таких сделок повлечет за собой убытки для должника по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах.

3. Обязательство считается прекращенным с даты получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего либо конкурсного управляющего об отказе от исполнения договора.

В правоприменительной практике момент прекращения обязательств на основании ст. 102 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» вызывает значительное число вопросов. В связи с этим считаем необходимым уточнить, что данное правило не должно трактоваться расширительно с применением правил ГК РФ об одностороннем отказе от договора, так как правило, установленное ст. 102

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 43. Ст. 4190.

Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» является специальным по отношению к ГК РФ и устанавливает весьма определенный момент прекращения обязательства – дата получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего либо конкурсного управляющего об отказе от исполнения договора.

Данный вывод находит свое подтверждение и в судебно-арбитражной практике.

Так, конкурсный управляющий ОАО Выкса «Стальконструкция» обратился в Арбитражный суд Калужской области (в соответствии с договоренностью о подсудности) с иском к обществу с ограниченной ответственностью «Лемминкяйнен Строй», г. Санкт-Петербург, о взыскании денежных средств в размере 1 001 000 руб. Исковые требования мотивированы прекращением договора подряда № 20101015-1 от 15.10.2010 ввиду заявленного конкурсным управляющим отказа от его исполнения и обязанностью ответчика полностью уплатить денежные средства за выполненные работы. Удовлетворяя исковые требования, суды первой, апелляционной и кассационной инстанций исходили из следующего³. Согласно абзацу 4 п. 3 ст. 129 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» конкурсный управляющий вправе заявлять отказ от исполнения договоров и иных сделок в порядке, установленном ст. 102 настоящего Федерального закона.

В соответствии с п. 1, 2 ст. 102 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» внешний управляющий в течение трех месяцев с даты введения внешнего управления вправе отказаться от исполнения договоров и иных сделок должника. Отказ от исполнения договоров и иных сделок должника может быть заявлен только в отношении сделок, не исполненных сторонами полностью или частично, если такие сделки препятствуют восстановлению платежеспособности должника или если исполнение должником таких сделок повлечет за собой убытки для должника по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах.

Пунктом 3 ст. 102 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» предусмотрено, что в случаях, предусмотренных п. 2 настоящей статьи, договор считается расторгнутым с даты получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего управляющего об отказе от исполнения договора.

Согласно п. 3 ст. 450 ГК РФ в случае одностороннего отказа от исполнения договора полностью или частично, когда такой отказ допускается законом или соглашением сторон, договор считается соответственно расторгнутым или измененным.

Письмо конкурсного управляющего ОАО Выкса «Стальконструкция» от 29.12.2011 об отказе от исполнения договора получено ООО «Лемминкяйнен Строй», что последним не оспаривается.

Исследовав и оценив представленные доказательства, суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу, что в силу условий договора подряда сумма 1 001 000 руб. составляет стоимость выполненных истцом работ и подлежала уплате в течение 14 календарных дней с момента истечения гарантийного срока, установленного п. 8.1 договора от 31.12.2013; в настоящем случае у ООО «Лемминкяйнен Строй» отсутствовали основания для неоплаты

³ Постановление ФАС Центрального округа от 11 декабря 2012 г. по делу № А23-377/2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

выполненных работ и удержания спорной суммы, поскольку договор является прекращенным ввиду отказа от него конкурсного управляющего ОАО Выкса «Стальконструкция». Довод ответчика о том, что заявленный конкурсным управляющим отказ от исполнения договора не соответствует закону, признан судами несостоятельным, поскольку такое право прямо предусмотрено специальными нормами законодательства⁴.

4. Обязательным условием отказа от совершения сделок несостоятельного должника является возмещение убытков, вызванных отказом от исполнения договора. Реализация данного условия в настоящее время связана с существенными проблемами.

Законодательство о несостоятельности (банкротстве) устанавливает случаи, когда, даже при наличии всех указанных выше условий, арбитражный управляющий не вправе отказываться от обязательств должника, в частности, такие исключения установлены в отношении договоров должника, заключенных в ходе наблюдения с согласия временного управляющего или в ходе финансового оздоровления, если такие договоры были заключены в соответствии с Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)».

Еще один случай невозможности применения ст. 102 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» определен судебной арбитражной практикой для договоров залога; от таких договоров в принципе отказаться арбитражный управляющий не может в силу п. 8 постановления Пленума ВАС РФ от 23 июля 2009 г. № 58 «О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя», согласно содержанию которого при рассмотрении споров, связанных с отказом внешнего или конкурсного управляющего от исполнения сделок должника (ст. 102, абзац четвертый п. 3 ст. 129 закона), судам необходимо иметь в виду, что договор о залоге не подпадает под предусмотренные п. 2 ст. 102 закона признаки и в силу этого не относится к категории сделок, от исполнения которых может быть заявлен отказ на основании названных норм закона о банкротстве⁵.

Указанные выше принципы исполнения обязательств в предпринимательской деятельности образуют предел осуществления обычной хозяйственной деятельности.

В свете вышеизложенного актуальным является вопрос определения границ осуществления обычной хозяйственной деятельности должника и его кредиторов в рамках рассматриваемого специального административно-правового режима несостоятельности (банкротства). Сделки,

⁴ Постановление ФАС Центрального округа от 11 декабря 2012 г. по делу № А23-377/2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ О некоторых вопросах, связанных с удовлетворением требований залогодержателя при банкротстве залогодателя : постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 июля 2009 г. № 58 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 9.

совершаемые в обычной хозяйственной деятельности, достаточно часто были объектом внимания в судебно-арбитражной практике. Так, в соответствии с п. 6 постановления Пленума ВАС РФ от 16 мая 2014 г. № 28 «О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью»⁶ под обычной хозяйственной деятельностью следует понимать любые операции, которые приняты в текущей деятельности соответствующего общества либо иных хозяйствующих субъектов, занимающихся аналогичным видом деятельности, сходных по размеру активов и объему оборота, независимо от того, совершались ли такие сделки данным обществом ранее.

К сделкам, совершаемым в процессе обычной хозяйственной деятельности, могут относиться сделки по приобретению обществом сырья и материалов, необходимых для осуществления производственно-хозяйственной деятельности, реализации готовой продукции, получению кредитов для оплаты текущих операций (например, на приобретение оптовых партий товаров для последующей реализации их путем розничной продажи).

При этом не является основанием для квалификации сделки как совершенной в процессе обычной хозяйственной деятельности один только факт ее совершения в рамках вида деятельности, упомянутого в едином государственном реестре юридических лиц или уставе общества как основного для данного юридического лица, либо то, что общество имеет лицензию на право осуществления такого вида деятельности⁷.

В рамках реализации специального административно-правового режима несостоятельности (банкротства) сложился несколько иной подход к вопросу определения сделок, совершенных в обычной хозяйственной деятельности.

Так, в рамках дела о несостоятельности (банкротстве) ЗАО «Промстрой» № А36-3538/2011 определением Арбитражного суда Липецкой области от 25.06.2014 г. и постановлением Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28.08.2014 по делу № А36-3538/2011 конкурсному управляющему ЗАО «Промстрой» отказано в удовлетворении заявления о признании недействительной сделки, совершенной должником в отношении одного из кредиторов⁸.

В частности, судами первой и апелляционной инстанций сделан вывод о том, что заявленные требования не подлежат удовлетворению, поскольку оспариваемая конкурсным управляющим сделка зачета взаимных требований была совершена в процессе обычной хозяйственной деятельности, в результате чего к спорным отношениям применены нормы п. 2 ст. 61.4 закона о банкротстве.

⁶ О некоторых вопросах, связанных с оспариванием крупных сделок и сделок с заинтересованностью : постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 мая 2014 г. № 28 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2014. № 6.

⁷ См.: Ломакин С. С. Несостоятельность (банкротство) как специальный административно-правовой режим. Воронеж, 2015. С. 141.

⁸ Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда от 28 августа 2014 г. по делу № А36-3538/2011. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Данный вывод сделан судом с учетом следующих обстоятельств:

1. ЗАО «Промстрой» систематически использовало такую форму расчетов с контрагентами, как зачет встречных однородных требований.

2. Конкурсным управляющим ЗАО «Промстрой» не представлено доказательств того, что примененная сторонами договора схема расчетов не используется в процессе обычной хозяйственной деятельности или противоречит обычаям делового оборота.

Учитывая системный анализ норм Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» и ГК РФ, мы не можем согласиться с данными выводами судебных инстанций ввиду следующего:

В соответствии с п. 14 постановления Пленума ВАС РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 «О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», не могут быть по общему правилу отнесены к сделкам, совершаемым в обычной хозяйственной деятельности: платеж со значительной просрочкой, предоставление отступного, а также не обоснованный разумными экономическими причинами досрочный возврат кредита⁹.

Из содержания вышеуказанного пункта разъяснений Пленума ВАС РФ также следует, что к сделкам, совершаемым в обычной хозяйственной деятельности, не может относиться и предоставление отступного.

Данный вывод подтвержден в постановлении ФАС Центрального округа от 6 мая 2014 г. по делу № А35-11007/2012¹⁰.

В силу ст. 409 и 410 ГК РФ отступное и зачет имеют одинаковую правовую природу, они являются способами прекращения обязательства, следовательно, осуществление зачета не влечет передачу имущества или возникновение обязательств для должника.

В п. 2 ст. 61.4 закона о банкротстве установлены ограничения по основаниям для признания сделок недействительными в отношении сделок, по которым должник передал имущество или принял на себя обязательства. Исходя из правовой природы зачета встречных требований, сделки по зачету не влекут передачу имущества или возникновение обязательств для должника.

Сделка по зачету взаимных требований не относится к видам деятельности юридических лиц. Зачет требований в смысле ст. 410 ГК РФ является способом прекращения обязательств.

При зачете юридическое лицо не получает никакого производственного или коммерческого результата. Зачет не направлен на реализацию, выпуск продукции, оказание услуг и т.д., что может относиться к каким-либо видам хозяйственной деятельности. Следовательно, к сделкам

⁹ О некоторых вопросах, связанных с применением главы III.1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2011. № 3.

¹⁰ Постановлении ФАС Центрального округа от 6 мая 2014 г. по делу № А35-11007/2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

по зачету требований правила по заключению сделки в обычной хозяйственной деятельности применению не подлежат¹¹.

Данные выводы подтверждаются постановлением ФАС Западно-Сибирского округа по делу № А70-8536/2012 от 16 апреля 2014 г.¹². Согласно данному постановлению п. 2 ст. 61.4 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» к спорным правоотношениям не применяется, поскольку зачет взаимных требований не может являться сделкой, совершенной в процессе обычной хозяйственной деятельности, так как спорная сделка направлена не на создание каких-либо новых обязательств, обеспечивающих хозяйственную деятельность, а связана с урегулированием вопроса о прекращении ранее возникших обязательств должника.

Указанные выше выводы подтверждены в определении Верховного Суда РФ по делу № 304-ЭС14-370 от 5 сентября 2014 г.¹³.

В связи с вышеизложенным считаем, что при таких обстоятельствах положения п. 2 ст. 61.4 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» в данном случае применению не подлежат.

В результате проведенного исследования можно сделать следующие выводы.

1. Исполнение обязательства построено на ряде базовых принципов, которые не всегда сформулированы прямо в нормах закона. Однако анализ доктринальных положений правовой науки позволил нам выявить следующие базовые принципы исполнения обязательств:

- 1) принцип реального исполнения;
- 2) принцип взаимного содействия;
- 3) принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства.

2. Принцип недопустимости одностороннего отказа от исполнения обязательств существенно ограничивается правилами, устанавливаемыми специальным административно-правовым режимом несостоятельности (банкротства). Например, в таких процедурах, как «внешнее управление» и «конкурсное производство», арбитражному управляющему предоставлено право отказа от исполнения сделок неосторженно должника. Положениями ст. 102 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» установлено следующее: внешний управляющий в течение трех месяцев с даты введения внешнего управления вправе отказаться от исполнения договоров и иных сделок должника. Реализация ограничений принципа недопу-

¹¹ См.: Ломакин С. С. Несостоятельность (банкротство) как специальный административно-правовой режим. С. 141.

¹² Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 16 апреля 2014 г. по делу № А70-8536/2012. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ Определение Верховного Суда РФ от 5 сентября 2014 г. по делу № 304-ЭС14-370. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

стимости одностороннего отказа от исполнения обязательств возможна только при соблюдении рассмотренных выше условий.

В вопросе определения пределов обычной хозяйственной деятельности в рамках специального административно-правового режима несостоятельности (банкротства) в судебно-арбитражной практике нет единого подхода. Такая ситуация в первую очередь обусловлена отсутствием легального понятия правовой категории «обычная хозяйственная деятельность». И если в рамках отношений, не связанных с несостоятельностью (банкротством), его отсутствие не порождает значительных проблем, то в рамках правил, устанавливаемых специальным административно-правовым режимом несостоятельности (банкротства), такие проблемы существуют, что подтверждает анализ судебно-арбитражной практики.

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

Ломакин С. С., старший преподаватель кафедры гражданского права и процесса

E-mail: lomackin.s@yandex.ru

Тел.: 8-910-359-41-09

Russian Academy of National Economy and Public Administration under the President of the Russian Federation (Branch in Lipetsk)

Lomakin S. S., Senior Lecturer of the Civil Law and Process Department

E-mail: lomackin.s@yandex.ru

Tel.: 8-910-359-41-09

УДК 342.9

О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ АДМИНИСТРАТИВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Н. К. Джаналиева

Кыргызская государственная юридическая академия

Поступила в редакцию 21 ноября 2016 г.

Аннотация: анализируются некоторые вопросы совершенствования административного судопроизводства.

Ключевые слова: административное судопроизводство, административные дела, административная юстиция.

Abstract: *this article examines some of the issues of improvement of the administrative proceedings.*

Key words: *administrative proceedings, administrative proceedings, administrative justice.*

Административное судопроизводство – это судебный процессуальный порядок разрешения публично-правовых споров. Статьей 93 Конституции Кыргызской Республики административное судопроизводство выделено в качестве самостоятельного вида наряду с гражданским, уголовным и конституционным судопроизводством.

Однако в Кыргызской Республике административное судопроизводство регулируется гражданским процессуальным законодательством.

Так, Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской ССР (от 30 июля 1964 г.), действовавший до 29 декабря 1999 г., предусматривал следующую категорию дел, возникающую из административно-правовых отношений:

- 1) по жалобам на неправильности в списках избирателей;
- 2) по жалобам в связи с наложением административных взысканий; дела по жалобам на неправомерные действия органов государственного управления и должностных лиц, ущемляющие права граждан, отнесенные законом к компетенции судов;
- 3) о взыскании с граждан недоимки по налогам, самообложению сельского населения и государственному обязательному страхованию.

Действующий Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики (введен в действие Законом КР от 29 декабря 1999 г. № 147) изначально содержал в себе три самостоятельные главы 26, 27 и 28, регулирующие вопросы судопроизводства:

- 1) по заявлениям об оспаривании постановлений государственных органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;

2) по делам об оспаривании решений и действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц;

3) по делам об оспаривании гражданами, юридическими лицами, прокурорами нормативных правовых актов.

Законом Кыргызской Республики от 25 июля 2008 г. «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики» законодатель объединил все три указанные главы в одну главу 26 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики (далее – ГПК КР) – «Особенности гражданского судопроизводства по административным делам».

То есть законодательно был определен самостоятельный вид судебного дела – дела, вытекающие из административно-правовых отношений, где сторонами обязательно являются органы государственной власти и органы местного самоуправления и их должностные лица, а также граждане и юридические лица.

В Кыргызской Республике межрайонные суды наряду с экономическими делами рассматривают и административные дела.

В порядке главы 26 ГПК КР *межрайонные суды* разрешают следующие административные дела:

1) заявления о признании недействительными полностью или в части постановлений государственных органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях;

2) заявления о признании недействительными полностью или в части ненормативных актов органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных лиц;

3) заявления о признании недействительными полностью или в части нормативных правовых актов органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных лиц;

4) заявления об оспаривании действий или бездействия органов государственной власти, органов местного самоуправления, их должностных лиц.

Итак, предметом рассмотрения по административному делу могут быть:

- нормативные правовые акты;
- акты ненормативного характера;
- конкретный юридический факт действия или бездействия органов государственной власти, органов МСУ, их должностных лиц.

К актам, действиям и бездействию органов государственной власти, органов МСУ и их должностных лиц, оспариваемым в порядке гражданского судопроизводства, относятся коллегиальные и единоличные акты (индивидуальные акты), действия (бездействие), в результате которых:

- нарушены права и свободы гражданина, юридического лица;
- созданы препятствия к осуществлению гражданином или юридическим лицом его прав, свобод, законных интересов;

• на гражданина, юридическое лицо незаконно возложены обязанности или они незаконно привлечены к административной ответственности.

Возникает вопрос, почему судопроизводство по административным делам регулируется гражданским процессуальным законодательством? Полагаем, что законодатель максимально приблизил рассмотрение административно-правовых споров к исковому производству, выдвинув в качестве критерия деления судопроизводства на виды – наличие либо отсутствие споров о праве.

Следует согласиться, что и гражданско-правовой, и административно-правовой споры являются, прежде всего, спором о праве. Однако законодатель не учитывает того факта, что разделение судопроизводства на виды произведено Конституцией Кыргызской Республики (ст. 93) по иному критерию: материально-правовой природе спора о праве, подлежащего разрешению судом, которая влияет на средства, способы защиты и особенности судебной процедуры в каждом из видов судопроизводства.

Объединение в искомом производстве дел административно-правового и частноправового характера не только не соответствует Конституции Кыргызской Республики, но и может привести к тому, что к разрешению и рассмотрению административно-правовых споров, которые затрагивают интересы государства и общества, будут применяться принципы и правила частноправового характера, которые будут направлены на защиту интересов отдельных лиц.

Необходимо отметить, что административно-правовые отношения являются выражением общественного, публичного интереса. Как указывалось выше, обязательной стороной по административным делам являются государственные органы, органы местного самоуправления и их должностные лица. Властные полномочия этих органов свидетельствуют о неравенстве сторон в правоотношении и иногда о возможности принудительного осуществления публичных прав в досудебном порядке.

Таким образом, административное судопроизводство как норма, указанная в Основном законе Кыргызской Республики, в науке гражданского процессуального права не получила своего теоретического развития, поскольку характер и материально-правовая природа административно-правовых отношений требуют отдельного вида судопроизводства.

В связи с этим административное судопроизводство непременно требует дальнейшего реформирования, совершенствования и модернизации в целях защиты прав и интересов граждан и юридических лиц. В данной статье была предпринята попытка представить административное правосудие как целостный, логичный и требующий дальнейшего реформирования и модернизации в судебной системе институт. Однако для полной реализации конституционной нормы об административном судопроизводстве необходимо, чтобы в законодательстве и на практике существовали реальные механизмы защиты прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц от незаконных действий и актов со стороны органов власти и местного самоуправления и их должностных лиц.

Ранее автором неоднократно предлагались конкретные решения, направленные на модернизацию и совершенствование административной юстиции. Необходимо отметить, данная проблема была объектом обсуждения среди юристов, и ряд ученых высказывали свои предложения по поводу модернизации этого вида правосудия. Однако в Кыргызской Республике разные аспекты административной юстиции так или иначе детально не затрагивались и существенно не раскрывались. Несомненно, были идеи о создании административных судов, попытки внесения изменений в процессуальное законодательство и др. На наш взгляд, реформирование и модернизация административной юстиции должны осуществляться по нескольким взаимосвязанным направлениям.

Наиболее дискуссионным является вопрос о применении процессуального регламента при пересмотре судами постановлений и решений по делам об административных правонарушениях. Это обусловлено наличием двух нормативных правовых актов – ГПК КР и Кодексом КР об административной ответственности (далее – КоАО КР), каждый из которых устанавливает свои особенности разрешения указанной категории дел местными судами. При пересмотре постановлений и решений по делам об административных правонарушениях речь идет о судебном оспаривании актов о незаконном привлечении к ответственности, что подпадает под признаки дел, возникающих из публичных правоотношений, предусмотренных п. 1 ст. 260 ГПК КР. Однако на практике суды применяют процессуальный регламент, установленный не главой 26 ГПК КР, а главами 37–38 КоАО КР. Предусмотренные же этой главой КоАО КР особенности рассмотрения дел ограничивают гарантии судебной защиты. Между тем гражданское судопроизводство и предусмотренное КоАО КР производство по делам об административных правонарушениях представляют собой две разные сферы правового регулирования, каждая из которых характеризуется особым субъектным составом правоотношений, предметом судебного разбирательства и наличием различных законодательных регламентов, закрепленных в специальных нормативно-правовых актах. С этой точки зрения недопустима ситуация, когда нормы одной отрасли права – административного – регламентируют чуждые им гражданские процессуальные правоотношения. В связи с этим в целях совершенствования административной юстиции возникает необходимость полностью исключить дела, связанные с признанием недействительными полностью или в части постановлений государственных органов и должностных лиц, уполномоченных рассматривать дела об административных правонарушениях. Поскольку в порядке административного судопроизводства не подлежат рассмотрению дела, возникающие из административных правонарушений, так как в них нет сторон с противоположными интересами, отсутствует институт административного иска, соглашения административного истца и административного ответчика о примирении, то эта категория дел, хотя и возникает из административных правоотношений, не охватывается понятием «административное дело» и не может рассматриваться в административном процессуальном порядке.

Как указывалось выше, производство по административным делам осуществляется судами по общим правилам гражданского судопроизводства с особенностями, установленными главой 26 ГПК КР, поскольку рассмотрение административных дел отличается от гражданских дел не только более сжатыми сроками рассмотрения и обжалования, но и существенными процессуальными отличиями.

Следующей проблемой является то, что законодатель не устанавливает единых сроков обжалования актов, действий всех административных дел в административном и в судебном порядке, в то время как срок обжалования в суд всех административных дел составляет три месяца со дня получения копии акта государственного органа, органа местного самоуправления, их должностных лиц либо со дня, когда заявитель узнал о вынесении данного акта (ст. 263 ГПК КР).

Так, Налоговый кодекс КР (ст. 147 НК КР) предусматривает жалобу налогоплательщика на решение органов налоговой службы, которая подается в уполномоченный налоговый орган в административном порядке в течение 30 календарных дней со дня, следующего за днем вручения налогоплательщику данного решения, а если ответ на жалобу не удовлетворили налогоплательщика, последний обязан повторно направить жалобу в налоговый орган в течение 10 дней. Если налогоплательщик не согласен с решением налогового органа, то вправе обжаловать это решение в судебном порядке по общим правилам гражданского судопроизводства с особенностями, установленными для административных дел.

Так, п. 3 ст. 14 Закона «Об исполнительном производстве и о статусе судебных исполнителей в Кыргызской Республике» предусматривает обжалование постановления судебного исполнителя вышестоящему судебному исполнителю и(или) в суд **в течение десяти дней** с момента ознакомления с ним или получения уведомления о его вынесении, т.е. единый срок для обжалования и в административном, и в судебном порядке.

Земельный кодекс Кыргызской Республики (ст. 119 ЗК КР) предусматривает, что административные дела, связанные с разрешением земельных споров, связанных с предоставлением, изъятием и прекращением права на земельный участок, решаются только в судебном порядке в течение трех месяцев с момента нарушения законных прав и интересов.

В соответствии со ст. 405 Трудового кодекса Кыргызской Республики предусматривается срок обжалования решений государственных инспекторов труда в течение десяти дней главному государственному инспектору труда Кыргызской Республики и (или) в судебном порядке.

В связи с различием срока обжалования административных дел в судебной практике существует много правовых проблем, что повлекло за собой прекращение административных дел.

В связи с этим в целях совершенствования административного судопроизводства предложено обозначить единый срок судебного обжалования для всех административных дел и предусмотреть срок три месяца.

В гражданском процессе лица, участвующие в деле, должны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основании своих

требований и возражений, но в административном судопроизводстве обязанность доказывания законности и обоснованности акта, действия (бездействия), обжалуемого в суде, возлагается на административный орган. Как известно, судопроизводство по гражданским делам осуществляется по правилам принципа состязательности. Однако в административном судопроизводстве этот принцип не может быть основным. основополагающими принципами в административном судопроизводстве может быть инквизиционный принцип. По смыслу инквизиционный принцип означает, что административные суды расследуют обстоятельства по должностной обязанности и не связаны заявлениями и объяснениями участников административного судопроизводства. Требование исследования обстоятельств дела по инициативе суда отвечает принципу законности деятельности органов государственной власти. Активная роль суда необходима не для организации помощи какой-либо стороне, а для обеспечения равных возможностей для сторон публичного спора, так как должностные лица в лице государства с одной стороны, а граждане – с другой имеют неравные положения в процессе.

В настоящее время у каждого органа государственной власти и органа местного самоуправления, осуществляющего то или иное административно-правовое действие, отсутствует общая процедура. То есть в судебной практике усматривается, что у государственных органов необоснованно широкая свобода административного усмотрения, влекущая за собой нарушение прав и законных интересов граждан и юридических лиц. Так, отсутствие общей процедуры совершения административно-правовых действий способствует увеличению числа административно-правовых споров в суде.

В целях совершенствования административного судопроизводства предлагается ввести институт частного определения при отправлении правосудия по административным делам, связанным с обжалованием актов государственных органов. При этом считаем в рамках постановления пленума Верховного Суда указать, что если нарушены права и интересы граждан и юридических лиц, связанные с административными делами, где усматривается явное нарушение принятия, регистрации и опубликования правовых актов, или о принятии неправомερных решений, административных актов или действий (бездействия) государственных органов, в обязательном порядке принимать меры и выносить частное определение и направлять руководителям государственной власти и местного самоуправления о принятии мер к должностным лицам или о привлечении к ответственности должностных лиц по фактам неисполнения или ненадлежащего исполнения своих прав и обязанностей.

В целях совершенствования административного судопроизводства предлагается также определить следующие термины: «административный иск», «административный истец», «административный ответчик». Административным иском предлагается считать обращение административного истца к административному ответчику; административным истцом – физических или юридических лиц, права, свободы или интересы

которых нарушены административным ответчиком; административным ответчиком – органы государственной власти, органы местного самоуправления и их должностные лица и лица, наделенные в установленном порядке властными полномочиями, и их должностные лица.

Необходимо отметить, что в Кыргызской Республике была разработана государственно-целевая программа развития судебной системы Кыргызской Республики на 2013–2017 гг. На основании этой программы и Указа Президента «О мерах по совершенствованию правосудия в Кыргызской Республике» была разработана концепция, а в области совершенствования административного законодательства и судопроизводства были включены такие институты, как:

- Концепция развития административного права;
- Административный процессуальный кодекс;
- специализированные административные суды и т.д.

На основании концепции в целях соответствия международно-правовым стандартам, а также дальнейшего реформирования судебной системы, предполагающей обновление, в том числе и административного процессуального законодательства, была образована Комиссия, которая подготовила проект Административного процессуального кодекса Кыргызской Республики, устанавливающего порядок судопроизводства по спорам, вытекающим из административно-правовых (публично-правовых) отношений, в который были включены некоторые наши предложения.

Одной из главных предпосылок создания в Кыргызской Республике системы административных судов является «необходимость реформирования государственной власти в стране; укрепление судебной власти и придание ей большей оперативности и эффективности; совершенствование правового механизма обеспечения прав и свобод как физических, так и юридических лиц».

К основным причинам создания административного судопроизводства полагаем необходимым отнести следующие:

1. Закрепление в Конституции Кыргызской Республики норм принципов, направленных на обеспечение соответствия судебной системы Кыргызстана стандартам правового государства.

2. Необходимость приведения судебной системы Кыргызской Республики в соответствие с международными правовыми стандартами.

3. Необходимость совершенствования судебной системы Кыргызской Республики; выделение судебской специализации по административным делам.

4. Расширение правовых гарантий личности; обеспечение прав и свобод граждан.

5. Возрастание сложности и динамизм общественной и государственной жизни, реформирование государственного и муниципального управления.

6. Увеличение числа рассмотренных судами административных споров между гражданами и органами исполнительной власти, органов местного самоуправления и их должностными лицами.

7. Заинтересованность судей в введении в судебную систему административного судопроизводства (загруженность межрайонных судов; так, по статистике за 2015–2016 гг., численность административных дел – 5858; экономических – 6347).

8. Усиление борьбы с коррупцией в системе государственной власти и местного самоуправления.

9. Отсутствие в административно-правовом споре отношений имущественного содержания.

10. Развитие административного судопроизводства (прежде всего, в системе межрайонного суда и в городах Бишкек и Ош.).

Предложенные нами направления реформирования и совершенствования административного судопроизводства основаны на всестороннем и полном исследовании действующего законодательства, а также на практике рассмотрения судами дел, возникающих из административно-правовых отношений. На основе анализа теоретических исследований мы пришли к выводу о необходимости модернизации и совершенствования действующего законодательства об административном судопроизводстве, а также важности поэтапного создания административных судов.

Кыргызская государственная юридическая академия

Джаналиева Н. К., преподаватель кафедры гражданского процесса и нотариата, адвокат

E-mail: naku88_24@mail.ru

Тел.: (+996) 0776 49 02 29

Kyrgyz State Law Academy

Dzhanalieva N. K., Lecturer of the Civil Process and Notary system, Lawyer

E-mail: naku88_24@mail.ru

Tel.: (+996) 0776 49 02 29

УДК 342.951

**МЕРЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОЙ ЗАЩИТЫ
ПО ОБЕСПЕЧЕНИЮ ТРЕБОВАНИЙ
АДМИНИСТРАТИВНОГО ИСТЦА:
ФУНКЦИИ, ВИДЫ И ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ**

М. Ю. Старилев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 25 февраля 2017 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы о функциях, классификации и видах предварительной судебной защиты в административном судопроизводстве. Анализируются вопросы судебного применения мер предварительной защиты по административному иску при разрешении отдельных категорий административных дел. Исследуются процессуально-правовые возможности административного ответчика по защите своих прав и законных интересов в случае необоснованного принятия судом мер предварительной защиты, а также по возмещению убытков, причиненных ему обеспечительными мерами.

Ключевые слова: административное судопроизводство, сфера административных и иных публичных правоотношений, меры предварительной защиты по административному иску, функции, виды и порядок применения судами общей юрисдикции мер предварительной защиты.

Abstract: this article is devoted to questions about the functions, classification and types of preliminary judicial protection in administrative proceedings. Analyzed the questions of judicial application of preliminary protection measures for an administrative claim in the resolution of certain categories of administrative cases. Investigated the procedural and legal possibilities of the administrative defendant to protect their rights and legitimate interests in the event of unreasonable adoption by the court of preliminary protection measures, and compensation indemnities for damages caused by preliminary measures.

Key words: administrative legal proceedings; sphere of administrative and other public legal relations; preliminary protection measures for an administrative claim, functions, types and procedure for application by the courts of general jurisdiction of preliminary protection measures.

Настоящая статья содержит анализ отдельных теоретико-правовых положений и административно-процессуальных норм, определяющих порядок установления судами общей юрисдикции мер предварительной защиты по административному иску¹.

199

¹ Ранее опубликованные автором научные труды по теме исследования были посвящены аналитическому изучению основных понятий и процедур, применяемых при реализации института предварительной защиты, логики ее правовой регламентации в системе административного судопроизводства; структурно-функциональному анализу данного процессуально-правового института применительно к «сфере административных и иных публичных правоотношений», проблемам реальной практики применения судьями этого правового инсти-

Предварительная судебная защита в современном понимании – это процессуально-правовой механизм *предотвращения* наступления *негативных результатов* (правовых или материальных последствий) для административного истца, ликвидация «угрожающей опасности» как для субъекта, так и для обеспечения порядка в сфере административных и иных публичных правоотношений. Теория обеспечения иска и применения судом обеспечительных мер была детально разработана учеными в конце XIX – начале XX в. Например, выдающийся российский процессуалист Е. В. Васьковский сравнивал обеспечение иска с институтом, благодаря применению которого по инициативе (просьбе) тяжущегося суд гарантирует «возможность осуществления исковых требований в случае выигрыша дела»². Важнейшей констатацией было указание на то, что непринятие обеспечительных мер может стать для истца *угрозой опасности* «лишиться возможности получить удовлетворение от ответчика». В качестве видов обеспечения рассматривались четыре способа обеспечения иска: *наложение запрещения на недвижимость, арест движимости, поручительство и подписка о невыезде*.

Меры предварительной защиты, несомненно, содержат «ограничивающий» активную деятельность для административных ответчиков потенциал, «запрещающий» или «сковывающий» административное правоприменение органами публичной власти, их должностными лицами, государственными и муниципальными служащими. Для соответствующей части «сферы административных и иных публичных правоотношений» посредством использования института предварительной защиты устанавливается правовой режим, направленный на предотвращение явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление, а также устранение предпосылок для невозможности или затруднительности защиты прав, свобод и законных интересов административного истца без принятия мер предварительной защиты.

В современных условиях, если вспомнить недавнюю историю развития законодательства об административном судопроизводстве, предварительная судебная защита сформировалась именно в такой процессуально-правовой терминологии, в отличие, например, от мер обеспечения (или обеспечительных мер в исковом производстве). Ныне действующий Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (далее – КоАС РФ) разрабатывался в том числе и под воздействием сложившихся в западноевропейской административно-правовой юридической науке институтов, принципов, традиций. Очевидно, что предваритель-

тута, правил толкования и пределов судейского усмотрения при решении вопроса об удовлетворении ходатайства по применению мер предварительной защиты.

² *Васьковский Е. В.* Учебник гражданского процесса. М., 1917. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc2472p/instrum4301/item4560.html>. См. также: *Его же.* Курс гражданского процесса : субъекты и объекты процесса, процессуальные отношения и действия. М., 2016.

ная судебная защита в административном судопроизводстве – один из немногих институтов в административном процессе, который даже по наименованию «похож» на аналогичные правовые средства в зарубежной правовой теории. Целесообразно кратко вспомнить и о том, что КоАС РФ значительно расширил традиционные и для российского процессуального права границы действия некоторых юридических конструкций и механизмов. В литературе можно встретить мнение о том, что отдельные процессуальные производства (например, по делам об оспаривании нормативных правовых актов) с принятием КоАС РФ стали намного полноценнее, объемнее и конкретнее; при этом были созданы новые процессуальные институты, которые отсутствовали в ГПК РФ³. В более общем плане, когда выясняется вопрос о предназначении суда, судебного процесса по различным категориям правовых споров (дел), совершения судом конкретного процессуального действия, предварительная защита по административному иску должна также «опосредоваться механизмами самостоятельного процессуального правоотношения», гарантирующими соблюдение всех принципов судопроизводства⁴.

Функции мер предварительной защиты по административному иску представляют собой внешнее проявление важнейших свойств и общего юридического потенциала *предварительной судебной защиты*, устанавливаемой судом (судьей) во взаимодействии со всеми элементами административно-процессуальной формы, посредством использования которой происходит решение установленных в КоАС РФ задач⁵ административного судопроизводства. К числу функций мер предварительной защиты можно отнести следующие:

1) функция *гарантирования надлежащей судебной защиты* прав, свобод и законных интересов административного истца в условиях имеющейся явной опасности нарушения прав, свобод и законных интересов

³ См.: Цветкова Е. К. Процедуры оспаривания нормативных актов в законодательстве Российской Федерации : от Гражданского процессуального кодекса до Кодекса административного судопроизводства // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 87–96. Автор придерживается мнения, что КоАС РФ будет изменяться, развиваться и совершенствоваться. См. также: Никитин С. В. Проблемы правового регулирования судебного контроля за законностью нормативных правовых актов // Рос. правосудие. 2016. Специальный выпуск (к IX Всероссийскому съезду судей). С. 162–172 ; Порываев С. А. Судебный контроль за законностью нормативных правовых актов органов государственной власти и местного самоуправления (обзор практики судов общей юрисдикции) // Там же. 2016. № 9 (125). С. 76–93 ; Тарасов О. А. Новый проект кодекса административного судопроизводства : особенности и значение для административной юстиции в России // Сравнительное конституционное обозрение. 2013. № 4 (95). С. 93–102.

⁴ См.: Серков П. П. Полифункциональность правосудия : реальность или интерпретации правовой действительности? // Журнал рос. права. 2016. № 12. С. 174.

⁵ Детально вопрос о задачах административного судопроизводства рассматривается А. Ф. Вороновым (см.: Воронов А. Ф. О задачах административного судопроизводства, защите государственных интересов и классификации административных дел // Законодательство. 2016. № 5. С. 41–51).

административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление;

2) функция *обеспечения исполнения* в полном объеме требований административного истца, содержащихся в административном исковом заявлении;

3) функция *предотвращения наступления вреда* (ущерба, убытков) правам, свободам, законным интересам административного истца или лица, обратившегося в суд в защиту прав других лиц или неопределенного круга лиц;

4) *ограничительная функция*, т.е. функция допускаемого законом *ограничения* прав, законных интересов, совершения определенных действий стороной, в отношении которой суд общей юрисдикции устанавливает меры предварительной защиты;

5) функция *содействия осуществлению эффективного судебного нормоконтроля* за качеством административного нормотворчества, т.е. когда речь идет об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами; суд может принять решение о признании оспариваемого нормативного правового акта полностью или в части не соответствующим иному нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, и, следовательно, не действующим полностью или в части со дня его принятия или с иной определенной судом даты; запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца как мера предварительной защиты по административному иску создает реальные условия для будущей корректировки или изменения содержащихся в нормативном правовом акте положений. Как известно, в соответствии с п. 4 ст. 216 КоАС РФ, если выявлена *недостаточная правовая урегулированность* административных и иных публичных правоотношений, которая может повлечь за собой нарушение прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц, так как суд признал нормативный правовой акт не действующим полностью или в части, суд вправе возложить на орган государственной власти, орган местного самоуправления, иной орган публичной власти, уполномоченную организацию или должностное лицо, принявшие оспариваемый нормативный правовой акт, обязанность *принять новый нормативный правовой акт*, заменяющий нормативный правовой акт, признанный не действующим полностью или в части;

6) *регулятивная функция*, обеспечивающая создание и использование процессуально-правового механизма (процессуальных правил), определяющих содержание института предварительной защиты по административному иску и устанавливающих порядок (последовательность) совершения сторонами и судом (судьей) процессуальных действий, направленных на обеспечение полноценного исполнения принятого судом решения в результате рассмотрения административного дела;

7) *восстановительная (компенсационная) функция* проявляется в возмещении убытков или выплате компенсации, которые возникли вследствие применения мер предварительной защиты административного иска; эта функция проявляется в форме отмены принятого административного правового акта, признания не действующим полностью или в части оспоренного нормативного правового акта, а также в форме запрета осуществлять конкретным субъектам административной власти действий, распоряжений, принятия индивидуальных административных решений;

8) *правоохранительная функция*, которая заключается в осуществлении надлежащей охраны и эффективной защиты прав, свобод и законных интересов административного истца, другой стороны, иных лиц, участвующих в административном деле, а также в укреплении законности и предупреждении нарушений в сфере административных и иных публичных правоотношений;

9) *функция приостановления деятельности или действия*; например, приостановление судом общей юрисдикции оспариваемого решения в части, относящейся к административному истцу, или приостановления совершения в отношении административного истца оспариваемого действия (ст. 223 КоАС РФ). В случае если гражданин, организация, иные лица полагают, что решениями, действиями (бездействием) органов публичной власти и их должностных лиц нарушены или оспорены их права, свободы и законные интересы, созданы препятствия к осуществлению их прав, свобод и реализации законных интересов или на них незаконно возложены какие-либо обязанности, то они могут обратиться в суд с требованиями об оспаривании решений, действий (бездействия) органа публичной власти (органов государственной власти или местного самоуправления, иного органа, организации, наделенных отдельными государственными или иными публичными полномочиями), должностного лица, государственного или муниципального служащего. По административным делам об оспаривании решений, действий органа, организации, лица, наделенных государственными или иными публичными полномочиями, суд в порядке, предусмотренном главой 7 КоАС РФ, вправе приостановить действие оспариваемого решения в части, относящейся к административному истцу, или приостановить совершение в отношении административного истца оспариваемого действия. Здесь же может идти речь о *приостановлении* деятельности соответствующих организации и объединения, средства массовой информации, а также *приостановлении* выпуска и (или) реализации соответствующего печатного издания либо распространения материалов (п. 2 ст. 263 КоАС РФ);

10) *запретительная функция*, например запрещение судом совершения определенных действий, связанных с деятельностью соответствующих организации, объединения, средства массовой информации, или наложение ареста на имущество соответствующих организации, объединения (п. 2 ст. 263 КоАС РФ).

В специальной литературе при обсуждении вопроса о принятии судом обеспечительных мер, особенно в случаях, когда, по мнению ответчиков, эти меры приняты судом необоснованно, речь идет о необходимости поддержания *баланса интересов* сторон⁶.

Несмотря на то что меры предварительной защиты по административному иску действуют с целью усиления реальных возможностей по защите прав, свобод и законных интересов лиц, которые подали административное исковое заявление, предотвращения опасности нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, гарантированного исполнения принятого итогового решения суда по административному делу, суд обязан обеспечивать равную судебную защиту прав, свобод и законных интересов всех лиц, участвующих в деле (п. 2 ст. 8 КоАС РФ), а также действие и соблюдение всеми участниками принципов административного судопроизводства⁷. Суд должен принимать предусмотренные КоАС РФ меры для всестороннего и полного установления всех фактических обстоятельств по административному делу, в том числе для выявления и истребования по собственной инициативе доказательств, а также для правильного применения законов и иных нормативных правовых актов при рассмотрении и разрешении административного дела.

Административный истец, ходатайствуя о применении мер предварительной защиты по административному иску, осуществляет (1) свое *право на судебную защиту* (п. 1 ст. 1, п. 1 ст. 4 КоАС РФ), когда очевидна явная опасность нарушения прав, свобод и законных интересов⁸ административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление, а также (2) *право на заявление такого ходатайства* (подп. 5 п. 1 ст. 45, глава 7, подп. 8 п. 3 ст. 135 КоАС РФ). *Соразмерность*⁹ *планируемых к применению мер предварительной защиты предъявляемым исковым требованиям и обязательный учет последствий* их применения указываются в качестве определяющих в судебной практике по применению института предварительной защиты (п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2016 г. № 64 «О некоторых

2017. № 1

⁶ См.: *Инюкова А. А.* Суд принял необоснованные обеспечительные меры. Семь способов противостоять им // Арбитражная практика для юристов. 2016. № 9. С. 42–49.

⁷ О принципах административного судопроизводства см., например: *Томчик С. Ю.* Законодательное регулирование принципов административного судопроизводства // Рос. журнал правовых исследований. 2016. № 2 (7). С. 140–143.

⁸ О сущности законных интересов см.: *Зеленцов А. Б.* Законные интересы в сфере публичного управления : понятие и правовая защита // Вестник РУДН. Серия: Юридические науки. 2009. № 5. С. 37–45.

⁹ См.: *Румянцев А.* Verhältnismäßigkeit – proportionality – соразмерность // Сравнительное конституционное обозрение. 2014. № 5 (102). С. 156–158 ; *Карасева И.* Конкуренция конституционных ценностей в правоприменительной практике России и зарубежных государств // Там же. № 4 (101). С. 81–82 ; *Мёллер К.* Quaerere verum : принцип соразмерности // Там же. С. 86–106.

вопросах, возникающих при рассмотрении судами дел, связанных с приостановлением деятельности или ликвидацией некоммерческих организаций, а также запретом деятельности общественных или религиозных объединений, не являющихся юридическими лицами»¹⁰).

Соразмерность применяемых мер обеспечения искомым требованиям проявляется в достижении оптимального соответствия возможных ограничений прав и интересов ответчика или других лиц основным целям применения мер обеспечения¹¹. Система и принципиальные особенности административного судопроизводства, а также различия в характере рассматриваемых судами общей юрисдикции административных дел (разные *категории* административных дел) обусловили рассмотрение *соразмерности* конкретных мер предварительной защиты заявленным искомым требованиям с позиций критериев *точности определения средств и юридических параметров предварительной защиты*: во-первых, применение общих мер предварительной защиты, например, действие оспариваемого решения приостанавливается полностью или в части; запрещаются определенные действия; во-вторых, установление формально ясных характеристик правоотношений, т.е. когда речь идет о *размерах, суммах* и прочих точных характеристиках публичных споров, административных исков, заявленных исковых требований и адекватных обеспечительных мерах¹².

В некоторых случаях, в соответствии с рассматриваемой судом категорией административных дел, *административными ответчиками* могут стать граждане и организации, выступающие в *спорных публичных правоотношениях* субъектом, который не обладает административными (государственными) или иными публичными полномочиями (п. 5 ст. 38 КоАС РФ). То есть исковые требования, содержащиеся в административном исковом заявлении, в данных случаях предъявляются к гражданину или организации (например, когда речь идет об административных делах о взыскании обязательных платежей и санкций¹³).

В соответствии с п. 5 ст. 38 КоАС РФ административными ответчиками могут быть органы государственной власти, иные государственные органы, органы местного самоуправления, избирательные комиссии, ко-

¹⁰ Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2017. № 2. С. 12–19.

¹¹ Об этом см.: *Штанкова Н. В.* Обеспечительные меры в арбитражном процессе Российской Федерации : проблемы доказывания оснований применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 87 ; *Ярков В. В.* Применение антиисковых обеспечительных мер российскими судами : почему бы и нет? // Закон. 2014. № 8. С. 84–92.

¹² Е. Б. Лупарев называет *количественные* и *качественные* критерии при характеристике *соразмерности* мер предварительной защиты в зависимости от категорий административных дел (см.: *Лупарев Е. Б.* Соотносимость и соразмерность мер предварительной защиты по административному иску // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 3 (22). С. 100–103).

¹³ См.: *Дивин И. М.* К вопросу о государственной правовой политике современной России в сфере административного судопроизводства // Рос. юстиция. 2016. № 5. С. 41–44.

миссии референдума, иные органы и организации, наделенные отдельными государственными или иными публичными полномочиями, должностные лица, государственные и муниципальные служащие.

Исковые требования, адресованные административному ответчику в части установления судом мер предварительной защиты, включают в себя *четыре группы мер* предварительной защиты, ограничивающие полноценную реализацию ответчиком его административно-правового статуса:

1) *приостановление* действия или деятельности: приостановление полностью или в части действия оспариваемого решения; приостановление действия оспариваемого решения в части, относящейся к административному истцу, или приостановление совершения в отношении административного истца оспариваемого действия; приостановление деятельности избирательных комиссий, комиссий референдума; приостановление деятельности соответствующих организации и объединения, средства массовой информации; приостановление выпуска и (или) реализации соответствующего печатного издания либо распространения материалов; приостановление взыскания по исполнительному документу, оспариваемому в судебном порядке;

2) *запреты*: запрет совершать определенные действия; запрет применения оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца; запрет избирательным комиссиям, комиссиям референдума осуществлять установленные законом действия по подготовке и проведению выборов, референдума; запрет (запрещение) совершения определенных действий, связанных с деятельностью соответствующих организации, объединения, средства массовой информации;

3) *наложение ареста*: наложение ареста на избирательные бюллетени, бюллетени для голосования на референдуме, списки избирателей, участников референдума, иные избирательные документы, документы референдума; изъятия избирательной документации; наложение ареста на имущество соответствующих организации, объединения; наложение ареста на имущество административного ответчика в размере, не превышающем объема заявленных требований; *наложение ареста на имущество административного ответчика и находящееся у него или других лиц* (последняя в этом списке мера предварительной защиты по административному иску рекомендована для применения судами общей юрисдикции в качестве «иных мер предварительной защиты» п. 27 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации»);

4) *возложение соответствующей обязанности на иных лиц*: возложение на административного ответчика, других лиц, в том числе не являющихся участниками судебного процесса, обязанности совершать определенные действия или воздержаться от совершения определенных действий (данная мера предварительной защиты рекомендована судам

общей юрисдикции к применению Верховным Судом РФ в качестве «иной меры предварительной защиты»¹⁴.

По одному административному иску в отдельных случаях допускается принятие судом нескольких мер предварительной защиты. Важно отметить, что меры предварительной защиты по административному иску могут приниматься только после предъявления в суд административного искового заявления и после его принятия судьей к производству.

В каждом случае принятия судом мер предварительной защиты по административному иску необходимо помнить не только об их соотносимости с заявленным требованием и соразмерностью ему, но и о недопустимости нарушения оптимального (надлежащего) соотношения интересов сторон в административно-правовом споре¹⁵.

В соответствии со ст. 88 КоАС РФ установлено немедленное приведение в исполнение определения суда о применении мер предварительной защиты по административному иску в порядке, установленном для исполнения судебных актов. Пункт 3 ст. 89 КоАС РФ устанавливает, что меры предварительной защиты сохраняют свою юридическую силу и действуют до исполнения решения суда в случае *удовлетворения* административного иска. Даже в случае *отказа в удовлетворении* административного иска принятые меры предварительной защиты по нему сохраняются до вступления в законную силу решения суда. Вместе с тем законодатель предоставляет суду право одновременно с принятием такого решения об отказе в удовлетворении административного иска или после этого вынести определение об отмене мер предварительной защиты по административному иску.

В административно-процессуальных нормах, посвященных специальным производствам по отдельным категориям административных дел (например, в производстве по административным делам о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации), наряду с констатацией возможности применения содержащихся в главе 7 КоАС РФ процессуальных правил о принятии мер предварительной защиты по административному иску, определены *ограничения* в их применении в период проведения избирательной кампании, кампании референдума до дня опубликования результатов выборов, референдума (п. 5 ст. 243 КоАС РФ). Фактически установлен *запрет* применения в указанный период таких мер предварительной защиты по

¹⁴ О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2016. № 11. С. 2–15.

¹⁵ Специалисты, обсуждая вопрос о принятии обеспечительных мер арбитражным судом, указывают на недопустимость нарушения «баланса интересов сторон, когда последствия их непринятия для истца гораздо менее значительны, чем для ответчика последствия их наложения» (Инюкова А. А. Суд принял необоснованные обеспечительные меры. Семь способов противостоять им // Арбитражная практика для юристов. 2016. № 9. С. 43).

административному иску, как: а) наложение ареста на избирательные бюллетени, бюллетени для голосования на референдуме, списки избирателей, участников референдума, иные избирательные документы, документы референдума или в виде их изъятия; б) приостановление деятельности избирательных комиссий, комиссий референдума; в) запрет избирательным комиссиям, комиссиям референдума осуществлять установленные законом действия по подготовке и проведению выборов, референдума.

В соответствии со ст. 211 КоАС РФ суду запрещено (не допускается) принимать *иные меры* предварительной защиты по административным делам об оспаривании нормативных правовых актов кроме *запрета применения* оспариваемого нормативного правового акта или его оспариваемых положений в отношении административного истца¹⁶.

Ученые высказывают мнение, что систему всех мер предварительной защиты и порядок их применения целесообразнее было бы установить в специальных административно-процессуальных нормах (т.е. «собрать» в одном месте) без детализации во многих главах КоАС РФ¹⁷.

Для *административного ответчика* КоАС РФ устанавливает следующие процессуально-правовые возможности защиты своих прав и законных интересов при применении судом мер предварительной защиты по административному иску в случае их необоснованного принятия судом:

1) оставление судом *без движения* заявления о применении мер предварительной защиты по административному иску (ст. 130 КоАС РФ) в случае, если оно не соответствует требованиям, предусмотренным ст. 86 КоАС РФ; судья оставляет без движения административное исковое заявление о признании нормативного правового акта недействующим на основании ч. 1 ст. 130 КоАС РФ в случае несоответствия указанного заявления требованиям, установленным ст. 209 КоАС РФ;

2) установление возможности *встречного*¹⁸ *обеспечения исковых требований*. КоАС РФ устанавливает обязательные условия, при наличии которых допускается принятие встречного административного искового заявления: *взаимосвязь встречного административного искового заявления с первоначальным, позволяющая гарантировать более быстрое и правильное разрешение спора, возникшего из административных и иных публичных правоотношений; исключение полностью или в части удовлетворения встречным административным исковым заявлением*

¹⁶ При рассмотрении этой категории административных дел законодатель установил и другие особенности. См., например: Ильин А. В. Обязанность вести дело через представителя при оспаривании нормативных правовых актов // Закон. 2016. № 7. С. 72–82.

¹⁷ См.: Лупарев Е. Б. Соотносимость и соразмерность мер предварительной защиты по административному иску // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 3 (22). С. 103.

¹⁸ См.: Султанов А. Р. Встречный иск при рассмотрении споров, вытекающих из публичных правоотношений // Вестник гражданского процесса. 2016. № 3. С. 129–141.

удовлетворения первоначального иска; встречное требование по своему содержанию нацелено на зачет первоначального требования (п. 1 ст. 131 КоАС РФ). КоАС РФ конкретно устанавливает случаи встречного обеспечения исковых требований. Например, предъявление *встречного административного иска* о зачете излишне уплаченных ранее сумм, вытекающего из административных дел о взыскании обязательных платежей и санкций (п. 2 ст. 26 КоАС РФ); он предъявляется в суд по месту рассмотрения первоначального административного искового заявления. Правда, по некоторым административным делам встречные административные иски не допускаются, например, по делам об оспаривании нормативных правовых актов судом не могут быть приняты *встречные административные иски* (п. 8 ст. 208 КоАС РФ). При разрешении административного дела судом апелляционной инстанции не применяются правила о предъявлении встречного административного иска (п. 9 ст. 307 КоАС РФ);

3) отмена мер предварительной защиты (ст. 89 КоАС РФ), т.е. по заявлению участвующих в деле лиц суд может отменить меры предварительной защиты по административному иску; суд может принять такое решение и по своей инициативе; КоАС РФ не устанавливает точных процедур исполнения определения суда об отмене мер предварительной защиты;

4) замена мер предварительной защиты (ст. 91 КоАС РФ); по заявлению участвующего в деле лица суд может заменить меры предварительной защиты по административному иску. По заявлению лица, участвующего в деле, допускается замена мер предварительной защиты по административному исковому заявлению в порядке, установленном ст. 86–88 КоАС РФ; КоАС РФ определяет порядок замены обеспечительных мер, указывая на правила, содержащиеся в его главе о мерах предварительной правовой защиты по административному иску. Для рассмотрения заявления о замене меры предварительной защиты проводить судебное заседание не нужно. Такой порядок обусловлен возможностью рассмотрения судом указанного заявления без извещения участвующих в деле лиц;

5) предварительная судебная защита по административному иску осуществляется в судебном заседании отдельно от рассмотрения других требований и ходатайств; суд рассматривает ходатайство о применении мер предварительной защиты по административному иску, указанных в административном исковом заявлении, отдельно от других требований и ходатайств, изложенных в административном исковом заявлении; причем установлен весьма короткий срок рассмотрения такого ходатайства – не позднее следующего рабочего дня после дня принятия административного искового заявления к производству суда (п. 6 ст. 87 КоАС РФ);

6) проведение предварительного судебного заседания (ст. 138 КоАС РФ). Такое заседание судья проводит единолично при подготовке административного дела к судебному разбирательству. Стороны, а также участвующие в деле другие лица (их представители) извещаются о времени и месте проведения предварительного судебного заседания.

Они вправе заявлять ходатайства, представлять доказательства, а также приводить свои доводы и аргументы по вопросам, которые возникают в предварительном судебном заседании. Обеспечение надлежащей предварительной защиты по административному иску, безусловно, может быть включено в число целей предварительного судебного заседания. Ведь законодатель относит к таким целям, например: уточнение и детализацию обстоятельств, которые имеют значение для правильного рассмотрения и разрешения административного дела; установление достаточности имеющихся в административном деле доказательств¹⁹; процессуальное закрепление распорядительных действий сторон, которые совершены на этапе подготовки административного дела к судебному разбирательству; выяснение вопроса о возможности урегулирования административно-правового спора до проведения самого судебного разбирательства;

7) на начальном этапе рассмотрения административного дела по существу выяснение вопроса о том, признает ли административный ответчик административный иск (п. 1 ст. 156 КоАС РФ); при принятии решения суд также решает вопросы о сохранении или об отмене действия мер предварительной защиты по административному иску (п. 3 ст. 178 КоАС РФ);

8) обжалование определения суда о применении или об отмене мер предварительной защиты по административному иску, а также *об отказе* в этом, т.е. на определение суда о применении или об отмене мер предварительной защиты по административному иску, а также *об отказе в этом* может быть подана *частная жалоба*. Подача частной жалобы на определение суда о применении мер предварительной защиты по административному иску не приводит к приостановлению судом исполнения данного определения. В случае подачи частной жалобы на определение суда об отмене мер предварительной защиты по административному иску суд приостанавливает исполнение этого определения. Частная жалоба может быть подана в течение пятнадцати дней со дня вынесения определения судом первой инстанции, если иные сроки не установлены ст. 314 КоАС РФ. Порядок обжалования определений суда первой инстанции, порядок подачи и рассмотрения частной жалобы, а также полномочия суда апелляционной инстанции при рассмотрении частной жалобы устанавливаются в ст. 313–317 КоАС РФ. Жалоба на определения судов апелляционной инстанции о применении или об отмене мер предварительной защиты по административному иску, а также об отказе в этом, должна быть подана по правилам ст. 319 КоАС РФ. Глава 35 КоАС РФ устанавливает производство в суде *кассационной инстанции*. Вопросы *пересмотра* судебных постановлений определяются в главе 36 КоАС РФ;

9) предотвращение значительного ущерба публичным или частным

¹⁹ Об общих правилах доказывания по КоАС РФ см., например: Молчанов В. В. Доказательства и доказывание в административном судопроизводстве // Законодательство. 2016. № 8. С. 58–64.

интересам (п. 2 ст. 188 КоАС РФ); предотвращение нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление. Законодатель не предусмотрел в процессуальных правилах, относящихся к порядку принятия судом мер предварительной защиты (глава 7 КоАС РФ), подачу в суд искового заявления о возмещении убытков, которые причинены ответчику мерами предварительной защиты. Применяемые судом меры обеспечения иска в других видах судебного процесса (гражданского²⁰ или арбитражного) и исполнение определения суда могут причинить субъектам правоотношений убытки (ущерб), которые необходимо возмещать. Порядок возмещения убытков при обеспечении иска определяется ст. 146 ГПК РФ: к истцу может быть адресовано требование суда (судьи), допустившего обеспечение иска, предоставить обеспечение возможных для ответчика убытков; при этом ответчик имеет право потребовать от истца путем заявления иска о возмещении убытков, которые были ему причинены принятием судом по просьбе истца обеспечительных мер. Однако противоправное поведение стороны (или иные ее недобросовестные действия) в обязательном порядке не находится в неразрывной связи с возможностью взыскания убытков, причиненных принятием судом обеспечительных мер. Как правило, во всех видах судопроизводства чрезвычайно сложно анализировать вопрос и доказывать логическую взаимосвязь процессуального факта применения мер предварительной защиты по административному иску (или установления обеспечительных мер) с фактом причинения убытков (вреда, ущерба).

Можно в полной мере разделить мнение ученых, которые предлагают по делам, когда в суде оспаривались решения органов публичной власти, и при этом судом были применены меры предварительной защиты по административному иску (обеспечению иска), законодательно установить запрет на взыскание с заявителей в последующем убытков²¹. Именно не лучшая «перспектива» для истца по возмещению убытков, причиненных по его инициативе (ходатайству) применением судом мер предварительной защиты по административному иску (обеспечительных мер), на практике становится барьером для надлежащего использования стороной права на заявление ходатайства о применении мер предварительной защиты по административному иску. В связи с этим возмож-

²⁰ См., например: *Абдулов И. В.* Убытки и компенсация в связи с обеспечительными мерами // Юрист. 2016. № 20. С. 13–15; *Медведев И. Р.* О возмещении убытков, причиненных обеспечением иска // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 34–40; *Котлярова В. В.* О возмещении убытков и выплаты компенсации, возникших вследствие применения обеспечительных мер // Там же. № 11. С. 16–20; *Кливер Е. П.* О некоторых вопросах обеспечения в арбитражном процессе и обращения взыскания на денежные средства, находящиеся на депозитном счете суда // Вестник гражданского процесса. 2016. № 6. С. 187–201.

²¹ См.: *Медведев И. Р.* О возмещении убытков, причиненных обеспечением иска // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 39.

на постановка, на первый взгляд, весьма спорного вопроса, а именно: предложения о целесообразности предоставления права суду по своей инициативе²² принимать меры предварительной защиты по административному иску, учитывая характер и сущность споров, возникающих из публичных правоотношений, а также особые характеристики самой «сферы административных и иных публичных правоотношений», где зарождаются и формируются публично-правовые спорные (конфликтные)²³ ситуации. С нашей точки зрения, такой подход и далее углубляет теорию *активной роли суда* в административном судопроизводстве, а также направлен на обеспечение эффективного решения установленных в ст. 3 КоАС РФ задач административного судопроизводства, особенно задачи по укреплению законности и предупреждению нарушений в сфере административных и иных публичных правоотношений.

В отличие от административного судопроизводства АПК РФ предусматривает правила, в соответствии с которыми осуществляется деятельность по возмещению убытков, возникших в результате применения обеспечительных мер. Ученые рассматривают три случая, при которых имеется реальная возможность предъявить требования о возмещении убытков: 1) возмещение убытков или выплата компенсации в связи с принятием арбитражным судом мер обеспечения (ст. 98 АПК РФ); 2) возмещение убытков, которые были причинены в связи с неисполнением определения арбитражного суда о принятии мер обеспечения (ч. 6 ст. 96 АПК РФ); 3) возмещение убытков или выплата компенсации в результате применения обеспечительных мер до момента предъявления требований заявителем (ч. 10 ст. 99 АПК РФ)²⁴. Все эти возможные варианты, позволяющие участвующему в деле лицу предъявить требования о возмещении убытков по итогам принятия судами обеспечительных мер,

²² Такое предложение можно встретить в трудах ученых, рассматривающих проблемы дальнейшего усиления активной роли суда при разрешении административных дел. См., например: *Орлов А. В.* Активная роль суда в административном судопроизводстве // *Рос. судья.* 2016. № 8. С. 15.

²³ См., например: *Зеленцов А. Б.* Конфликты в управлении и управление конфликтами : опыт комплексного исследования предмета и форм административной юрисдикции. М., 2001 ; *Его же.* Административно-правовой спор : вопросы теории. М., 2009 ; *Лунарев Е. Б.* Административно-правовые споры : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Воронеж, 2003 ; *Саркисов А. К.* Конфликты в сфере налоговых отношений : теория и практика правового разрешения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

²⁴ См.: *Абдулов И. В.* Убытки и компенсация в связи с обеспечительными мерами // *Юрист.* 2016. № 20. С. 13 ; *Котлярова В. В.* О возмещении убытков и выплаты компенсации, возникших вследствие применения обеспечительных мер // *Арбитражный и гражданский процесс.* 2015. № 11. С. 16–17. См. также: *Абушенко Д. Б.* Об окончательных судебных актах, исключающих возникновение обязательства о возмещении убытков, причиненных обеспечительными мерами // *Закон.* 2009. № 7. С. 93–100 ; *Штанкова Н. В.* К вопросу о возмещении убытков, причиненных обеспечительными мерами // *Вестник Высшего Арбитражного Суда Рос. Федерации.* 2006. № 7. С. 23–37.

определены в АПК РФ. Как известно, в результате принятия обеспечительных мер возникшие для другой стороны ограничения (запреты, приостановления, аресты имущества) могут стать причиной или основаниями причинения ее соответствующих убытков, так как именно в отношении этой стороны ограничения действовали. Вместе с тем участвующие в деле лица могут инициировать, во-первых, ходатайство об отмене мер предварительной защиты административного иска; во-вторых, уже после разрешения дела, реализуя свое право на судебную защиту, они вправе заявить требования по возмещению убытков или выплате компенсации к лицу, по ходатайству которого суд принял обеспечительные меры, причинившие другой стороне убытки. Предъявление такого иска о возмещении убытков ответчику или другим участвующим в деле лицам, причиненных принятием к ним обеспечительных мер, становится реализуемым лишь после того, как решение суда об отказе в удовлетворении иска вступило в законную силу (ч. 1 ст. 98 АПК РФ).

К сожалению, аналогичные процессуальные нормы в КоАС РФ не установлены. Очевидно, было бы целесообразно предпринять меры по внесению в КоАС РФ правил, определяющих порядок возмещения убытков или выплату (присуждение) компенсации в случае причинения принятыми в отношении стороны мер предварительной защиты по административному делу. Лицу, которое может требовать возмещения убытков, причиненных принятием мер предварительной защиты, нужно доказывать сам факт нарушения его прав, свобод, законных интересов, причинную связь между нарушениями и появившимися вследствие этих нарушений убытками.

Весьма интересно и полезно направленное на улучшение административной и судебной практики по административным делам мнение И. В. Пановой, предлагающей включить в КоАС РФ положение о праве гражданина подать в суд заявление о возмещении вреда или убытков, которые были причинены незаконными действиями органов публичной власти «в случае письменного отказа соблюдения досудебного порядка урегулирования споров со стороны должностного лица»²⁵. Взаимосвязанным с предложением И. В. Пановой является рекомендация о том, что суд, рассматривая жалобу о возмещении убытков и (или) вреда, причиненных незаконными действиями (бездействием) должностного лица, должен учитывать обязанность соблюдения досудебного порядка рассмотрения вопроса о возмещении убытков или вреда. Эти и другие предложения И. В. Пановой направлены на содействие в практике возмещения убытков или вреда в административном порядке²⁶. Важнейшими направлениями совершенствования законодательства о применении мер предварительной защиты по административному иску становится разработка процессуально-правового механизма, обеспечивающего надлежащий по-

²⁵ *Панова И. В.* Порядок разрешения вопросов о возмещении убытков, причиненных незаконными действиями государственных органов и должностными лицами // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2015. № 4. С. 100.

²⁶ См.: Там же.

рядок взыскания убытков (или присуждения компенсации), возникших вследствие применения института предварительной защиты. Решение суда, рассматривающего ходатайство о применении мер предварительной защиты по административному иску, должно приниматься при непременном учете юридических и фактических последствий реального установления предварительной защиты. Здесь речь идет о необходимости предвидения как положительного, так и негативного влияния принятых мер предварительной защиты на права, свободы, законные интересы граждан и организаций, на правовой режим обеспечения публичных интересов, законности функционирования сферы административных и иных публичных правоотношений. Возникшие у административного ответчика убытки или иные правоограничения вследствие принятых судом мер предварительной защиты могут повлечь для административного истца обязанность возмещения соответствующих убытков (присуждения компенсации) или восстановления надлежащего правового положения для соответствующих лиц, участвующих в административном деле. То есть точное представление административным истцом возможности и необходимости несения им компенсационного бремени и соответствующих расходов должно включаться в круг разрешаемых судом вопросов при принятии мер предварительной защиты.

В процессе разрешения административно-правовых споров посредством административного судопроизводства КоАС РФ устанавливает отдельные новые институты и процедуры, которые прежде не считались процессуально допустимыми и реализуемыми в сфере административных и иных публичных правоотношений. На это обращается внимание в литературе. Например, в прошлом действовали ограничения относительно принципа диспозитивности по разрешению споров, возникавших из публичных правоотношений; при этом было запрещено заключать *мировое соглашение*. При этом специалисты указывали на допустимость и востребованность примирительных процедур по делам, которые возникали в сфере публичных правоотношений, а также на повышение эффективности разрешения административно-правовых споров с участием органов публичной власти²⁷. Сегодня КоАС РФ устанавливает институт примирения²⁸ (п. 4 ст. 46, ст. 137, подп. 4 п. 1 ст. 194 КоАС РФ). Таким образом, эти моменты, очевидно, можно назвать значимыми для выяснения сущности, содержания и принципиальных характеристик «сферы административных и иных публичных правоотношений». При этом от-

²⁷ См.: *Вербина Е. Ф.* Идет спор с госорганом. Как эффективно закончить разбирательство мировым соглашением // *Арбитражная практика*. 2015. № 3. С. 42–47.

²⁸ См.: *Балашов А. Н.* Правовая природа права на примирение сторон в административном судопроизводстве // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2016. № 12. С. 26. См. также для сравнения: *Шеменева О. Н.* Роль соглашений сторон в гражданском судопроизводстве. М., 2017. С. 251–295 ; *Калашникова С. И.* Медиация в сфере гражданской юрисдикции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010 ; *Лазарев С. В.* Мировое соглашение в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006.

дельному теоретическому анализу подлежат взаимосвязанные с институтом примирения сторон вопросы исполнения решения суда о принятии мер предварительной защиты по административному иску.

Применение судами общей юрисдикции процессуальных норм КоАС РФ, устанавливающих порядок принятия *мер предварительной защиты* по административному иску, несомненно, зависит от более общих вопросов рассмотрения и разрешения административных дел. Одной из главных проблем вплоть до настоящего времени, несмотря на разъяснения, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации»²⁹, остается определение и выбор в судебной практике вида судопроизводства: *административного* или *гражданского*³⁰. Признанный п. 87 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» *не подлежащим для применения* постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих» (в редакции постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 февраля 2012 г. № 3)³¹ рекомендовал судам при разграничении видов судопроизводства (*искового* или *по делам, возникающим из публичных правоотношений*) принимать во внимание *характер и сферу правоотношений*, где сформировалось требование обратившегося за судебной защитой лица; при этом не нужно учитывать избранную лицом форму обращения в суд. По мнению судей, «отсутствие четких критериев определения вида судопроизводства порождает в настоящее время и будет

²⁹ Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2016. № 11. С. 2–15.

³⁰ См., например: Курчевская С. В. Применение Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в судах общей юрисдикции : первый опыт, проблемы, противоречия // Журнал административного судопроизводства. 2016. № 2. С. 66–71 ; Немцева В. Б. Гражданское или административное : последствия ошибки в выборе вида судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 10. С. 49–53 ; *Ее же*. Некоторые проблемы соотношения гражданского и административного судопроизводства в судах общей юрисдикции // Вестник гражданского процесса. 2016. № 1. С. 190–208 ; Плотников Д. А. К вопросу о проблеме определения подведомственности публично-правовых споров в гражданском и административном судопроизводстве // Рос. судья. 2015. № 9. С. 5–9 ; Савинов К. А. Особенности рассмотрения дел, вытекающих из публичных правоотношений, в связи с принятием Кодекса Российской Федерации об административном судопроизводстве // Рос. юстиция. 2016. № 6. С. 42–44 ; Юдин А. В. Режимы совместного и раздельного рассмотрения исковых требований в рамках гражданского и административного судопроизводства // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 8. С. 88–99.

³¹ Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2009. № 4. С. 7–16 ; 2012. № 4. С. 11–14.

порождать судебные ошибки, повторные обращения в суд и снижать эффективность деятельности судебной системы»³². Апелляционные определения отдельных областных судов доказывают, что, основываясь на характере правоотношений, выбранное административным истцом административное судопроизводство по правилам КоАС РФ, тем не менее, не является запретом для рассмотрения искового заявления судьями по правилам гражданского процесса. Процессуальные кодексы не содержат точной регламентации порядка выбора вида судопроизводства в случае возникновения в дальнейшем необходимости разрешения дела в надлежащих процедурах гражданского или административного судопроизводства. В. Б. Немцева предлагает считать процессуальной ошибкой неправильный выбор вида судопроизводства; при этом при обнаружении такой ошибки целесообразна констатация факта нарушения судом первой инстанции норм процессуального права (ч. 4 ст. 310 КоАС РФ)³³.

Таким образом, порядок совершения разнообразных действий (например, истребование судом доказательств по ходатайству лиц, участвующих в деле, или по своей инициативе), принятие процессуальных решений (вынесение судом решения об истребовании доказательства; назначение судом по своей инициативе экспертизы), функционирование многих процессуальных институтов (например, в соответствии с п. 1 ст. 178 КоАС РФ суд может выйти за пределы заявленных требований (предмета административного искового заявления) или приведенных административным истцом оснований и доводов) – всё это начинает конфликтовать с разными процессуально-правовыми режимами их применения и осуществления в зависимости от вида процессуального кодекса. Следовательно, и рассмотрение ходатайства о применении мер предварительной защиты по административному иску, и исполнение определения суда о применении этих мер в различных процессуально-правовых режимах рассмотрения административных (или гражданских) дел может существенно снижать эффективность действия *института предварительной защиты* в административном судопроизводстве, минимизировать потенциал способа защиты прав, свобод и законных интересов административного истца или неопределенного круга лиц, в защиту прав, свобод и законных интересов которых подано административное исковое заявление. Наконец, вряд ли надлежащим образом такая неопределенность с выбором вида судопроизводства будет способствовать решению задачи укрепления законности и предупреждения нарушений *в сфере административных и иных публичных правоотношений* (п. 4 ст. 3 КоАС РФ).

В ближайшее время было бы целесообразным подготовить постановление Пленума Верховного Суда РФ «*О некоторых вопросах, возникающих*

³² Курчевская С. В. Применение Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации в судах общей юрисдикции : первый опыт, проблемы, противоречия // Журнал административного судопроизводства. 2016. № 2. С. 69.

³³ См.: Немцева В. Б. Гражданское или административное : последствия ошибки в выборе вида судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2016. № 10. С. 53.

при применении судами общей юрисдикции мер предварительной защиты по административному иску» на основе масштабного обобщения практики применения судами общей юрисдикции мер предварительной защиты по административному иску с целью единообразного разрешения вопросов, возникающих в судебной практике при применении норм главы 7 КоАС РФ «Меры предварительной защиты по административному иску», а также обеспечения быстрой и надлежащей судебной защиты нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, возникающие из административных и иных публичных правоотношений, правильного разрешения подведомственных им административных дел, связанных с осуществлением обязательного судебного контроля за соблюдением прав и свобод человека и гражданина, прав организаций при реализации отдельных административных властных требований к физическим лицам и организациям, гарантированного исполнения принятого итогового решения суда по административному делу, повышения эффективности правосудия, стимулирования примирения сторон, обеспечения формирования процессуальных правовых механизмов для беспрепятственного пользования имуществом, восстановления нарушенных или оспоренных прав участников административных и иных публичных правоотношений.

Воронежский государственный университет

Стариллов М. Ю., преподаватель кафедры административного и муниципального права

E-mail: max.starilov@gmail.com

Тел.: 8(473) 255-07-19

Voronezh State University

Starilov M. Yu., Lecturer of the Administrative and Municipal Law Department

E-mail: max.starilov@gmail.com

Tel.: 8(473) 255-07-19

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ И ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

УДК 349.4

О КЛАССИФИКАЦИИ ЗЕМЕЛЬНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ

Е. С. Карпова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 11 декабря 2017 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию различных видов земельных правонарушений. Анализируются классификации земельных правонарушений, предложенные авторами в научной литературе, высказываются предложения по совершенствованию законодательства.

Ключевые слова: классификация, земельное правонарушение, административная ответственность за земельное правонарушение, право собственности на землю, право пользования земельным участком, охрана земель, управление в области использования и охраны земель.

Abstract: the article is devoted to the research of different types of land offences. The article explores the classifications of land offences which are mentioned in academic literature. On the basis of the analysis the author offers a proposal about improvement of the legislation.

Key words: classification, land offence, administrative responsibility for land offence, property right to land, land leasehold, land protection, management in the area of use and protection of land.

Вопрос о классификации земельных правонарушений требует особого внимания и представляет интерес для рассмотрения по многим причинам. Классификацией является распределение земельных правонарушений по отдельным группам (видам), каждая из которых будет характеризоваться только ей присущими признаками.

Наиболее общая классификация земельных правонарушений впервые была сформулирована в Указе Президента РФ от 16 декабря 1993 г. № 2162 «Об усилении государственного контроля за использованием и охраной земель при проведении земельной реформы»¹. В нем были выделены четыре группы неправомερных действий, подлежащих административному штрафу:

- нарушение утвержденной градостроительной документации при отводе земель и противоправные действия должностных и юридических лиц, повлекшие за собой самовольное занятие земель;
- нарушение установленного режима использования земель природоохранного, природно-заповедного, оздоровительного, рекреационного назначения, других земель с особыми условиями использования, а также земель, подвергшихся радиоактивному загрязнению;

¹ Собр. актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 51. Ст. 4935.

– нерациональное использование сельскохозяйственных земель, невыполнение обязательных мероприятий по улучшению земель и охране почв от водной, ветровой эрозии и предотвращению других процессов, ухудшающих состояние почв, использование земельных участков не по целевому назначению, а также способами, приводящими к порче земель, систематическое невнесение платежей за землю;

– уклонение от исполнения или несвоевременное исполнение предписаний, выданных должностными лицами, осуществляющими государственный контроль за использованием и охраной земель, по вопросам устранения нарушений земельного законодательства.

Однако, очевидно, что представленная классификация не была полной и достаточной.

В настоящее время вопрос о классификации земельных правонарушений совершенно не раскрывается в законодательстве и лишь в наиболее общем виде затрагивается в научной литературе. Данный вопрос носит исключительно теоретический характер. Тем не менее исследование различных видов земельных правонарушений поможет выявить особенности и специфику каждого из этих видов, а также понять, почему за конкретное деяние наступает административная ответственность.

Исходная и самая очевидная общетеоретическая классификация – это классификация по степени общественной опасности, согласно которой все земельные правонарушения делятся на земельные преступления и земельные проступки. В свою очередь, можно говорить о так называемой «подклассификации» и в зависимости от вида наступающей ответственности выделять среди земельных проступков земельные административные проступки, земельные дисциплинарные проступки, земельные гражданско-правовые проступки и собственно земельно-правовые проступки.

Хотелось бы особое внимание уделить рассмотрению тех видов земельных правонарушений, за которые предусмотрена административная ответственность. Прежде всего, проанализируем уже предложенные в научной литературе классификации земельных правонарушений.

А. П. Анисимов выделяет две классификации земельных правонарушений². Учитывая, что земля является неотъемлемой частью окружающей среды, он отмечает, что все земельные правонарушения можно разделить на две группы:

1) лишенные экологической окраски и не связанные с причинением вреда земле как составной части окружающей среды (например, уничтожение или повреждение специальных знаков – ст. 7.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях 2001 г.³ (далее – КоАП РФ);

2) причиняющие вред землям и являющиеся одновременно экологическими правонарушениями (порча земель – ст. 8.6 КоАП РФ, нарушение правил обращения с пестицидами и агрохимикатами – ст. 8.3 КоАП РФ).

² См.: Анисимов А. П. Земельное право России : учеб. для академического бакалавриата / под ред. А. П. Анисимова. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2016. С. 208–209.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

По нашему мнению, данная классификация является наиболее общей.

А. П. Анисимов выделяет также более детальную классификацию и делит земельные правонарушения на следующие группы:

а) правонарушения в сфере использования земельных участков. К ним можно отнести невыполнение установленных требований и обязательных мероприятий по улучшению, защите земель и охране почв от ветровой, водной эрозии (ст. 8.7 КоАП РФ), использование земельного участка не по целевому назначению, невыполнение или несвоевременное выполнение обязанностей по приведению земель в состояние, пригодное для использования по целевому назначению (ст. 8.8 КоАП РФ) и др.;

б) правонарушения, посягающие на земельный участок как природный объект, являющиеся одновременно и экологическими правонарушениями. Подобными правонарушениями являются нарушение правил обращения с пестицидами и агрохимикатами (ст. 8.3 КоАП РФ), порча земель (ст. 8.6 КоАП РФ) и др.;

в) правонарушения, посягающие на отношения собственности и иные права на земельный участок как объект недвижимого имущества. В их числе самовольное занятие земельного участка (ст. 7.1 КоАП РФ), самовольная застройка площадей залегания полезных ископаемых (ст. 7.4 КоАП РФ) и др.;

г) правонарушения в сфере управления землями. Ими являются нарушение порядка предоставления земельных участков (ст. 19.9 КоАП РФ), несоблюдение порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество или сделок с ним (ст. 19.21 КоАП РФ) и др.

Ю. П. Амелин отмечает, что, если систематизировать все предусмотренные КоАП РФ составы земельных правонарушений и классифицировать их в зависимости от субъектов (правонарушителей) и содержания земельных правонарушений, можно выделить три группы⁴:

1) противоправные деяния, нарушающие право собственности и иные права на землю (например, самовольное занятие земельного участка – ст. 7.1 КоАП РФ; самовольное занятие лесного участка – ст. 7.9 КоАП РФ);

2) противоправные деяния, нарушающие правила использования земель и их охраны (например, уничтожение плодородного слоя почвы, а равно порча земель в результате нарушения правил обращения с пестицидами и агрохимикатами или иными опасными для здоровья людей и окружающей среды веществами и отходами производства и потребления – ч. 2 ст. 8.6 КоАП РФ; нарушение режима использования земельных участков и лесов в водоохраных зонах – ч. 2 ст. 8.12 КоАП РФ);

3) противоправные деяния, нарушающие правила управления земельным фондом (например, искажение сведений о состоянии земель, водных объектов и других объектов окружающей среды лицами, обязанными сообщать такую информацию – ст. 8.5 КоАП РФ; нарушение

⁴ См.: Амелин Ю. П. Административная ответственность за нарушения законодательства по использованию и охране земель // Актуальные проблемы государства и права в современный период : сб. статей. Томск, 1998. Ч. 2. С. 125.

порядка предоставления земельных участков – ст. 19.9 КоАП РФ; невыполнение в установленный срок законного предписания органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор, муниципальный контроль, об устранении нарушений законодательства – ч. 1 ст. 19.5 КоАП РФ).

С классификацией Ю. П. Амелина полностью согласна Е. С. Болтанова⁵. В данной классификации, в отличие от предложенной А. П. Анисимовым, отдельно не выделяются правонарушения, посягающие на земельный участок как природный объект и являющиеся одновременно экологическими правонарушениями. Здесь они включены в число противоправных деяний, нарушающих правила использования земель и их охраны.

Несколько иные формулировки видов земельных правонарушений предлагает в своей классификации Б. В. Ерофеев. Так, он выделяет:

«– нарушения экономического характера: самовольное занятие земли; несвоевременный возврат временно занимаемых земельных участков; отступление от проектов внутрихозяйственного землеустройства и др.;

– нарушения экологического характера: порча и уничтожение плодородного слоя почвы; проведение мелиоративных и других работ, отрицательно влияющих на состояние земель; невыполнение обязательных противоэрозионных мероприятий и т.п.;

– нарушения, связанные с землей, т.е. в части объектов, представляющих собой постоянную или временную недвижимость, связанную с землей: самовольное возведение хозяйственных и бытовых строений; потравы посевов, повреждение насаждений; умышленное повреждение дорожных сооружений и др.»⁶.

В указанной классификации в качестве примеров приведены некоторые составы земельных правонарушений, которые в действующем КоАП РФ уже отсутствуют или сформулированы иначе. Мы намеренно процитировали их в той формулировке, которая была предложена Б. В. Ерофеевым, чтобы была ясна суть его классификации.

Хотелось бы особо обратить внимание на мнение О. И. Крассова, который в качестве отдельного вида земельных правонарушений выделяет административные нарушения на транспорте, поскольку они также являются нарушениями земельного законодательства (глава 11 КоАП РФ)⁷. Так, загрязнение полос отвода и придорожных полос автомобильных дорог, распашка земельных участков, покос травы, осуществление рубок и повреждение лесных насаждений и иных многолетних насаждений, снятие дерна и выемка грунта, за исключением работ по содержанию полос отвода автомобильных дорог или по ремонту автомобильных дорог, их

⁵ См.: Болтанова Е. С. Земельное право : учебник. 2-е изд. М., 2013. С. 282–283.

⁶ Ерофеев Б. В. Земельное право России : учебник. 8-е изд., перераб. М., 2004. С. 419.

⁷ См.: Крассов О. И. Земельное право : учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2012. С. 302–303.

участков, выпас животных, а также их прогон через автомобильные дороги вне специально установленных мест, согласованных с владельцами автомобильных дорог, признаются согласно ст. 11.21 КоАП РФ административным правонарушением.

Административную ответственность влечет также нарушение землепользователями правил охраны автомобильных дорог или дорожных сооружений (ст. 11.22 КоАП РФ). Состав правонарушения образуют неисполнение землепользователями участков, прилегающих к полосам отвода автомобильных дорог, в пределах населенных пунктов на дорогах федерального значения обязанностей по устройству, ремонту или регулярной очистке пешеходных дорожек или переходных мостиков в границах закрепленных за ними участков либо обязанностей по содержанию в технически исправном состоянии и чистоте выездов с закрепленных участков или с подъездных путей на автомобильную дорогу общего пользования, включая переездные мостики.

Наиболее подробно хотелось бы остановиться на классификации, предложенной Е. В. Сырых, которая отмечает, что административные правонарушения, связанные с землей, составы которых закреплены в КоАП РФ, можно разделить на три группы:

- 1) правонарушения в области использования и охраны земель;
- 2) правонарушения в области охраны собственности на землю;
- 3) иные правонарушения⁸.

Данная классификация представляет, по нашему мнению, особый интерес для рассмотрения, так как включает в себя наиболее значительное число различных видов земельных правонарушений. Так, Е. В. Сырых внутри трех вышеперечисленных групп земельных правонарушений дополнительно выделяет еще и подгруппы.

Правонарушения в области использования и охраны земель связаны с нарушением требований к рациональному использованию и охране земель и могут быть, в свою очередь, разделены на три подгруппы:

1. Первую подгруппу составляют правонарушения, связанные с нарушением правового режима использования земель, т.е. требований, обусловленных целевым назначением категории земель и разрешенным использованием земельного участка, к ним относятся:

– использование земельного участка не по целевому назначению в соответствии с его принадлежностью к той или иной категории земель и (или) разрешенным использованием; неиспользование земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения для ведения сельскохозяйственного производства или осуществления иной связанной с сельскохозяйственным производством деятельности в течение срока, установленного указанным федеральным законом; неиспользование земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения по целевому назначению в течение одного года с момента возникновения права

⁸ См.: *Сырых Е. В.* Земельное право : учеб. для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 133–137.

собственности, если такой земельный участок приобретен по результатам публичных торгов на основании решения суда о его изъятии в связи с неиспользованием по целевому назначению или использованием с нарушением законодательства Российской Федерации; неиспользование земельного участка, предназначенного для жилищного или иного строительства, садоводства, огородничества, в указанных целях в случае, если обязанность по использованию такого земельного участка в течение установленного срока предусмотрена федеральным законом (ст. 8.8 КоАП РФ);

– нарушение режима использования земельных участков и лесов в водоохраных зонах (ст. 8.12 КоАП РФ) и др.

2. Вторую подгруппу составляют правонарушения, связанные с невыполнением мер по приведению земельных участков в надлежащее состояние. Невыполнение данной обязанности, возложенной на землепользователя законодательством, является основанием для привлечения его к административной ответственности, в том числе в следующих случаях:

– невыполнение или несвоевременное выполнение обязанностей по приведению земель в состояние, пригодное для использования по целевому назначению (ч. 4 ст. 8.8 КоАП РФ);

– невыполнение или несвоевременное выполнение обязанностей по рекультивации земель при разработке месторождений полезных ископаемых, включая общераспространенные полезные ископаемые, осуществлении строительных, мелиоративных, изыскательских и иных работ, в том числе работ, осуществляемых для внутрихозяйственных или собственных надобностей, а также после завершения строительства, реконструкции и (или) эксплуатации объектов, не связанных с созданием лесной инфраструктуры, сноса объектов лесной инфраструктуры; невыполнение установленных требований и обязательных мероприятий по улучшению, защите земель и охране почв от ветровой, водной эрозии и предотвращению других процессов и иного негативного воздействия на окружающую среду, ухудшающих качественное состояние земель (ст. 8.7 КоАП РФ) и др.

3. Третью подгруппу составляют правонарушения, связанные с причинением вреда землям. К ней относятся:

– самовольное снятие или перемещение плодородного слоя почвы (ч. 1 ст. 8.6 КоАП РФ);

– уничтожение плодородного слоя почвы, а равно порча земель в результате нарушения правил обращения с пестицидами и агрохимикатами или иными опасными для здоровья людей и окружающей среды веществами и отходами производства и потребления (ч. 2 ст. 8.6 КоАП РФ).

Основанием для привлечения к административной ответственности в данном случае является сам факт совершения противоправного действия, наступления общественно опасных последствий не требуется (в отличие от уголовной ответственности).

Правонарушения в области охраны собственности на землю посягают на отношения, связанные с осуществлением права собственности на зе-

мельные участки. Такие правонарушения можно разделить на две подгруппы:

1. Правонарушения, связанные с использованием земельных участков без оформления в установленном законом порядке прав на земельные участки. Любое использование земли без оформления имущественных прав на земельные участки (кроме осуществления общего землепользования – нахождения на улицах, парках и т.д.) является неправомерным и является основанием для привлечения к административной ответственности. К данной подгруппе можно отнести следующие правонарушения:

– самовольное занятие земельного участка или части земельного участка, в том числе использование земельного участка лицом, не имеющим предусмотренных законодательством Российской Федерации прав на указанный земельный участок (ст. 7.1 КоАП РФ);

– самовольная уступка права пользования землей, недрами, лесным участком или водным объектом, а равно самовольная мена земельного участка (ст. 7.10 КоАП РФ).

2. Правонарушения, связанные с уничтожением или повреждением специальных знаков. Подобные знаки несут информацию для землепользователей об особом режиме использования земель, поэтому их уничтожение является общественно опасным деянием. К таким знакам относятся, например, знаки, обозначающие границы прибрежных защитных полос и водоохраных зон водных объектов, лечебно-оздоровительных местностей и курортов, особоохраняемых природных территорий и т.д. Административная ответственность за уничтожение или повреждение специальных знаков установлена ст. 7.2 КоАП РФ.

К иным административным правонарушениям можно отнести следующие:

– искажение сведений о состоянии земель, водных объектов и других объектов окружающей среды лицами, обязанными сообщать такую информацию (ст. 8.5 КоАП РФ); нарушение порядка предоставления земельных участков (ст. 19.9 КоАП РФ); несоблюдение порядка государственной регистрации прав на недвижимое имущество или сделок с ним (ст. 19.21 КоАП РФ) и др.

Проанализировав все вышеуказанные классификации, считаем возможным высказать следующее предложение. Поскольку в настоящее время все административные правонарушения в области использования, управления и охраны земель рассредоточены по разным главам КоАП РФ, полагаем целесообразным внести в КоАП РФ отдельную главу «Административные правонарушения в области использования, управления и охраны земель», в которой систематизировать и расположить в логической последовательности все упомянутые нами составы земельных правонарушений.

Предлагаем расположить составы правонарушений в следующем порядке:

1. Административные правонарушения, посягающие на право собственности и право пользования земельным участком (самовольное

занятие земельного участка (ст. 7.1); уничтожение или повреждение специальных знаков (ст. 7.2); самовольная застройка площадей залегания полезных ископаемых (ст. 7.4); самовольная уступка права пользования землей, недрами, лесным участком или водным объектом (ст. 7.10); использование земельного участка на праве постоянного (бессрочного) пользования юридическим лицом, не выполнившим в установленный федеральным законом срок обязанности по переоформлению такого права на право аренды земельного участка или по приобретению этого земельного участка в собственность (ст. 7.34).

2. Административные правонарушения в области охраны земель (порча земель (ст. 8.6); невыполнение обязанностей по рекультивации земель, обязательных мероприятий по улучшению земель и охране почв (ст. 8.7); использование земельных участков не по целевому назначению, невыполнение обязанностей по приведению земель в состояние, пригодное для использования по целевому назначению (ст. 8.8); нарушение режима использования земельных участков и лесов в водоохраных зонах (ст. 8.12); сооружение и (или) эксплуатация линий связи, линий электропередачи, трубопроводов, дорог или других объектов на мелиорируемых (мелиорированных) землях без согласования со специально уполномоченным государственным органом в области мелиорации земель (ч. 3 ст. 10.10).

3. Административные правонарушения против порядка управления в области использования и охраны земель (искажение сведений о состоянии земель, водных объектов и других объектов окружающей среды лицами, обязанными сообщать такую информацию (ст. 8.5); незаконное изменение правового режима земельных участков, отнесенных к землям историко-культурного назначения (ст. 7.16); внесение кадастровым инженером заведомо ложных сведений в межевой план, технический план, акт обследования, проект межевания земельного участка или земельных участков либо карту-план территории или подлог документов, на основании которых были подготовлены межевой план, технический план, акт обследования, проект межевания земельного участка или земельных участков либо карта-план территории, если это действие не содержит уголовно наказуемого деяния (ч. 4 ст. 14.35); нарушение порядка предоставления земельных или лесных участков либо водных объектов (ст. 19.9).

Такое расположение составов земельных правонарушений в КоАП РФ (основанное на их классификации) будет способствовать упорядочению законодательных норм и позволит значительно упростить процесс правоприменения для органов, уполномоченных привлекать к административной ответственности лиц, виновных в совершении земельных правонарушений.

УДК 336.025

НАЛОГОВЫЙ МОНИТОРИНГ:
ТЕКУЩЕЕ СОСТОЯНИЕ, ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ*

А. В. Демин

Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

Поступила в редакцию 19 декабря 2016 г.

Аннотация: *рассматривается налоговый мониторинг как новая форма расширенного сотрудничества между налогоплательщиками и налоговыми органами, основанная на принципах взаимной заинтересованности, доверия, открытости и добросовестности.*

Ключевые слова: *налоговый мониторинг, добровольный комплаенс, доверие, сотруднические отношения, налоговое право.*

Abstract: *the article discusses the tax monitoring as a new form of enhanced cooperation between taxpayers and tax authorities, based on mutual interest, trust, openness and integrity.*

Key words: *tax monitoring, voluntary compliance, trust, cooperative interactions, tax law.*

Налоговая система России претерпевает серьезные трансформации, реагируя на проблемы и вызовы XXI в. В структуру административно-командной модели, основанной на вертикальных связях и односторонне властном управленческом воздействии с приоритетом контрольно-принудительных средств, активно встраиваются элементы «партнерского сотрудничества», в основе которого – принцип «клиенто-ориентированного сервиса», досудебного разрешения налоговых споров, взаимного доверия, открытости, добровольного комплаенса и взаимовыгодного «обмена» управляемых с управляемыми. Представляется, что такая модернизация налогового администрирования – безальтернативный ответ на современные экономические, политические и социальные угрозы и риски, поставленные временем перед Российским государством и обществом.

Наблюдаемое сегодня расширение диспозитивных начал, включая их активное проникновение в отрасли публичного права, связано с общедозволительными тенденциями либерализации, гуманизации и глобализации современных правовых систем, а также с деформализацией и децентрализацией нормотворческих и правоприменительных процедур. Налоговое право не остается в стороне от этих тенденций.

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РГНФ в рамках проекта проведения научных исследований «Диспозитивность в налоговом праве и «партнерская» модель налогового администрирования», основной конкурс 2016–2017 гг., проект № 16-03-00044.

В последние годы в зарубежной литературе по вопросам налогообложения набирают популярность концепции, связанные со сменой общих установок и подходов к взаимоотношениям государства и частного лица. «В прошлом налоговые администрации, подобно таможенным органам, восприняли организационную идентичность административно-командной операционной системы, чтобы выполнять свою миссию ловли “негодяев”, которые не уплачивают налоги, – пишет Валери Брейтуэйт (Valerie Braithwaite). – Однако сложность современной экономики ставит под сомнение функциональность этого подхода по всему диапазону налогового правоприменения»¹. Речь идет о смещении акцентов в сфере государственного регулирования и контроля в сторону косвенного, *стимулирующего воздействия*, основанного на взаимном доверии, сотрудничестве, взаимопонимании и поисках компромиссов. Уходит в прошлое традиционное *кибернетическое* понимание государственного управления как односторонне властного воздействия управляющих на управляемых, реализуемое посредством вертикальных команд, контроля их исполнения и последующей корректировки. В зарубежной литературе такая модель государственного управления характеризуется терминами «enforced compliance», «deterrence approach», «control-and-punishment», «antagonistic interaction», «cat-and-mouse game», «command and control regulation», «catch-me-if-you-can» и даже – «trench warfare» (позиционная война).

Налоговое право активно «впитывает» новые модели взаимоотношений между управляющими и управляемыми. По мнению Марка Бертон (Mark Burton), «оптимальный регулятивный результат можно достичь путем создания регуляторного партнерства между регуляторами и регулируемыми, что предоставило бы сообществу возможность в значительной степени регулировать самого себя, оставив регулятору лишь “увесистую дубину” для того, чтобы подгонять ею тех немногих, кто демонстрирует наиболее вопиющее неправомерное поведение»². Сотруднический комплайенс, по мнению зарубежных авторов, «символизирует собой некую “горизонтализацию” (horizontalisation) налоговых отношений, т.е. сотрудничество на более равных условиях, чем в рамках традиционной административно-командной модели»³. При этом налоговые органы и налогоплательщики не должны воспринимать друг друга как врагов, ведущих позиционную войну.

Одним из примеров проникновения диспозитивных начал в систему налогово-правового регулирования является *институт налогового мониторинга*. Впервые механизм «горизонтального мониторинга» (Horizontal Monitoring Program) был внедрен в 2005 г. в Нидерландах

¹ Braithwaite V. Responsive Regulation and Taxation: Introduction // Law & Policy. 2007. Vol. 29, № 1. P. 4.

² Burton M. Responsive Regulation and the Uncertainty of Tax Law – Time to Reconsider the Commissioner’s Model of Cooperative Compliance? // EJournal of Tax Research. 2007. Vol. 5, № 1. P. 71.

³ Gribnau H. Cooperative Compliance: Some Procedural Tax Law Issues // Tax Assurance / R. Russo (ed.) / Deventer: Kluwer, 2015.

с учетом следующих рекомендаций Научного совета по государственной политике (Scientific Council for Government Policy): взаимоотношения налогоплательщиков и государства должны выстраиваться на основе принципов взаимного сотрудничества и прозрачности бизнес-процессов, где государство принимает на себя ответственность за налоговый комплайенс, а также стимулирует развитие саморегулирования и самоконтроля со стороны частных лиц (участников налоговых отношений).

Впоследствии разнообразные вариации горизонтального мониторинга как оригинальной модели (технологии) налогового администрирования были широко восприняты по всему миру (например, США, Канада, Австралия, Великобритания, Новая Зеландия, Ирландия, Германия, Франция, Австрия, Швеция, Израиль и др.).

В качестве «пилотного проекта» элементы горизонтального мониторинга используются в России с конца 2012 г. В частности, 25 декабря 2012 г. между ФНС России и компаниями ОАО «Русгидро», ОАО «ИНТЕР РАО ЕЭС», ОАО «Мобильные ТелеСистемь», представительством компании Ernst&Young в СНГ были подписаны соглашения о расширенном информационном взаимодействии. В марте 2013 г. к ним добавилось ОАО «Северсталь». Эксперимент оказался успешным. В частности, партнер налоговой практики Ernst&Young Иван Родионов пояснил, что с момента заключения соглашения о расширенном информационном взаимодействии представители компании регулярно встречались с ФНС, чтобы пояснить применяемый порядок налогового учета операций, обсуждали все неясные и спорные вопросы. «Проверяющие стали лучше понимать структуру и особенности нашего бизнеса, порядок учета, снизилось количество претензий. Выездные проверки последний год вообще не проводились, а объем запрашиваемой информации по камеральным проверкам сократился примерно на 25 %»⁴.

Сегодня «налоговый мониторинг» (далее – НМ) предусмотрен разделом V. 2 «Налоговый контроль в форме налогового мониторинга», который включает две главы: главу 14.7 «Налоговый мониторинг. Регламент информационного взаимодействия» и главу 14.8 «Порядок проведения налогового мониторинга. Мотивированное мнение налогового органа». Согласно разъяснению ФНС России, налоговый мониторинг – это «способ расширенного информационного взаимодействия, при котором организация предоставляет налоговому органу доступ в режиме реального времени к данным бухгалтерского и налогового учета, что, в свою очередь, освобождает организацию от проведения камеральных и выездных налоговых проверок и сохраняет за налоговым органом возможность проверки полноты и своевременности исчисления (уплаты) налогов и сборов»⁵.

⁴ Штыкина А. Раскрывшиеся перед налоговиками крупные компании избавят от проверок // Официальный сайт РБК. URL: <http://top.rbc.ru/economics/27/05/2014/926354.shtml> (дата обращения: 25.12.2016).

⁵ О порядке проведения налогового мониторинга : письмо ФНС России от 17 декабря 2014 г. № ЕД-4-2/26194. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Таким образом, в контексте задач налогового контроля главное в НМ – оперативное получение объективной информации о релевантной текущей деятельности налогоплательщика.

Инициатива участия в налоговом мониторинге должна исходить непосредственно от налогоплательщика, что подчеркивает *диспозитивную сущность* рассматриваемого института. «Налогоплательщик наделяется правом выбора: регулярно подавать в налоговые органы в электронной форме документы и информацию, служащие основанием для начисления налогов, или же предоставить налоговому органу доступ к своим информационным системам для проведения превентивного налогового контроля»⁶.

В рамках налогового мониторинга отношения участников должны выстраиваться на основе взаимного доверия и сотрудничества, где задача налоговых органов – помочь заинтересованному налогоплательщику своевременно разобраться в хитросплетениях весьма сложного и массивного налогового законодательства. По обоснованному заключению А. Ю. Курбатова, в основе информационного взаимодействия субъектов налогового мониторинга должно лежать *взаимовыгодное сотрудничество*, что позволит налогоплательщикам более качественно определить направления своей налоговой политики⁷.

В контексте горизонтального мониторинга Ханс Грибнау (Hans Gribnau) говорит о некоторой де-юредификации (de-juridification) налоговых взаимодействий, когда более заметную роль начинают играть не юридические, а общесоциальные нормы, такие как доверие, фейр плей, уважение, взаимность и общая ответственность налоговой администрации и налогоплательщиков: «Юридическая асимметрия в таких налоговых отношениях, на первый взгляд, далека от сотрудничества и доверия, поскольку осуществление односторонних (принудительных) полномочий, на первый взгляд, плохо сочетается с добровольным сотрудничеством, – пишет Ханс Грибнау, анализируя систему горизонтального мониторинга. – Однако сотрудничество не ограничивается лишь правоотношениями, в которые вступают добровольно, подобно договорным отношениям. Сотрудничество важно также в асимметричных отношениях: налоговые администрации не могут выполнять свои задачи без высокого уровня комплаенса, что, в свою очередь, трудно достичь в долгосрочной перспективе без сотрудничества и доверия. ...Горизонтальный мониторинг следует рассматривать как дополнение к традиционному, вертикальному контролю, в рамках которого налоговые органы контролируют соблюдение налогоплательщиками требований налогового законодательства, используя свои односторонние принудительные полномочия»⁸.

⁶ Воронов А. А. Мониторинг как перспективная форма налогового контроля // Вестник Финансового ун-та. 2016. № 2. С. 146.

⁷ См.: Курбатов Т. Ю. К вопросу о налоговом мониторинге // Финансовое право. 2015. № 3. С. 45.

⁸ Gribnau H. Cooperative Compliance: Some Procedural Tax Law Issues // in «Tax Assurance». R. Russo (ed.), Deventer : Kluwer, 2015. P. 183–184.

Налоговый мониторинг позволяет значительно снизить интенсивность налогового контроля в отношении его участников. Это касается, прежде всего, налоговых проверок. Так, за периоды проведения налогового мониторинга не проводятся камеральные и выездные налоговые проверки (п. 1.1 ст. 88, п. 5.1 ст. 89 НК РФ), за исключениями, прямо установленными законом. В отношении КНП к таким исключениям относятся:

1) представление налоговой декларации (расчета) позднее 1 июля года, следующего за периодом, за который проводится НМ;

2) представление налоговой декларации по НДС, в которой заявлено право на возмещение налога, или налоговой декларации по акцизам, в которой заявлена сумма акциза к возмещению;

3) представление уточненной налоговой декларации (расчета), в которой уменьшена сумма налога, подлежащая уплате в бюджетную систему РФ, или увеличена сумма полученного убытка по сравнению с ранее представленной налоговой декларацией (расчетом);

4) досрочное прекращение налогового мониторинга.

В отношении ВМП к исключительным случаям отнесены:

1) проведение ВМП вышестоящим налоговым органом – в порядке контроля за деятельностью налогового органа, проводившего налоговый мониторинг;

2) досрочное прекращение налогового мониторинга;

3) невыполнение налогоплательщиком мотивированного мнения налогового органа (в этом случае проверка носит *тематический характер*, так как проверяется исключительно правильность исчисления и своевременность уплаты налогов в соответствии с мотивированным мнением);

4) представление налогоплательщиком уточненной налоговой декларации (расчета) за период проведения налогового мониторинга, в которой уменьшена сумма налога, подлежащая уплате в бюджетную систему РФ, по сравнению с ранее представленной налоговой декларацией (расчетом). Такой подход позволяет налоговикам экономить весьма ограниченные трудовые, материальные и финансовые ресурсы, концентрируя внимание на «проблемных» налогоплательщиках.

Безусловное достоинство налогового мониторинга – смещение акцентов с последующего налогового контроля на предварительный. Тем самым «практика постконтроля, традиционно применяемого налоговыми органами в качестве приоритетного метода проверки, уступает место режиму профилактики налоговых правонарушений»⁹. Налоговый орган получает онлайн-доступ к информации (документам) налогоплательщика уже на стадии планирования бизнес-процессов. Это позволяет давать им юридическую оценку не постфактум, а еще до заключения и осуществления соответствующих трансакций. В свою очередь, налогоплательщик в процессе налогового планирования может заранее узнать позицию на-

⁹ Кузнецов Н. Г., Цепилова Е. С. Налоговый мониторинг налогоплательщиков – российский опыт и перспективы // Финансовые исследования. 2014. № 4 (45). С. 66.

логовиков в отношении конкретной сделки, оценить *ex ante* актуальные риски ее заключения с точки зрения потенциальных налоговых доначислений и адекватно спрогнозировать свою деятельность. Все это вкуче должно способствовать снижению «зон неопределенности» в сфере налогов и сборов, профилактике налоговых правонарушений, а также – снижению общего уровня налоговых споров и конфликтов.

Таким образом, главное преимущество налогового мониторинга – разрешение спорных ситуаций еще до начала контрольных мероприятий и, тем более, до их рассмотрения судом.

Кроме того, можно выделить и другие плюсы налогового мониторинга для частных лиц, а именно:

- кардинальное сокращение общего числа, объема и частоты налоговых проверок – камеральных и выездных;
- существенное сокращение общего количества истребуемых документов;
- возможность получения оперативных экспертных разъяснений (рекомендаций) со стороны фискальных органов по сложным вопросам налогообложения, включая планируемые трансакции, что позволяет заранее спрогнозировать налоговые риски и эффективно управлять ими;
- снижение энергозатрат (кадровых, временных, финансовых) на взаимодействия с налоговыми органами;
- освобождение от ответственности и уплаты пеней в случае добросовестного исполнения мотивированного мнения налогового органа;
- позиционирование открытости и добросовестности бизнеса с точки зрения выполнения налоговых обязательств повышает репутационную и инвестиционную привлекательность компаний (особенно на международных рынках) и, соответственно, их капитализацию.

Разумеется, участие в налоговом мониторинге не должно влиять на общую сумму налоговых обязательств компании, т.е. речь не идет о снижении сумм налогов и сборов, подлежащих уплате в бюджетную систему РФ. Иной подход означал бы грубое нарушение фундаментальных принципов налогообложения – равенства и справедливости.

Со стороны налоговых органов достоинства НМ заключаются в следующем:

- онлайн-доступ к бухгалтерской и налоговой отчетности подконтрольных лиц в режиме реального времени облегчает налоговый контроль, повышает его качество и оперативность;
- возрастает уровень добровольного комплайенса в налоговой системе за счет отказа налогоплательщиков от сомнительных налоговых схем, а также за счет оперативного согласования участниками НМ спорных вопросов налогообложения;
- снижение интенсивности выездного контроля в отношении «комплайенсных» налогоплательщиков позволяет высвободить административные ресурсы для контроля налогоплательщиков, находящихся в «зоне риска», т.е. склонных к уклонению от налогообложения;

– повышается эффективность прогнозирования налоговых поступлений в бюджетную систему России;

– в процессе составления мотивированных мнений по спорным вопросам налогообложения своевременно выявляются и устраняются (пусть и на уровне правоприменения, а не нормотворчества) пробелы и коллизии в законодательстве о налогах и сборах, тем самым оперативно устраняются «зоны неопределенности» в налоговом праве.

В конечном итоге улучшаются условия для *мобилизации налоговых доходов*, что автоматически повышает устойчивость бюджетной системы Российской Федерации.

Рассмотрим некоторые проблемы и риски, связанные с введением налогового мониторинга.

Во-первых, внедрение налогового мониторинга требует значительных *дополнительных энергозатрат* со стороны налоговых органов, поскольку сопровождается расширением объема работы и ее усложнением при сохранении действующей штатной численности сотрудников, а также при отсутствии дополнительного бюджетного финансирования. Непрерывный контроль в режиме онлайн и анализ текущих хозяйственных операций налогоплательщика на предмет правильности их отражения в налоговом и бухгалтерском учете – весьма трудоемкая деятельность «в условиях значительного объема хозяйственных операций и соответствующих им первичных документов, ежедневно составленных самим налогоплательщиком и полученных им от контрагентов»¹⁰. Кроме того, налоговый орган, по сути, превращается в бесплатного налогового консультанта по наиболее спорным вопросам налогообложения. Человеческий фактор (т.е. способность кадровых ресурсов «переварить» дополнительную нагрузку) – серьезная преграда для развития налогового мониторинга. Становится актуальным обучение и переквалификация сотрудников налоговых органов, что неизбежно увеличивает трудоемкость и затратность процесса. Отметим также и организационно-технические сложности: от участников налогового мониторинга требуется технологическая модернизация всех аспектов обмена информацией и документами, где главное – отказ от «бумажных» форм в пользу электронного документооборота.

Во-вторых, в налоговом мониторинге могут участвовать лишь *крупнейшие налогоплательщики*, обладающие установленными в п. 3 ст. 105.26 НК РФ качественными и количественными характеристиками. Это серьезно ограничивает субъектный состав рассматриваемого института, ведь по подсчетам ряда специалистов общее число организаций в России, соответствующих критериям, необходимым для участия в налоговом мониторинге, не превышает двухсот, в то время как общее число юридических лиц, поставленных на учет в налоговых

¹⁰ Устинова Т. Е. Основные направления совершенствования процедур налогового контроля в условиях действующего законодательства // Приоритетные направления развития науки и образования. 2016. № 1 (8). С. 401.

органах, приближается к 5 млн¹¹. Вместе с тем мы убеждены, что позитивная динамика и оценка первых результатов рано или поздно поставит вопрос о распространении налогового мониторинга на малый и средний бизнес.

В-третьих, вряд ли оправдано нормативное сужение предмета налогового мониторинга и, в частности, ограничение круга вопросов, по которым может предоставляться мотивированное мнение налогового органа. Так, сегодня налоговики не вправе направлять его по вопросам, связанным с осуществлением контроля за соответствием цен, примененных организацией в контролируемых сделках, рыночным ценам (п. 10 ст. 105.30 НК РФ). Такое ограничение не выглядит обоснованным и не способствует снижению «зон неопределенности» в сфере налогов и сборов.

В-четвертых, мотивированное мнение налогового органа представляет собой *ненормативный акт*, т.е. официальное разъяснение по запросу налогоплательщика, носящее необязательный (рекомендательный) характер. Несогласие налогоплательщика с мотивированным мнением может повлечь назначение ВНИ. Вместе с тем статус ненормативного акта лишает налогоплательщика возможности обжаловать мотивированное мнение непосредственно в суд. Таким образом, если налогоплательщик не согласен с правовой позицией налогового органа, изложенной в мотивированном мнении, то окончательное разрешение спорного вопроса оказывается на длительное время в «подвешенном состоянии». Это «погружает» обоих участников налогового мониторинга в состояние неопределенности и не позволяет оперативно снять возникшие разногласия, что неизбежно затрудняет принятие налогоплательщиками динамичных решений (о заключении конкретной сделки, о формировании бизнес-стратегий и др.) в спорной области¹².

В-пятых, возникают проблемы ментального (психологического) характера. В частности, со стороны налоговых органов есть угроза *фискального уклона* при формулировании мотивированных мнений. Это продуцирует серьезные риски для бизнеса, когда компания под влиянием мотивированного мнения отказывается от выгодной трансакции и теряет прибыли и рынки сбыта. Тем самым возникает угроза, что налогоплательщики будут «мягко» принуждаться к отказу от правомерной налоговой оптимизации в направлении максимального достижения публичных интересов (бюджетоориентированный подход). В этом контексте налоговым органам важно соблюдать концепт «беспристрастного подхода» (*impartial approach*) к операциям налогоплательщика с точки зрения их налоговых последствий. Актуальность этой проблемы усиливает то обстоятельство, что законодателем до сих пор «не решен вопрос о разрешении ситуации, когда взаимосогласительная процедура не дала желаемого результата, и

¹¹ См.: Платонов И. Э. Налоговый мониторинг – новая форма налогового контроля // *Налоги и финансы*. 2014. № 4. С. 17.

¹² См.: Мостовая И. Г. О правовом регулировании института налогового мониторинга // *Налоговед*. 2016. № 3. С. 37–38.

устранить имеющиеся разногласия между налогоплательщиком и налоговым органом ФНС России так и не удалось»¹³.

В-шестых, для большинства налогоплательщиков важнейшим аспектом является сохранение *режима конфиденциальности*. В этом контексте полная открытость компании в части своей отчетности и планируемых бизнес-стратегий влечет для нее серьезные риски с точки зрения потенциальной утечки коммерчески значимой информации.

Подведем итоги. Становление налогового мониторинга способно существенно повысить уровень определенности в системе налогово-правового регулирования и сократить общее число налоговых споров. Тем самым повышается привлекательность налоговой системы России в условиях международной конкуренции за привлечение инвестиций, капиталов, квалифицированных трудовых ресурсов. «Налогоплательщик получает определенность по вопросам налогообложения, то есть минимизирует налоговые риски, а налоговый орган тратит меньше материальных и трудовых затрат на налоговое администрирование»¹⁴. Сотрудничество и диалог, основанные на взаимном уважении, открытости, доверии и взаимопонимании – суть этой новой формы налогового контроля. Сагит Левинер (Sagit Leviner) убеждена в том, что переход к подобным моделям «знаменует собой начало новой эры налогового администрирования»¹⁵. В этих условиях, по справедливому замечанию О. О. Журавлевой, усилия налоговых администраций должны быть направлены на обеспечение целенаправленной поддержки и популяризацию добровольного сотрудничества с налоговыми органами¹⁶. Вместе с тем внедрение института налогового мониторинга в систему налогового администрирования выявило некоторые проблемы и риски, которые необходимо оперативно устранять как законодательным путем, так и в процессе практического правоприменения.

¹³ Максимов Ю. А., Максимова Е. М. Налоговый мониторинг как фактор эффективности налогового контроля // Ученые записки Санкт-Петербургского имени В. Б. Бобкова филиала Российской таможенной академии. 2015. № 1 (53). С. 60.

¹⁴ Аракелов С. Конфликтов с налогоплательщиками каждый год становится все меньше // Официальный сайт ФНС России. URL: <https://www.nalog.ru/rn77/news/smi/3951915> (дата обращения: 20.12.2016).

¹⁵ Leviner S. A New Era of Tax Enforcement : From «Big Stick» to Responsive Regulation // University of Michigan Journal of Law Reform. 2009. Vol. 42, № 2. P. 386.

¹⁶ См.: Журавлева О. О. Принцип сотрудничества налоговых органов и налогоплательщиков // Журнал рос. права. 2013. № 3. С. 64.

Сибирский федеральный университет (г. Красноярск)

Демин А. В., доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права

E-mail: demin2002@mail.ru

Тел.: 8-913-538-36-04

Siberian Federal University (Krasnoyarsk)

Demin A. V., Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Commercial, Entrepreneurial and Financial Law Department

E-mail: demin2002@mail.ru

Тел.: 8-913-538-36-04

НАЛОГОВАЯ АМНИСТИЯ

Е. В. Аббясова

Филиал ПАО «Промсвязьбанк»

Поступила в редакцию 25 декабря 2016 г.

Аннотация: *исследованы формулировки понятия «налоговая амнистия». Рассматривается опыт Российской Федерации и других государств по установлению правовых механизмов налоговой амнистии.*

Ключевые слова: *налоговая амнистия, освобождение от налоговой ответственности, правовой акт, финансовая деятельность.*

Abstract: *the article explores the different formulation of the concept «tax amnesty», discusses the experience of the Russian Federation and several states to establish legal mechanisms for the implementation of tax amnesty.*

Key words: *tax amnesty, release from tax responsibility, legal act, financial activity.*

Развитие финансово-правовой науки и существенные изменения, происходящие в экономических системах, предопределяют появление новых юридических понятий. Возникают новые отношения, которые требуют изучения и определения. Например, в ходу такие определения, как «налоговые войны», «налоговые суверенитеты», «налоговые гавани», «налоговая конкуренция». В настоящее время в средствах массовой информации появилось много информации о налоговой амнистии. Понятие «налоговая амнистия» – не новое, поскольку уже изучалось в работах ученых, исследовались также его различные формулировки, определялись основные финансово-правовые признаки. По мнению И. Н. Соловьева, налоговая амнистия – это «устанавливаемое государством на момент ее принятия освобождение лиц, совершивших налоговые правонарушения, от привлечения к налоговой ответственности при условии полного или частичного декларирования сокрытых сумм налогов и добровольного внесения их в бюджет»¹. О. А. Шарапова отмечает, что налоговая амнистия состоит из экономико-правовых мер, направленных на увеличение доходной части бюджета путем привлечения налоговых поступлений посредством освобождения лиц, скрывавших доходы от налогообложения, от уголовной и налоговой ответственности при условии уплаты ими всей или части суммы налоговой задолженности². Е. В. Покачалова и Т. А. Белова, исследуя понятие налоговой амнистии в системе финансово-правовых понятий и институтов, делают вывод, что «налоговая амнистия – это институт налогового права, состоящий из норм, регулирующих конкретный вид однородных отношений, вытекающих из государственно-право-

¹ Соловьев И. Н. Налоговая амнистия : учеб. пособие. М., 2009. С. 38.

² См.: Шарапова О. А. Налоговая амнистия : сравнительно-правовой и историко-правовой взгляды на проблему // Реформы и право. 2008. № 1.

вого акта, которым гарантируется освобождение от налоговой ответственности лиц, не исполнивших в установленном законодательством порядке обязанность по уплате налога»³.

Во многом неопределенность понятия налоговой амнистии связана с его незакреплением в законодательстве и с неоднозначностью оценки самого явления.

Правовые, экономические и социальные аспекты налоговой амнистии по-разному оцениваются учеными в исследованиях.

Например, первая проведенная в 1952 г. налоговая амнистия во Франции негативно оценивалась П. Годме. Он отмечал, что предоставленные преференции всем владельцам капиталов, скрытых за рубежом, и выгода от иностранных авуаров, которой пользовались эти лица и не воспользовались те, кто немедленно после войны, как это предписывалось законодательством, вернули средства, бывшие за границей, выглядят как вознаграждение законодателя, предоставленное обманщику. А главное, любые колебания налоговой политики, даже в интересах экономики, сильно снижают авторитет налогового законодательства⁴.

Различные послабления по уплате неуплаченных ранее налогов предоставлялись в ходе амнистий в Российской Федерации, в европейских странах (Бельгия, Италия, Ирландия, Швейцария, Великобритания, Испания, Франция) и в США⁵. Основная оценка успешности или неуспешности проведенных послаблений часто складывалась исключительно из объемов, вернувшихся в страну капиталов или полученных ранее неуплаченных налогов.

В 2004 г. в США была предоставлена возможность корпорациям репатриировать подлежащие налогообложению деньги, при возврате более 360 млрд долларов США. Однако некоммерческая организация «Граждане за налоговую справедливость», оценивая данную амнистию, отмечала, что «нет ни единого доказательства, что данная амнистия добавила хотя бы одно рабочее место в экономике США»⁶.

При проведении амнистий использовались различные механизмы реализации по срокам, предоставляемым преференциям, но можно выделить основные составляющие, которые были присущи всем налоговым амнистиям, признанным достаточно успешными:

- во время проведения амнистии не начислялись пени и штрафы;
- применялись льготные (но ненулевые) ставки (суммы) для исчисления налоговых платежей;
- усиливался контроль за налоговой дисциплиной в отношении всех налогоплательщиков, и ужесточались меры налоговой ответственности за налоговые правонарушения;

³ Покачалова Е. В., Белова Т. А. «Налоговая амнистия» в системе финансово-правовых понятий и институтов // *Налоги*. 2015. № 2. С. 16.

⁴ См.: Годме П. *Финансовое право*. М., 1978.

⁵ См.: Соловьева Н. А. *Налоговая амнистия* // *Публичные финансы и налоговое право*. Ежегодник / под ред. М. В. Карасевой (Сенцовой). Воронеж, 2011. Вып. 2. С. 230–237.

⁶ Шэксон Н. *Люди, обокравшие мир*. М., 2012. С. 132.

– предоставлялись гарантии конфиденциальности полученной информации⁷.

В настоящее время повышение интереса к налоговой амнистии, несомненно, связано с проводимыми мероприятиями в нашей стране по деофшоризации экономики и посланием Президента РФ в конце 2014 г., в котором Глава государства поставил задачу провести в 2015 г. полную амнистию капиталов, возвращающихся в Россию⁸.

Часто «бегство капитала» связывают с тем, что конкуренция, в том числе конкуренция за такой ресурс, как капитал, приводит к перераспределению капиталов в более выгодные юрисдикции, выгодные с точки зрения налогообложения, правовой системы, обеспечения тайны. Так называемая налоговая конкуренция наиболее негативно сказывается на развивающихся странах. МВФ выявил, что ставки налогов в развивающихся странах снижались так же быстро, как и в богатых странах, однако поступления в бюджеты стран с низкими доходами сокращались более существенно, во многих странах на четверть. Исследования МВФ налоговых стимулов также показали, что налоговые стимулы, которые должны были бы привлекать иностранных инвесторов, резко сокращают налоговые поступления и никак не способствуют экономическому развитию. Социологические опросы выяснения причин вывода капитала из Российской Федерации за рубеж выявили, что налоговые ставки не являются основными причинами. Политический кризис и введенные режимы санкций как в отношении отдельных частных лиц, так и в отношении компаний показали уязвимость и нестабильность признанных «налоговых гаваней».

В мае 2015 г. Государственной Думой был принят Федеральный закон №140-ФЗ «О добровольном декларировании физическими лицами активов и счетов (вкладов) в банках и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации». Целями закона определено создание правового механизма по добровольному декларированию, защита имущественных интересов и обеспечение правовых гарантий сохранности капитала и имущества физических лиц, в том числе за пределами Российской Федерации. Скорее в качестве причины, чем цели, отмечается также переход Российской Федерации к автоматическому обмену налоговой информацией с иностранными государствами. В конце мая 2016 г. на форуме Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) Федеральная налоговая служба подписала от имени России Международное соглашение об автоматическом обмене финансовой информацией. Глобальные процессы меняют налоговую и экономическую картину мира, она становится все более прозрачной.

В рамках происходящих изменений проведенная в 2015–2016 гг. амнистия капитала предоставила всем правовой механизм подготовки и

⁷ См.: *Шарпова О. А.* Налоговая амнистия : сравнительно-правовой и историко-правовой взгляды на проблему // Реформы и право. 2008. № 1.

⁸ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 4 декабря 2014 г. // Рос. газета. 2014. 5 дек.

внесения изменения в управление имуществом и, соответственно, налогами. Существенным положительным фактором является, что происходящие изменения по администрированию налогов в части планируемого введения с 2018 г. информационного обмена были предусмотрительно заранее реализованы в правовом механизме добровольного декларирования. Можно говорить, что цель, заявленная при проведении амнистии капиталов, достигнута.

В рамках изучения механизмов проведенной в 2015–2016 гг. амнистии важно рассмотреть два возникших вопроса.

Во-первых, это вопрос, который не имеет непосредственного отношения к налоговой амнистии, однако новая публичная функция, возлагаемая на банки в рамках Федерального закона «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем» была введена именно вышеупомянутым законом о добровольном декларировании. Внесенные изменения обязали принимать обоснованные и доступные в сложившихся обстоятельствах меры по определению источников происхождения денежных средств и (или) иного имущества клиентов. Важно отметить, что для декларантов законом о добровольном декларировании указана лишь возможность раскрыть информацию об источниках, а не обязанность раскрывать информацию о том, за счет каких средств приобретено декларируемое имущество или каковы источники денежных средств. Публичные, иначе говоря акцессорные, функции возложены на кредитные организации без предоставления дополнительных возможностей запроса информации, механизмов и процедур выполнения данных обязанностей, без наложения аналогичных обязанностей на вторую сторону правоотношения⁹. Несомненно, это является способом защиты от возврата незаконных денег, но отсутствие правовых механизмов его реализации говорит о недостаточной эффективности и перекладывании публичных функций на кредитные организации.

Во-вторых, рассматривая явление налоговой амнистии, нельзя не коснуться конституционных положений в части налоговой системы и политики государства. Стабильность власти напрямую зависит от готовности населения платить налоги¹⁰, и именно налогообложение является самым устойчивым источником финансирования.

Если рассматривать соглашение об автоматическом обмене финансовой информацией в качестве правового акта, ухудшающего положение налогоплательщиков, допустивших, видимо, возможные правонарушения в части раскрытия информации о своем имуществе, то проведенная добровольная декларация в полной мере соответствует положениям ст. 57 Конституции РФ о том, что законы, ухудшающие положение налогоплательщиков, обратной силы не имеют. Однако остается вопрос: насколько соответствует Конституции РФ возможность освобождения от одной из основных обязанностей налогоплательщика платить законно

⁹ См.: Рыбакова С. В. Акцессорная правосубъектность кредитных организаций : к постановке проблемы // Финансовое право. 2015. № 2. С. 9–12.

¹⁰ См.: Конституционная экономика / П. Д. Баренбойм [и др.]. М., 2006.

установленные налоги и сборы. Чем было обусловлено, что взыскание налога не производится в случае неуплаты или неполной уплаты налога декларантом, признаваемым таковым в соответствии с законом о добровольном декларировании (п. 2.1 ст. 45 Налогового кодекса РФ)¹¹. Это полное освобождение происходит в период, когда, несмотря на декларируемый запрет повышения налоговой нагрузки на экономику¹², в государстве появляются неналоговые платежи, существенно влияющие на бизнес и экономическую атмосферу на фоне негативных тенденций в социальной сфере, многочисленных публикаций о доходах топ-менеджеров предприятий национального масштаба и коррупционных скандалах, а также подрывается авторитет государства и доверие к государственным институтам в глазах населения¹³.

Существует ряд общих требований, предъявляемых конституциями к налогообложению (законодательное введение, изменение и отмена налогов; распространение действия налогов на территории государства, невозможность придания налоговым законам обратной силы, препятствие обременительных или чрезмерных налогов, включение налоговых поступлений в общий государственный бюджет, определение положений по защите прав налогоплательщиков, ограничение в предоставлении налоговых льгот и привилегий)¹⁴. Конституции ряда стран ограничивают предоставление налоговых льгот и привилегий. Например, Конституция Бельгии указывает, что возможны лишь такие исключения из налогообложения, «необходимость которых обоснована» (ч. 2 ст. 170). Похожие ограничения предусмотрены Конституцией Испании, более жестко регламентирует данный вопрос Конституция Люксембурга: «Никакие привилегии в области налогообложения не могут быть установлены. Никакое освобождение от налогов или их снижение не может иметь места иначе, как в силу закона» (ст. 101). Конституция РФ не содержит детализированных норм по вопросам налогообложения. Конституционалисты отмечают, что в процессе правового регулирования законодатель должен исходить из презумпции добросовестности налогоплательщика, выводимой из смысла ст. 49, 54 Конституции РФ, а также отсутствия права создавать налоговую систему, руководствуясь предположениями о том, что субъекты экономических отношений – недобросовестные и незаконнослушные граждане.

Налоговая амнистия – это особое явление с очень сложной структурой, состоящее из различных мер экономического и правового характера. Определение понятия амнистии в Налоговом кодексе РФ не закрывает име-

¹¹ Налоговый кодекс Российской Федерации : федер. закон от 16 июля 1998 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹² Основные направления налоговой политики на 2016 и на плановый период 2017–2018 годов // Официальный сайт Министерства финансов Российской Федерации. URL: <http://www.minfin.ru>

¹³ См.: Шохин С. О. Тенденции изменения правового регулирования публичных и частных финансов, кризисный тренд // Финансовое право. 2016. № 5. С. 21–23.

¹⁴ См.: Конституционная экономика / П. Д. Баренбойм [и др.]. М., 2006.

ющиеся вопросы и будет требовать уточнений и дополнений. Кроме того, на современном этапе в числе актуальных проблем развития финансового права стоят проблемы развития налоговой культуры в обществе, обеспечение баланса сил и интересов всех сообществ¹⁵. В связи с этим одним из перспективных решений может быть закрепление наиболее существенных требований к налогообложению в Конституции РФ, в том числе и по вопросам предоставления налоговых привилегий, прощений и др.

¹⁵ См.: Карасева М. В. Некоторые актуальные вопросы развития финансового права на современном этапе // Финансовое право. 2016. № 2. С. 3–7.

*Филиал ПАО «Промсвязьбанк»
Аббасова Е. В., кандидат юридических наук,
заместитель управляющего
E-mail: abbasova@mail.ru
Тел.: 8-921-900-07-90*

*Branch of PJSC «Promsvyazbank»
Abbasova E. V., Candidate of Legal Sciences,
Deputy Manager
E-mail: abbasova@mail.ru
Tel.: 8-921-900-07-90*

УДК 349.2

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОЗДАНИЯ БЛАГОПРИЯТНЫХ УСЛОВИЙ ТРУДА И СТРАТЕГИЯ ЗАКОНОТВОРЧЕСТВА

В. В. Аргамонов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 21 декабря 2016 г.

Аннотация: *обсуждается проблема создания благоприятных условий труда, факторы, влияющие на ее состояние, правовое регулирование охраны труда, здоровья и работоспособности работника.*

Ключевые слова: *благоприятные условия труда, охрана труда, здоровье, работоспособность.*

Abstract: *the article discusses the problem of creation of favorable working conditions, factors affecting its condition, legal regulation of occupational safety, health and efficiency of the employee.*

Key words: *favorable condition of work, occupational safety, health, efficiency.*

Становление рынка труда в России проходит отнюдь не гладко. Несмотря на официальное объявление человека главной производительной силой общества, отношение к работникам по «остаточному принципу», характерное для командно-административной системы, не только сохранилось, но и усилилось в условиях рыночной экономики. К этому добавились еще и новые проблемы: невыплата заработной платы, безработица¹. «На государство возлагается обязанность проведения такой политики на рынке труда, которая позволила бы реализовывать право каждого гражданина на защиту от безработицы». Конвенция № 122 МОТ «О политике в области занятости», ратифицированная СССР 22 сентября 1967 г.², определяет в качестве целей этой политики «обеспечение того, чтобы имелась работа для всех, кто готов приступить к работе и ищет работу».

В ст. 5 Закона РФ «О занятости населения в Российской Федерации»³ провозглашается, что государство проводит политику полной и продуктивной занятости. В то же время создается впечатление, что государство, по сути, устранилось от регулирования рынка труда и проведения конкретных действий. К сожалению, в России преобладает социальный подход к безработице, что было характерно для развитых стран в начале XX в. Безработица воспринимается как неизбежное зло, а не как резуль-

241

¹ См.: Плакся В. И. Безработица : теория и современная российская практика. М., 2004. С. 3–4.

² Указ Президиума Верховного Совета СССР от 5 августа 1967 г. // ВВС СССР. 1967. № 32. Ст. 442.

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 17. Ст. 1915.

тат неэффективного функционирования экономики и рассматривается в контексте социальной политики и социальной помощи населению⁴.

Статья 1 ТК РФ определяет в качестве одной из целей трудового законодательства создание благоприятных условий труда. Применительно к этому занятость предполагает не только удовлетворение потребности трудоспособного населения в сфере общественного и личного труда, но и такое их распределение в территориальном и отраслевом разрезах, по сферам приложения и видам деятельности, которое создает возможность в каждый период получать наибольший прирост материальных и духовных благ.

В связи с этим рассмотрим термин «содействие занятости»⁵, который достаточно часто встречается как в российских законодательных и иных актах, так и в международно-правовых документах. Однако нигде не расшифрован. В словарях русского языка и подобных изданиях термин «содействии» как гарантия или ручательство не рассматривается; «содействии», «содействовать» – способствовать успеху, «содействие» – помочь, помогать⁶. Из сказанного следует, что государство не должно дистанцироваться от управления в указанной сфере хотя бы потому, что «управление – система прямых и обратных связей, организующих сознание и деятельность в качестве целостного человеческого существования и развития»⁷. На сегодняшний день повторяется тревожная ситуация на рынке труда, имевшая место в начале 90-х гг. прошлого столетия. Тогда, по данным социологических исследований НИИ Труда, не менее 80 % наших работников имели деградированное трудовое сознание, из которого было вытеснено всё, что имело отношение к общественно полезному смыслу трудовой деятельности, к развитию профессиональных качеств и даже пониманию необходимости интенсивно трудиться ради приличного заработка⁸.

Управление имеет специфическое выражение, состоящее в целеполагании поведения и деятельности, т.е. в способности на базе знания и опыта предвидеть, прогнозировать, программировать, проектировать и планировать способы и технологии создания благоприятных условий труда в России.

Создание благоприятных условий труда – цель, вызванная потребностями и интересами, идеалами и ценностями, важными для людей.

Одна из проблем правового регулирования трудовых отношений в России обусловлена тем, что неблагоприятные условия труда существуют на вредных и опасных работах. До конца 2013 г. к их числу относились и тяжелые работы. Тяжелые работы – это такие работы, которым присущи чрезмерные физические нагрузки, динамические (масса груза) или статические

⁴ См.: *Джиоев С. Х.* Правовые проблемы содействия трудовой занятости в России : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006. С. 4.

⁵ См.: *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1964. С. 732.

⁶ См.: *Александрова З. Е.* Словарь синонимов русского языка / под ред. Л. А. Чешко. Изд. 2-е, стереотип. М., 1969. С. 505.

⁷ *Атаманчук Г. В.* Управление : сущность, ценность, эффективность : учеб. пособие для вузов. М., 2006. С. 16.

⁸ См.: *Беляева Н.* Наш человек как субъект рыночных отношений // Деловой мир. 1992. 8 окт.

(рабочая поза, наклоны туловища). Однако упоминание о таких работах было исключено из ТК РФ Федеральным законом от 28 декабря 2013 г. № 421-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и в связи с принятием Федерального закона «О специальной оценке условий труда»⁹. Как следует из ст. 13 Федерального закона от 28 декабря 2013 г. № 426-ФЗ «О специальной оценке условий труда»¹⁰ работы, ранее именуемые тяжелыми, могут быть отнесены как к вредным, так и опасным работам (тяжесть и напряженность трудового процесса).

Вредные работы, или работы с вредными условиями труда, характеризуются наличием таких вредных производственных факторов, воздействие которых на работника может привести к его заболеванию.

Опасными считаются условия труда, воздействие производственных факторов которых может привести к травме работника. Соответственно, безопасными условиями труда считаются такие, при которых:

- воздействие на работающих вредных и (или) опасных производственных факторов исключено;
- либо уровни их воздействия не превышают установленных нормативов (ч. 3–5 ст. 209 ТК РФ).

Кроме того, государственное бюджетное финансирование охраны труда во вредных производствах прекращается и становится уделом работодателей.

Необходимо обратить внимание на то, что создание благоприятных условий труда – это не только охрана труда и безопасность производства. В подтверждение данного довода:

- Основными задачами трудового законодательства являются создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства, а также правовое регулирование трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений. Здесь необходимо анализировать, удовлетворен ли интерес государства в результатах использования трудового потенциала работников; удовлетворен ли интерес работодателя в высококвалифицированной рабочей силе; созданы ли благоприятные условия труда для работника. Еще Карл Маркс в «Капитале» отмечал: «... владелец денег лишь в том случае может превратить свои деньги в капитал, если найдет на товарном рынке свободного рабочего, свободного в двояком смысле: в том смысле, что рабочий – свободная личность и располагает своей рабочей силой как товаром и, что, с другой стороны, он не имеет для продажи никакого другого товара, гол, как сокол, свободен от всех предметов, необходимых для осуществления своей рабочей силы»¹¹. А если работник не гол, как сокол, захочет ли он заключить трудовой договор и работать на тех условиях, которые созданы на предприятии?

- С января 2016 г. введено новое понятие трудового договора, по которому работник обязуется лично выполнять определенную этим согла-

⁹ Рос. газета. 2013. 31 дек.

¹⁰ Там же. 30 дек.

¹¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 179.

шением трудовую функцию в интересах, под управлением и контролем работодателя, соблюдать правила внутреннего трудового распорядка, действующие у данного работодателя¹².

Таким образом, чтобы были созданы благоприятные условия труда и не было негативного влияния на работоспособность, здоровье и т.д., работодатель *должен управлять трудом и контролировать его процесс*.

Представляется, что понятие «создание благоприятных условий труда» шире понятия «охрана труда». В него входит создание благоприятной психологической среды, в которой сводится к минимуму возникновение стрессов, не допускается применение психологического или физического насилия со стороны руководства и коллег, где нет места сексуальным домогательствам¹³.

Работодатель должен предусмотреть в локальных нормативно-правовых актах бесконфликтную среду в его организации, привлечение к ответственности лиц, виновных в соответствующих нарушениях¹⁴.

Создание благоприятных условий труда достигается посредством регулирования как государством, так и конкретным предприятием, в рамках которого осуществляется труд работника. Впрочем, сам работник тоже имеет отношение к созданию благоприятных условий труда, поскольку состояние здоровья и работоспособность напрямую зависят от него самого, как и приоритеты его развития. По рекомендации ВОЗ при оценке здоровья следует учитывать такие компоненты, как удовлетворенность работой, семьей, доходами, состоянием здоровья.

Еще одна проблема создания благоприятных условий труда связаны с тем, что до 2016 г. в Трудовом кодексе РФ не было понятия «заемный труд»; на законодательном уровне это никак не регулировалось. Для защиты интересов таких работников Трудовой кодекс РФ дополнили ст. 56.1, запрещающей с 2016 г. использовать заемный труд. Однако возможность направлять работников к другому работодателю осталась. Но для этого необходимо соблюдать ряд условий, прописанных в новой главе 53.1 Трудового кодекса РФ – предоставление сотрудников другому работодателю может быть только временным, на срок не более 9 месяцев, и допускается только в случаях, если это: заведомо временная работа, связанная с расширением производства или объема услуг; замещение временно отсутствующего штатного сотрудника; обслуживание и помощь по ведению домашнего хозяйства гражданам.

При этом компания-аутстаффер может заключать трудовые договоры с условием о временном предоставлении с лицами, не планирующими работать постоянно: студенты очной формы обучения; одинокие и многодетные родители, воспитывающие несовершеннолетних детей; освобожденные из исправительных учреждений.

¹² Трудовой кодекс Российской Федерации : федер. закон от 30 октября 2001 г. № 197-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1. Ст. 56.

¹³ См.: Козырев Г. И. Введение в конфликтологию. М., 2002. С. 15.

¹⁴ См.: Черепкова Н. В. Социально-психологический климат как неотъемлемая часть трудового процесса в коллективе. М., 2011.

Внештатных работников разрешено направлять в компанию-заказчика на тех же условиях, что и при заключении срочного трудового договора. Трудовой кодекс РФ прямо запрещает брать временный персонал в случае: замены бастующих работников; выполнения работ во время простоя, осуществления процедуры банкротства, ведения режима неполного рабочего времени в целях сохранения рабочих мест при угрозе массового увольнения работников; замена работников, отказавшихся от выполнения обязанностей, в том числе из-за задержки зарплаты более чем на 15 дней; выполнения отдельных видов работ **на объектах I и II классов опасности; выполнения работ на местах, условия труда на которых отнесены к 3-й или 4-й степени вредности, либо к особо опасным условиям труда;** замещения тех работников, наличие которых является условием получения лицензии, условием членства в СРО или выдачи свидетельства о допуске к определенному виду работ; выполнения работ в качестве членов экипажей морских судов и судов смешанного (река – море) плавания.

Предоставлять персонал в аренду могут только компании, прошедшие аккредитацию в Федеральной службе по труду и занятости. Это возможно при соблюдении следующих условий: уставный капитал компании не менее 1 млн рублей; нет задолженности по налогам и взносам; руководитель имеет высшее образование и стаж работы в компании не менее 2 лет; отсутствие у руководителя компании судимости за совершение преступлений против личности или в сфере экономики; применение общей системы налогообложения¹⁵.

Итак, анализ трудового законодательства показывает, что усиление договорного и локального регулирования трудовых отношений – характерная особенность современного периода развития трудового законодательства. Превалирование договоренностей между работодателем и работником и уменьшение вмешательства государства в эти процессы декларируются ч. 2 ст. 1 ТК РФ: «...основными задачами трудового законодательства является создание необходимых правовых условий для достижения оптимального согласования интересов сторон трудовых отношений, интересов государства». Провозгласив согласование интересов основных субъектов, законодатель, тем не менее, выбор правовых средств, т.е. совершение необходимых юридических действий, связанных с реализацией трудовых отношений, предоставляет работодателю.

¹⁵ См.: Казарян Г. Не все то черное, что белым выглядит // Трудовое право. 2016. № 7. С. 45.

Воронежский государственный университет

Артамонов В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права

E-mail: vladimir_artamonov_2013@mail.ru

Тел.: 8(473) 220-84-74

Voronezh State University

Artamonov V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Labour Law Department

E-mail: vladimir_artamonov_2013@mail.ru

Tel.: 8(473) 220-84-74

УДК 343.1

СВИДЕТЕЛЬСКИЙ ИММУНИТЕТ
В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РФ:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ

Л. И. Малахова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 13 февраля 2017 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы пределов свидетельского иммунитета и анализируются вопросы его правовой регламентации в действующем законодательстве.

Ключевые слова: уголовно-процессуальный иммунитет, свидетель, иная категория лиц.

Abstract: the questions of limits of witness immunity are examined and the questions of his legal regulation are analyzed in a current legislation.

Key words: criminal procedural immunity, witness, another category of persons.

Основной идеей реформирования уголовного судопроизводства на современном этапе развития общества является его гуманизация. Одним из ее проявлений в уголовном процессе являются нормы, регламентирующие отдельные виды иммунитетов. Возрождение данного правового института после длительного его отрицания в отечественном законодательстве связано с необходимостью закрепления правового механизма реализации прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве.

В настоящее время свидетельский иммунитет используется в качестве самостоятельного уголовно-процессуального субинститута правового института уголовно-процессуальных иммунитетов. В этом контексте под свидетельским иммунитетом следует понимать систему норм уголовно-процессуального права, которые позволяют отказаться от дачи показаний против себя, своего супруга, близких родственников и иных близких лиц лицу, вызванному для дачи показаний; позволяют подозреваемому, обвиняемому в совершении преступления отказаться от дачи показаний вообще; предусматривают обязанность должностных лиц разъяснять участникам уголовного судопроизводства их право на свидетельский иммунитет; определяют порядок предоставления и процессуального оформления свидетельского иммунитета.

Понятие свидетельского иммунитета целесообразно рассматривать в двух аспектах: с одной стороны, как совокупность правовых норм, а с другой – как субъективное право.

В связи с этим следует согласиться с мнением Т. Н. Москальковой, что свидетельский иммунитет – это совокупность нормативно закрепленных правил, освобождающих некоторые категории свидетелей и потерпевших от предусмотренной законом обязанности давать показания по уголовному делу, а также освобождающих любого допрашиваемого от обязанности свидетельствовать против самого себя¹. Однако свидетельский иммунитет главным образом следует рассматривать как субъективное право лица отказаться от дачи показаний в случаях, предусмотренных законом.

Л. М. Карнеева и И. Кертэс под свидетельским иммунитетом понимают право свидетеля отказаться от дачи таких показаний, которые могут быть использованы в уголовном процессе во вред его родственнику или иному близкому лицу². В данном случае авторы не ограничивают свидетельский иммунитет только родственными отношениями и распространяют его на любых лиц, чья «близость» может быть установлена в ходе производства по делу. Тем не менее ограничение распространения рассматриваемого иммунитета только на свидетелей является не вполне обоснованным. Аналогичное мнение относительно содержания свидетельского иммунитета высказывалось А. А. Чувилевым³. По его мнению, свидетельский иммунитет – это, прежде всего, право отказаться от дачи показаний того лица, которое может быть свидетелем по делу. Данное определение является не совсем удачным, так как не ясно, на какие показания будет распространяться свидетельский иммунитет. Здесь автор необоснованно сужает круг участников уголовного судопроизводства, на которых может распространяться свидетельский иммунитет.

В науке уголовного процесса относительно содержания свидетельского иммунитета сложились два диаметрально противоположных подхода: широкий и узкий. Сторонники расширенного подхода под свидетельским иммунитетом понимают совокупность абсолютно всех правил об освобождении от обязанности давать показания⁴. При этом выделяются две категории граждан, наделенных данным правом: первых запрещено допрашивать в качестве свидетелей; вторые вправе самостоятельно отказаться от дачи показаний. В этом случае право не давать показания дополняется обязанностью следователя, дознавателя, прокурора или суда воздержаться от допроса этих лиц при отсутствии их волеизъявления. Сторонники более узкого подхода полагают, что его содержание сводится

¹ См.: Москалькова Т. Н. Этика уголовно-процессуального доказывания (стадия предварительного расследования). М., 1996. С. 47.

² См.: Карнеева Л. М., Кертэс И. Проблемы свидетельского иммунитета // Советское государство и право. 1989. № 6. С. 57.

³ См.: Чувилев А. А. Проблема свидетельского иммунитета в свете задач реформы советского уголовного судопроизводства // Укрепление общественного порядка и законности в правовом государстве : межвуз. сб. науч. трудов. МВД СССР. М., 1990. С. 150.

⁴ См.: Никитин С. Ю. Свидетельский иммунитет в российском уголовном процессе : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 13.

только к праву свидетеля в исключительных случаях на освобождение от обязанности давать показания⁵. Обосновывается это тем, что сторонники расширенного толкования свидетельского иммунитета объединяют в его содержание разные правовые категории. Если в основе свидетельского иммунитета лежат нравственные ценности, то в основе обстоятельств, исключающих возможность быть свидетелем, – объективная невозможность давать показания в силу физических или психических недостатков либо в силу прямых запретов закона⁶. Как верно отметил Ю. К. Орлов, надо разграничивать свидетельский иммунитет и прямой запрет допроса определенных категорий лиц. Это означает, что данные лица не могут допрашиваться в качестве свидетелей ни при каких обстоятельствах, независимо от их желания. Иммунитет – это юридическое право не подчиняться некоторым законам. Запрет означает одновременно и лишение лица права дачи показаний, даже если оно такое желание выражает⁷. Под свидетельским иммунитетом, на наш взгляд, следует понимать право участника уголовного судопроизводства отказаться свидетельствовать против себя, своего супруга и иных близких лиц, круг которых определен действующим законодательством.

Одной из проблем свидетельского иммунитета выступает проблема его реализации. В зависимости от объема показаний иммунитет условно можно подразделить на полный и частичный (ограниченный). Полное право отказа означает, что лицо может полностью отказаться от дачи показаний по существу дела (иммунитет подозреваемого, обвиняемого). Это своего рода право на молчание. При частичном освобождении от дачи показаний свидетель может лишь по отдельным вопросам отказаться от дачи показаний (например, положительную характеристику личности своего родственника сообщить можно, а об обстоятельствах совершения им преступления следует умолчать). В последнем случае имеется в виду свидетельский иммунитет свидетеля, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и представителей. Свидетельские показания не однородны. Они могут включать в себя сведения общего характера (о личности свидетеля, других участников процесса, об отношении к лицам, участвующим в деле, и др.) и информацию о фактах⁸. Поскольку сведения общего характера не могут причинить ущерба какой-либо тайне, постольку иммунитет на них распространять не следует. Привилегию от свидетельства должна получить только специальная часть показаний, которая направлена против самого лица, дающего показания, или его близких лиц. В связи с этим закономерно возникает вопрос: что

⁵ См.: Карнеева Л. М., Кертэс И. Проблемы свидетельского иммунитета. С. 57; Смыслов В. Н. Свидетель в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 29.

⁶ См.: Агаев Ф. А., Галузо В. Н. Иммунитеты в российском уголовном процессе. М., 1998. С. 96.

⁷ См.: Орлов Ю. К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. М., 2001. С. 99–100.

⁸ Никитин С. Ю. Свидетельский иммунитет в российском уголовном процессе. С. 14.

понимать под «показаниями против»? К таким показаниям следует отнести сведения в отношении допрашиваемого, его родственников, супруга, иных близких лиц, которые могут: служить основанием для возбуждения уголовного дела; устанавливать обстоятельства, входящие в предмет доказывания по уголовному делу (хотя положительную характеристику личности все же сообщить следует); иным образом ухудшить положение.

Практическая реализация норм иммунитета существенно зависит от полного или частичного отказа от дачи показаний. В случае частичного отказа от дачи показаний возникают определенные проблемы в реализации норм об иммунитете. В юридической литературе выделяются две такие проблемы. Первая связана с возможностью привлечения свидетеля к уголовной ответственности; вторая – с обеспечением достоверности показаний. Отсутствие решения данного вопроса на законодательном уровне позволяет некоторым авторам вообще отрицать понятие частичного свидетельского иммунитета и утверждать о праве свидетеля отказаться от дачи показаний только полностью⁹. Однако с такой позицией вряд ли следует согласиться. Конституция РФ (ст. 51) предусматривает право человека не свидетельствовать против себя и своих близких. Возникает вопрос, может ли свидетель, отказавшийся от дачи показаний против себя самого или своих близких родственников, быть привлечен к ответственности за отказ от дачи показаний, если в дальнейшем выяснится, что данные, сообщать которые не стал свидетель, объективно не могли быть использованы против этого лица или его близких родственников. Например, свидетель ошибочно полагал, отказываясь от дачи показаний, что за действия, о которых его допрашивают, предусмотрена уголовная ответственность. Как представляется, в подобных случаях должно действовать правило о толковании сомнений в пользу данного лица. Если несообщенные им сведения, на самом деле, не могли повредить ему или его близким, но свидетель, с учетом конкретных обстоятельств, имел основания хотя бы предполагать, что такая опасность существует, его нельзя привлечь к уголовной ответственности. Уголовная ответственность свидетеля допускается лишь при доказанности его вины, устранении всех сомнений в его виновности. Вторая проблема, возникающая в связи с использованием свидетельского иммунитета в части, – это определение достоверности даваемых показаний. С точки зрения В. Н. Махова и В. И. Руднева, такое положение является основанием для ликвидации понятия частичного иммунитета¹⁰. Представляется, что достоверность показаний является обычным предметом оценки доказательств (ст. 17, 88 УПК РФ). По результатам этой оценки субъект доказывания может принять соответствующее решение. Ни одно доказательство не имеет заранее установленной силы (ч. 2 ст. 17 УПК РФ), поэтому нельзя исключать из числа допустимых доказательств частичные показания сви-

⁹ См.: *Махов В. Н.* Свидетель – не подозреваемый // *Законность.* 2001. № 1. С. 13.

¹⁰ См.: Там же. С. 13 ; *Руднев В. И.* Иммунитеты от уголовного преследования // *Журнал рос. права.* 1998. № 7. С. 56.

детеля, отказавшегося от своего права не давать показания. Таким образом, разграничить предмет показаний очень сложно, но от правильности выбора позиции лица, ведущего производство по делу, в этой ситуации зависит обеспечение конституционных прав и свобод участников уголовного судопроизводства.

Содержание института свидетельского иммунитета составляют две группы норм: 1) уголовно-процессуальные нормы, предоставляющие лицу право отказаться от дачи показаний против себя и 2) уголовно-процессуальные нормы, предоставляющие лицу право отказаться от дачи показаний против своего супруга, близких родственников и близких лиц. Это деление основано, прежде всего, на структуре ст. 51 Конституции РФ. Анализ законодательного определения свидетельского иммунитета (п. 40 ст. 5 УПК РФ) позволяет выделить три элемента в его структуре: право не давать показания против себя; против супруга, супруги и иных близких родственников; в иных случаях, предусмотренных УПК.

В УПК РФ (ст. 56) закреплена категория лиц, не подлежащих допросу в качестве свидетеля. Данная норма закона, на наш взгляд, нуждается в уточнении по следующим основаниям. Так, в п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ говорится, что не подлежит допросу в качестве свидетеля адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого – об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с ее оказанием. Анализ норм действующего процессуального законодательства (например, ч. 3 ст. 69 ГПК РФ и ч. 5 ст. 56 АПК РФ) наряду с адвокатом и защитником запрещают допрос представителя по гражданскому и иному делу об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с исполнением своих обязанностей. Представители потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и других лиц также обязаны сохранять в тайне сведения, ставшие им известными от доверителя. Так как представителями участников процесса могут выступать не только адвокаты, но и иные лица, то представляется целесообразным установить в ст. 56 УПК РФ запрет допроса представителя относительно таких обстоятельств.

В УПК РФ ничего не сказано также о свидетельском иммунитете депутатов законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ, ставших известными в связи с осуществлением своих полномочий.

В соответствии с п. 4 ст. 56 УПК РФ свидетель вправе отказаться свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников. Не решенным в законодательстве остается вопрос относительно законных представителей, которые не являются близкими родственниками несовершеннолетних (например, попечитель или работник органа опеки и попечительства). По смыслу закона, положения ст. 51 Конституции РФ на них не распространяются, и они не освобождаются от обязанности давать показания. Как верно отметил И. С. Дикарев, причина рассматриваемой проблемы состоит в том, что

право не свидетельствовать против представляемого несовершеннолетнего не является элементом процессуального статуса законного представителя как участника уголовного процесса. Данное право может быть реализовано лишь как составляющая правового статуса близкого родственника. Учитывая круг лиц, допускаемых в качестве законных представителей несовершеннолетнего, данная правовая регламентация не может быть признана удовлетворительной¹¹.

При согласии свидетеля дать показания он должен быть предупрежден о том, что его показания могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу, в том числе и в случае его последующего отказа от этих показаний. Дискуссионным является вопрос о распространении института свидетельского иммунитета на бывших супругов. Допустим, что супруги состояли в браке, а к моменту, когда один из них должен выступать свидетелем в процессе, – развелись. Может ли в таком случае лицо воспользоваться правом свидетельского иммунитета и не свидетельствовать в отношении бывшего супруга? Нормы морали говорят – да; норма закона, напротив, – нет.

Еще одна проблема, возникающая при реализации норм свидетельского иммунитета близких родственников, касается определения предмета этого иммунитета. Здесь возникает вопрос: чьи близкие родственники вправе отказаться от дачи показаний? В литературе была высказана позиция о том, что право отказаться от показаний не должно принадлежать свидетелю, если обвиняемый, состоящий с ним в близком родстве или супружестве, умер во время предварительного следствия или после него, а следствие продолжается или дело рассматривается судом в отношении соучастников умершего¹². Однако такая позиция представляется недостаточно обоснованной. В основании свидетельского иммунитета родственников лежат глубокие нравственные чувства, уважение к его чести, доброму имени, чувство собственной привязанности и веры в его доброе имя. В связи со смертью близкого человека эти нравственные ценности и память о нем не умирают вместе с ним, поэтому представляется необходимым сохранять в таких случаях свидетельский иммунитет.

В некоторых традиционных этнических общностях считается недопустимым содействовать представителям власти против своих соплеменников. Невыполнение этого требования влечет негативные последствия для нарушителя со стороны общины, вплоть до смерти. Для государства и общества приоритетным является сохранение внутренних общинно-родовых социальных отношений определенной этнической общности¹³. Раз-

¹¹ См.: Дикарев И. С. Свидетельский иммунитет законных представителей несовершеннолетних // Уголовное право. 2009. № 1. С. 76–80.

¹² См.: Малько А. В., Суменков С. Ю. Правовой иммунитет : теоретические и практические аспекты // Журнал рос. права. 2002. № 2. С. 22.

¹³ О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации : федер. закон от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Декларация о правах лиц, принадлежащих к нацио-

рушение таких отношений приводит подчас к гибели (вымиранию) этноса как носителя определенной культуры. Поэтому представляется необходимым распространение свидетельского иммунитета на представителей этнических общин, ведущих общинно-родовой образ жизни. Например, применительно к представителям коренных малочисленных народов Крайнего Севера и некоторым другим этносам свидетельский иммунитет является средством правовой защиты прав и законных интересов национальных меньшинств в целях обеспечения эффективного и справедливого уголовного судопроизводства.

нальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам : принята резолюцией 47/135 Генеральной Ассамблеи ООН 18 декабря 1992 г. // Международные акты о правах человека : сб. документов / сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. М., 2008. С. 107–111.

Воронежский государственный университет

Малахова Л. И., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса

E-mail: malah78@mail.ru

Тел.: 8(473) 220-84-02

Voronezh State University

Malakhova L. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process Department

E-mail: malah78@mail.ru

Tel.: 8(473) 220-84-02

УДК 343.13

ПЕРСПЕКТИВЫ УЧАСТИЯ ПОМОЩНИКА СУДЬИ В ПРИМИРИТЕЛЬНЫХ ПРОЦЕДУРАХ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

О. О. Басова

Удмуртский государственный университет

Поступила в редакцию 29 декабря 2016 г.

Аннотация: рассматривается вопрос о возможности введения альтернативных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов в современный уголовный процесс. Отмечается, что, несмотря на наличие в российском уголовно-процессуальном законодательстве предпосылок для применения института медиации, в юридической литературе возникает немало вопросов, связанных с ее реализацией. Рассматривается возможность введения в уголовное судопроизводство института судебного посредничества при участии помощников судей, предлагается возможная модель указанной примирительной процедуры.

Ключевые слова: медиация, помощник судьи, примирительные процедуры, судебное посредничество.

Abstract: the article discusses the possibility of introducing alternative ways of resolving criminal law conflicts in the modern criminal process. It is noted that, despite the presence of Russian criminal procedural law prerequisites for the application of mediation in the legal literature there are many questions associated with its implementation. In this connection, the author discusses the possibility of introducing in the criminal proceedings of the institution of judicial mediation, with the participation of assistant judges, proposed a possible model of the specified conciliation procedure.

Key words: mediation, the assistant referee, conciliation court mediation.

Действующий Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) устанавливает, что целью применения к лицу уголовного наказания является восстановление социальной справедливости, а также исправление осужденного и предупреждение совершения им новых преступлений.

Вместе с тем в условиях современной действительности можно констатировать, что цель уголовного наказания не находит своей достаточной реализации¹.

Более того, наказание в виде лишения свободы и так является достаточно серьезным, но усугубляется еще и тяжкими условиями отбывания

253

¹ Об этом свидетельствуют, в частности, официальные статистические данные, отражающие показатели рецидивной преступности. Так, доля лиц, ранее осуждавшихся за совершение преступлений в общем числе осужденных лиц в 2015 г. составила 32,7 % (234 285 лиц из 733 607 осужденных) ; в 2014 г. – 34,3 % (241 765 лиц из 719 305 осужденных) ; в 2013 г. – 34,7 % (250 344 лица из 735 590 осужденных), что составляет в среднем одну треть от всех преступлений (см.: Данные судебной статистики Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 13.04.2016).

наказания осужденными в местах лишения свободы. В результате лицо, отбывающее наказание в виде лишения свободы, испытывает определенную несправедливость по отношению к себе.

Фразу «лучше оправдать десять виновных, чем обвинить одного невиноватого» приписывают Екатерине Великой. Впрочем, даже если она и не говорила подобного, то этот тезис как нельзя лучше отражает принцип социальной справедливости.

Надеясь на то, что лицо после отбытия наказания вернется к нормальной социальной жизни, в современных социально-экономических условиях практически не приходится. Возникает своего рода дилемма, когда, с одной стороны, стоит достижение цели социальной справедливости посредством назначения и исполнения уголовно-правового наказания за совершенное преступление, а с другой – соблюдение прав человека, который, несмотря на уголовное преследование, тем не менее, является членом общества и гражданином государства.

Кроме того, назначение уголовного наказания лицу, совершившему преступление, не является гарантией возмещения потерпевшему вреда, причиненного преступлением, восстановления его нарушенных прав.

Следовательно, представляется более благоприятной ситуация, при которой создаются условия для осознания лицом, совершившим преступление, общественной опасности содеянного, раскаяния им в совершении преступления и заглаживания причиненного преступлением вреда, а для потерпевшего возможность избежать неблагоприятных последствий преступления, связанных как с возмещением ему материального ущерба, так и морального вреда.

В последние десятилетия во всем мире активно ведется поиск более гуманных и справедливых способов разрешения уголовно-правовых конфликтов, позволяющих избежать негативных последствий, связанных с судимостью. Среди таких способов значительная роль отводится программам восстановительного правосудия.

В настоящее время, как отмечается в литературе, выделяются различные способы разрешения уголовно-правовых конфликтов, лежащие в основе восстановительного правосудия: программы примирения жертв и правонарушителей (медиация), семейные конференции, круги правосудия, специальные восстановительные программы по особо тяжким преступлениям².

Наибольшее распространение среди указанных способов получил институт медиации по уголовным делам. Во многих зарубежных странах медиация в уголовном процессе получила законодательное закрепление.

В практике зарубежных стран сложились два подхода к процедуре медиации. В первом случае медиация является факультативной частью уголовной юстиции. При таком подходе в зависимости от стадии, на которой применяется медиация, в качестве посредника выступает судья, прокурор или полицейский.

² См.: Арутюнян А. А. Медиация в уголовном процессе. М., 2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Во втором случае в медиации участвует нейтральный посредник, который не имеет отношения к системе уголовной юстиции. Процедура медиации проходит, хотя и вне рамок уголовного процесса, но с разрешения компетентных должностных лиц и под их контролем³.

Тогда как в зарубежных странах институт медиации активно используется в уголовном процессе, российское законодательство распространило процедуру медиации исключительно на сферу гражданского и арбитражного судопроизводства, оставив за пределами регулирования уголовно-правовые конфликты.

Опыт других зарубежных стран показывает, что для успешного внедрения альтернативных процедур разрешения спора одной законодательной регламентации недостаточно.

В Российской Федерации, несмотря на наличие законодательной регламентации процедуры медиации, практика применения медиации по гражданским и арбитражным делам также оставляет желать лучшего⁴.

В науке уголовного процесса идут споры о том, насколько необходимо применение медиации в уголовном процессе. Как у всякой теории, здесь есть и свои сторонники, и свои противники. Сторонники альтернативных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов указывают на наличие в действующем уголовно-процессуальном законодательстве основы для внедрения процедуры медиации. В качестве такой основы, по их мнению, выступают, во-первых, возможность прекращения дела за примирением сторон; во-вторых, возможность смягчения наказания виновному в связи с возмещением потерпевшему ущерба от преступления; некоторые авторы в качестве предпосылки к появлению процедуры медиации рассматривают также особый порядок принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением⁵.

Несмотря на наличие предпосылок для введения в действующее законодательство медиации по уголовным делам, возникает немало вопросов.

Как справедливо отмечает И. Г. Смирнова, медиация может иметь множество вариаций и требует поиска ответа на следующие вопросы: во-первых, будет ли медиация своего рода дополнением к традиционно-

³ См.: *Кувалдина Ю. В.* Предпосылки и перспективы развития компромиссных способов разрешения уголовно-правовых конфликтов в России : дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2011. URL: http://www.kalinovsky-k.narod.ru/b/kuvaldina_2011/index.html (дата обращения: 22.04.2016).

⁴ Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации) за период с 2013 по 2014 год : справка о практике применения судами Федерального закона от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 01.04.2015 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 6.

⁵ См.: *Давлетов А. А., Братчиков Д. А.* Проблема применения медиации в уголовном процессе России // Рос. юрид. журнал. 2014. № 5. С. 168–179. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; *Арутюнян А. А.* Указ соч.; *Карнозова Л. М.* Медиация как способ реагирования на деяния, запрещенные уголовным законом // Уголовно-процессуальное законодательство РФ 2001–2011 гг. : сб. научных статей / под ред. И. Б. Михайловской. М., 2012. С. 137–172. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

му производству либо выступать альтернативой ему; во-вторых, по каким категориям уголовных дел допустимо применение медиации и с какого момента производства по делу; в-третьих, каким образом институт медиации «увязать» с принципами уголовного судопроизводства; в-четвертых, кому должно быть предоставлено право примирения; в-пятых, нельзя оставить без внимания вопросы тайны в уголовном судопроизводстве (каким образом, в каком объеме, в какой форме информация, связанная с производством по делу, может быть передана медиатору); в каком виде может иметь место возмещение вреда: в денежном эквиваленте, путем выполнения работ, передачи имущества и пр.⁶

Существует еще один сложный момент использования медиации в уголовном процессе: возможны ситуации, когда лицо, имеющее статус потерпевшего, может злоупотреблять своим положением по отношению к противоположной стороне. Таким образом, при проведении процедуры медиации медиатору следует не только определить условия для примирения сторон, но и оценить их с точки зрения разумности и обоснованности.

Процедура медиации может способствовать достижению между потерпевшим и лицом, совершившим противоправное деяние, соглашения по вопросам, связанным с возмещением ущерба, и другим вопросам, которые имеют юридическое значение, на основании которого судом может быть принято решение о прекращении уголовного дела или о назначении наказания с учетом результатов медиации (смягчение наказания).

Следует также согласиться и с тем, что большой потенциал для применения медиации содержат дела частного обвинения, поскольку они связаны, как правило, с малозначительными конфликтными ситуациями между близкими или знакомыми людьми и подлежат обязательному прекращению в случае примирения сторон (ч. 2 ст. 20 УПК РФ).

Особенностью дел частного обвинения является то, что их прекращение в связи с примирением сторон не обусловлено заглаживанием причиненного преступлением вреда. Для прекращения производства по уголовному делу частного обвинения потерпевшему достаточно лишь обратиться с соответствующим заявлением.

Разъяснение сторонам возможности примирения по уголовному делу частного обвинения в силу ч. 5 ст. 319 УПК РФ относится к полномочиям мирового судьи. Вместе с тем способ осуществления данного полномочия законом не регламентирован, в связи с этим существуют различные точки зрения относительно роли судьи в процессе примирения сторон по делам частного обвинения и процессуальной формы взаимного волеизъявления сторон относительно примирения по уголовному делу.

Так, сторонники первой точки зрения считают, что мировые судьи должны принимать активные действия для достижения примирения между сторонами, аргументируя свою точку зрения тем, что «сам смысл

⁶ См.: *Смирнова И. Г.* Медиация : тернистый путь в уголовном судопроизводстве // Вестник Томского гос. ун-та. 2011. № 350 (сентябрь). С. 132.

мировой юстиции исторически соответствует духу примирительных процедур»⁷.

Сторонники другой точки зрения полагают, что достаточно разъяснить сторонам их право на примирение и процессуальные последствия прекращения дела по этому основанию. Свою позицию они аргументируют тем, что мировые судьи включены в единую судебную систему как представители судебной власти и поэтому не могут выполнять несвойственную им функцию по склонению сторон к примирению, принятие мер к примирению сторон – не функция осуществления правосудия. Мировой судья в ходе примирения может непроизвольно допустить высказывания, свидетельствующие об их отношении к делу, войти в оценку доказательств либо иным образом дать повод для сомнения в их объективности. Мировой судья должен лишь оформлять достигнутое между сторонами примирение, вынося постановления об отказе в принятии дела к своему производству в связи с примирением сторон, либо прекращать возбужденное дело по этим основаниям⁸.

Л. А. Воскобитова на основе опроса мировых судей указывает на то, что имеются определенные объективные трудности, препятствующие более активному использованию института примирения судьями. Так, мировые судьи отмечают, что при их нагрузке, даже по делам частного обвинения, они не имеют времени для реальных действий, направленных на примирение сторон. Судьи вынуждены ограничиваться лишь формальным уведомлением сторон о праве на примирение. Сами переговоры со сторонами не только отнимают много времени, но и требуют от судьи иной, психологической, подготовки⁹.

На наш взгляд, мировой судья не должен принимать активное участие в примирении сторон по делу частного обвинения, поскольку это может поставить под сомнение объективность и беспристрастность судьи, вызвать недоверие к нему сторон в случае, если они не достигнут примирения и дело будет рассматриваться по существу.

⁷ См.: *Пахомова С. Ю., Булгаков В. А.* Возможности использования примирительных процедур с участием посредника в уголовном судопроизводстве России // Рос. правосудие. 2006. № 6. С. 95. См. также: *Балашов А., Мергалиева Г.* Правовая природа примирения по делам частного обвинения // Мировой судья. 2007. № 8. С. 5–7 ; *Комбарова Е. Л.* Процессуальные особенности примирения сторон при рассмотрении уголовных дел мировыми судьями России // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2007. № 1. С. 293 ; *Макаров Ю. Я.* Совершенствование уголовного процесса в аспекте частного обвинения // Рос. следователь. 2008. № 6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: *Дорошков В. В.* Мировой судья : исторические, организационные и процессуальные аспекты деятельности. М., 2004. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс» ; *Решетин А. В.* Особенности судебного разбирательства по делам частного обвинения // Вестник ЮУрГУ. 2006. № 5. С. 176 ; *Кузбагарова Е. В.* Мировой судья в уголовном процессе – нейтральный арбитр или медиатор? // Третейский суд. 2007. № 1. С. 14.

⁹ См.: *Воскобитова Л. А.* Перспективы развития института примирения сторон в уголовном судопроизводстве России // Мировой судья. 2007. № 1. С. 10.

Следует также учитывать и то обстоятельство, что участие судьи в примирительных процедурах должно быть ограничено фиксацией, юридическим закреплением достигнутых между сторонами договоренностей. Отношение судьи к делу должно формироваться и складываться в ходе судебного процесса. Между тем активное участие судьи в примирительных процедурах, которые судебным процессом не являются, безусловно, окажет существенное влияние на мнение судьи по рассматриваемому делу в случае, если примирительная процедура не завершится достижением соглашения между сторонами, и производство по делу будет продолжено.

Кроме того, существующая нагрузка на мирового судью не позволит ему уделять достаточно времени для проведения каких-либо примирительных процедур по делам частного обвинения.

Так, согласно статистическим данным, в 2015 г. мировыми судьями Удмуртской Республики окончено 8346 уголовных дел, 158 477 гражданских дел, 85 306 дел об административных правонарушениях, 27 134 других материалов. Таким образом, среднемесячная нагрузка на одного мирового судью составила 312,9 дел; в 2014 г. этот показатель составлял 279,1 дело; в 2013 г. – 234,5 дела¹⁰.

Проведенный нами опрос судей и помощников судей показал: 55 % респондентов полагают, что мировые судьи должны лишь разъяснять сторонам право на примирение и процессуальные последствия прекращения дела по указанному основанию; 32 % опрошенных полагают, что мировой судья должен принимать активные действия по примирению сторон, поскольку это не противоречит принципам состязательности и равноправия сторон; 13 % – затруднились дать ответ на поставленный вопрос.

О необходимости проведения примирительных процедур, особенно по делам частного обвинения, говорится уже давно.

Так, Э. В. Жидков полагает, что одной из мер, направленных на разрешение социального конфликта путем примирения виновного и потерпевшего может быть признано собеседование потерпевшего и подсудимого с участием психолога-консультанта. Автор предлагает ввести в УПК РФ раздел XV-I «Примирительное производство», регламентирующий основания и порядок примирительного производства. По идее автора, примирительное производство осуществляется в закрытом судебном заседании судьей единолично с участием подсудимого, потерпевшего, их представителей, а также при обязательном участии психолога. Примирительное производство заканчивается вынесением постановления о прекращении уголовного дела, вынесением обвинительного или оправдательного приговора, вынесением постановления о назначении судебного заседания в порядке главы 33 УПК РФ¹¹.

¹⁰ Статистическая информация с сайта Управления по обеспечению деятельности мировых судей в Удмуртской Республике при Правительстве Удмуртской Республики. URL: <http://uodms.udmurt.ru/deyatelnost/statistics/stat%20mirsud/index.php> (дата обращения: 13.04.2016).

¹¹ См.: Жидков Э. В. Примирение сторон как средство разрешения социального конфликта в уголовном праве и процессе // Рос. следователь. М., 2003. № 3. С. 29–31.

Предложенная автором идея о введении примирительного производства представляется нам необоснованной. По существу, данная примирительная процедура представляет собой производство по уголовному делу в упрощенном виде, из которого исключено, в частности, участие государственного обвинителя, а также исключена стадия судебного следствия, в то же время в обязательном порядке предусмотрено участие психолога, роль которого представляется весьма сомнительной. Указанная процедура в виде закрытого судебного заседания под председательством судьи, на наш взгляд, не будет способствовать примирению сторон. В условиях судебного заседания каждая сторона знает, что если они не договорятся о примирении на взаимовыгодных условиях, то процесс будет окончен вынесением какого-либо процессуального решения. Участие судьи в процедуре примирения поставит под сомнение соблюдение принципов независимости и беспристрастности судьи, а также законность вынесенного по результатам примирительного производства решения. Кроме того, согласно предложенному автором проекту федерального закона, после устного заявления сторон о примирении или об отказе в примирении судья удаляется в совещательную комнату для постановления приговора или постановления о прекращении уголовного дела. Возникает вопрос, каким образом судья по итогам процедуры примирения может постановить приговор, не исследуя доказательств и не установив фактических обстоятельств по делу. Задачей психолога в рамках примирительной процедуры является налаживание между сторонами конфликта взаимопонимания, при этом психологу запрещено давать юридическую оценку обстоятельствам, имеющим значение для уголовного дела, из чего следует, что в рамках процедуры большее внимание будет уделяться психологическому отношению сторон к конфликту, чем юридическим обстоятельствам дела. Получается, что решение судьи фактически будет основываться на результатах собеседования сторон, что является грубым нарушением требований закона. Кроме того, участие судьи в примирительном производстве, на наш взгляд, приведет к еще большему увеличению нагрузки на судью, в связи с возложением на него дополнительных процессуальных обязанностей, включающих в себя оценку совершенного деяния и причиненного потерпевшему вреда, согласование мер, необходимых для разрешения конфликта и удовлетворения интересов обеих сторон.

Представляется, что внедрение в российскую правовую действительность по делам частного обвинения модели медиации, при которой в качестве примирителя выступает мировой судья нецелесообразно и повлечет за собой трудности, связанные с практической реализацией процедур примирения. Участие в качестве медиатора независимого посредника, не имеющего по отношению к сторонам властных полномочий, представляется более приемлемым.

В условиях недостаточной разработанности концепции восстановительного правосудия и отдаленности перспектив введения в уголовное судопроизводство процедуры медиации представляется возможным рас-

смотреть в качестве платформы для проведения примирительных процедур институт помощников судей.

Не отвергая возможность проведения процедуры медиации в ее «классическом» виде – посредством участия профессионального медиатора, полагаем, что введение дополнительной возможности для примирения сторон помощником судьи расширит возможности сторон для сотрудничества и поиска взаимовыгодного результата. Возможность урегулирования конфликта и обсуждения условий возмещения ущерба, причиненного преступлением, непосредственно в суде на бюджетной основе, будет способствовать вступлению сторон в переговоры относительно возможности примирения и заглаживания вреда, причиненного преступлением. Стороны будут изолированы от необходимости совершения ряда действий, связанных с выбором медиатора и проведения формальных процедур по вступлению в процедуру медиации.

Мы исходим из того, что не обязательно быть профессиональным медиатором, чтобы создать условия для примирения сторон. Более того, в «классической» модели медиации для медиатора не требуется наличия знаний в области юриспруденции, тогда как знание правовых аспектов позволит обратить внимание сторон на возможные положительные и отрицательные юридические последствия для каждой из них. При этом овладение навыками посредничества помощниками судей возможно в рамках программ повышения квалификации, которые проходят на регулярной основе. Здесь необходимо отметить возможность создания программы повышения квалификации по проведению посреднических процедур для помощников судей на базе Российской академии правосудия, которая осуществляет повышение квалификации судей и работников аппарата суда.

В то же время осуществление примирительных процедур помощником судьи будет выступать своего рода гарантией для дальнейшего беспристрастного рассмотрения дела судьей, который не участвует в процессе примирения сторон, а следовательно, остается независимым арбитром в процессе осуществления правосудия. Таким образом, в соответствии с принципом состязательности сторон судье отводится функция осуществления правосудия и разрешения уголовного дела по существу, он не берет на себя не свойственную ему функцию по примирению сторон.

Введение подобного рода процедуры позволит решить еще один вопрос, который встает в юридической литературе относительно фигуры медиатора, по поводу объема передаваемой медиатору информации, поскольку помощник судьи имеет доступ ко всем материалам дела, и ограничения в передаче ему определенных материалов не требуется. Вместе с тем, на наш взгляд, необходимым условием для проведения процедуры примирения является обязательность неразглашения информации, ставшей известной помощнику судьи в ходе ее осуществления, так как гарантия конфиденциальности является важной для сторон.

Основой для применения процедуры примирения помощником судьи должен стать институт частного обвинения, поскольку именно по делам

частного обвинения суд обязан прекратить уголовное дело за примирением сторон.

Введение процедуры примирения помощником судьи в уголовное судопроизводство, как представляется, будет являться важным демократическим достижением, направленным на внедрение альтернативных мер реагирования на совершенное преступление и повышение эффективности судопроизводства. Если процедура примирения приведет к тому, что конфликт между сторонами будет исчерпан, это значительно уменьшит объем работы для суда, поскольку не будет необходимости выяснять фактические обстоятельства дела и разрешать дело по существу.

Следует отметить, что Высший Арбитражный Суд Российской Федерации неоднократно вносил на рассмотрение Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации проекты, связанные с совершенствованием примирительных процедур¹². Указанные предложения нашли свое отражение и в Концепции единого ГПК РФ¹³.

Разработчики концепции предлагают предусмотреть такую процедуру, как судебное примирение, которое не должно подменять процедуру медиации и может рассматриваться как взгляд на рассматриваемое судом дело «со стороны» с указанием сторонам спора на возможные пути разрешения конфликта миром в целях скорейшего урегулирования спора и сохранения между сторонами деловых отношений. Судебным примирителем, согласно законопроекту, может выступать судья в отставке, помощник судьи, не принимающий участие в рассмотрении дела, работник аппарата суда, имеющий высшее юридическое образование. Судебное примирение должно осуществляться на основе принципов независимости, беспристрастности, нейтральности и добросовестности судебного примирителя.

Таким образом, возможность участия помощника судьи в примирительных процедурах обсуждается также в рамках гражданского процессуального и арбитражного законодательства.

В юридической литературе высказывается также мнение о необходимости введения института судебного примирения в гражданский и арбитражный процесс и о том, что помощники судей внесут достойный вклад в развитие института судебного примирения. Так, В. В. Лисицын полагает, что скорейшая легитимация института судебного примирения в нашей стране позволит решить как минимум несколько важных про-

¹² О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур : проект федер. закона № 121844-6 : внесен ГД РФ 2 августа 2012 г. ; О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур : проект федер. закона № 121844-6 : внесен ГД РФ 2 августа 2014 г.

¹³ Концепция Единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации : одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124(1).

блем: снижение судебной нагрузки, возрождение некогда утраченных традиций мирного урегулирования правовых конфликтов, снижения социального напряжения в обществе, которое усиленно нагнетается средствами массовой информации, реальное повышение правовой культуры населения¹⁴.

Подобного рода модель судебного примирения заимствована разработчиками Концепции Единого ГПК РФ из внедренного в практику хозяйственного судопроизводства Республики Беларусь института судебного посредничества¹⁵.

Полагаем, что процедура судебного примирения по делам частного обвинения должна быть обязательной, поскольку, как показывает практика, большинство уголовных дел частного обвинения заканчиваются примирением сторон в ходе судебного разбирательства. Однако определенные негативные последствия для лица, привлекаемого к уголовной ответственности, в виде сведений о том, что он подвергнулся уголовному преследованию, сохраняются.

При этом помощник судьи не должен осуществлять функцию профессионального медиатора, в его задачи должно входить указание сторонам на возможные пути урегулирования конфликта миром и разъяснение возможных негативных последствий в случае разрешения дела в судебном порядке. В связи с этим представляется более точным говорить о судебном посредничестве с участием помощника судьи, включающем в себя обязанность по проведению беседы, в рамках которой помощник судьи должен:

1. Разъяснить сторонам особенности возбуждения и прекращения уголовных дел частного обвинения в соответствии с ч. 2 ст. 20 УПК РФ (в том числе право лица, в отношении которого подано заявление, защищать свои права и законные интересы путем подачи встречного заявления).

2. Разъяснить сторонам возможность обращения к суду с заявлениями о примирении в любой момент производства по уголовному делу до удаления суда в совещательную комнату для постановления приговора.

3. Разъяснить возможные благоприятные и неблагоприятные последствия примирения для каждой из сторон (для потерпевшего – невозможность возбуждения уголовного дела вновь по этим же обстоятельствам; возможность предъявления требований к лицу, в отношении которого прекращено уголовное дело за примирением сторон, в рамках гражданского судопроизводства; для подсудимого – прекращение дела по нереабилитирующему основанию, что его показания, данные в ходе судебного заседания, могут быть использованы против него в рамках судебного разбирательства по исковому производству в гражданском порядке).

4. Разъяснить сторонам возможные неблагоприятные последствия, связанные с постановлением приговора суда (подсудимому – возможных

¹⁴ См.: *Лисицын В. В.* Помощник судьи – судебный примиритель?!? // Администратор суда. 2016. № 1. С. 16–20.

¹⁵ Хозяйственно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15 декабря 1998 г. № 219-З. URL: <http://kodeksy.by/hpk> (дата обращения: 03.12.2016).

неблагоприятных последствий, связанных с постановлением обвинительного приговора суда в виде наказания и судимости; частному обвинителю – возможных неблагоприятных последствий, связанных с постановлением оправдательного приговора суда в виде взыскания с него процессуальных издержек, возможного наступления ответственности по ст. 306 УК РФ за заведомо ложный донос).

5. Если стороны примирились, выяснить добровольность сторон на примирение, не связано ли решение частного обвинителя с оказанием давления на него, отобрать у них заявления о примирении.

6. Уведомить мирового судью об окончании процедуры примирения и ее результатах.

Полагаем, что заключаемое по итогам процедуры посредничества соглашение по делам частного обвинения можно квалифицировать как «мировое соглашение особого рода». Действительно, в УПК РФ должны быть закреплены его признаки, как то: письменная форма документа, подписание его сторонами, сведения о том, что стороны примирились и просят суд утвердить заявление о примирении сторон. В постановлении суда об утверждении заявления о примирении сторон должно разъясняться, что частный обвинитель не имеет права повторно обратиться в суд с заявлением о привлечении к уголовной ответственности по тому же факту противоправного деяния. Стороны не вправе включать в заявление о примирении какие-либо фактические условия его исполнения, поскольку проведение процедуры примирения направлено на разрешение вопроса о привлечении лица к уголовной ответственности. При этом суд также не должен разрешать вопросы, связанные с несением сторонами издержек в рамках процедуры примирения.

Если примирение между сторонами не достигнуто, то мировой судья должен принять заявление, возбудить уголовное дело, провести подготовку и рассмотрение уголовного дела по общим правилам.

Подобная конструкция рассмотрения заявлений по делам частного обвинения позволит, на наш взгляд, избежать негативных последствий для обвиняемого в виде сведений о привлечении его к уголовной ответственности, которые в дальнейшем могут отрицательно его характеризовать, а также снизит нагрузку на мировых судей.

Процедура судебного посредничества может быть осуществлена и в ходе разбирательства по уголовному делу частного обвинения по ходатайству одной из сторон до удаления суда в совещательную комнату для разрешения дела по существу. Мировой судья, с учетом мнения другой стороны, откладывая в таком случае производство по уголовному делу для проведения указанной процедуры. Аналогичный порядок следует предусмотреть и в суде апелляционной инстанции.

По итогам процедуры судебного посредничества на суд следует возложить обязанность по вынесению постановления о прекращении производства по делу в связи с примирением сторон.

Полагаем, что институт судебного посредничества при участии помощника судьи может применяться и при рассмотрении отдельных кате-

горий уголовных дел небольшой и средней тяжести, по которым возможно прекращение уголовного дела за деятельным раскаянием, примирением сторон, в связи с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа (ст. 25, 25.1, 28 УПК РФ), а также в случаях, предусмотренных ст. 28.1 УПК РФ по делам о преступлениях в сфере экономической деятельности.

В ходе проведения процедуры посредничества следует предусмотреть аудиопотоколирование, которым подтверждается проведение процедуры должным образом. При этом на помощника судьи следует возложить обязанность по неразглашению информации, ставшей ему известной в ходе осуществления указанной процедуры.

Полагаем, что введение процедуры судебного посредничества с участием помощника судьи позволит создать еще один механизм разрешения конфликтов в обществе, основанный на диспозитивных началах, при котором на первый план выходит не привлечение лица к уголовной ответственности, а восстановление нарушенных прав потерпевшего, минимизация негативных последствий для лица, привлекаемого к уголовной ответственности, а также уменьшение социальной напряженности в обществе.

Удмуртский государственный университет

Басова О. О., аспирант кафедры уголовного процесса и правоохранительной деятельности

*E-mail: oksbasova@mail.ru
Тел.: 8-912-753-32-83*

Udmurt State University

Basova O. O., Post-graduate Student of the Criminal Process and Law Enforcement Department

*E-mail: oksbasova@mail.ru
Tel.: 8-912-753-32-83*

УДК.343.9

**ЛИЧНОСТЬ ПРЕСТУПНИКА, СКЛОННОГО
К НЕЗАКОННОЙ ДОБЫЧЕ (ВЫЛОВУ) ВОДНЫХ
БИОЛОГИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ И НАРУШЕНИЮ ПРАВИЛ
ОХРАНЫ ВОДНЫХ БИОЛОГИЧЕСКИХ РЕСУРСОВ**

Е. Б. Кургузкина

*Центральный филиал Российского государственного университета
правосудия (г. Воронеж)*

А. В. Зубкова

Воронежский государственный аграрный университет

Поступила в редакцию 15 декабря 2016 г.

Аннотация: *целью данного исследования является изучение и разрешение теоретических и практических проблем определения сущностных черт личности, совершающей преступные действия в сфере охраны водных биологических ресурсов.*

Ключевые слова: *личность преступника, незаконная добыча водных биологических ресурсов, уголовная ответственность, специальный субъект, использование служебного положения.*

Abstract: *the purpose of this research is the study and resolution of theoretical and practical problems of determining the essential features of committing criminal acts in the field of protection of water biological resources.*

Key words: *the identity of the criminal, illegal extraction of aquatic biological resources, criminal liability, a special subject, the use of official position.*

Проблема личности преступника относится к числу ведущих и вместе с тем наиболее сложных и дискуссионных проблем в криминологии. Личность преступника является важнейшей составляющей механизма преступного поведения, поскольку является носителем причин совершения преступления. Поэтому те ее особенности, которые порождают преступное поведение, должны стать непосредственным объектом предупредительного воздействия.

В научной литературе существуют различные точки зрения относительно понятия «личность преступника».

Одни авторы считают невозможным применять понятие «личности преступника» ко всем лицам. Так, Г. М. Резник полагает, что о личности преступника можно говорить лишь применительно к весьма узкому контингенту лиц, для которых совершение преступления стало основной, ведущей деятельностью¹. Однако в данном случае, на наш взгляд, из изучения феномена «личности преступника» исключаются преступники ситуативного и случайного типов, при изучении которых можно также выявить отрицательные качества, свойственные личности.

265

¹ См.: Резник Г. М. Криминологическая профилактика и социальное планирование // Вопросы борьбы с преступностью. 1979. Вып. 31. С. 29.

Ю. М. Антонян отмечает, что «индивидуальный подход в позиции личности преступника должен сочетаться с изучением всех лиц, совершивших преступления, на статистическом уровне. Криминологическое познание охватывает всю совокупность преступников, их отдельные группы (типы, классы), конкретных преступников и преступника как научную абстракцию»². Изучая личность этих преступников можно получить параметры, обобщая которые можно разработать дефиницию «личности преступника» и установить особенности, свойственные этим лицам. Подобный подход позволяет изучать всех преступников и в дальнейшем на основе полученных данных (т.е. криминологических качеств) провести типологию их личности. Основываясь на этом, Ю. М. Антонян характерными чертами личности преступника считает совокупность интегрированных в ней социально значимых негативных свойств, образовавшихся в процессе многообразных и систематических взаимодействий с другими людьми³.

С нашей точки зрения, под личностью преступника следует понимать динамическое состояние лица, определяемое совокупностью различных негативных факторов: внешних и внутренних, социальных, биологических, психологических, – представляющее собой идеальную модель, отличающуюся от других людей такими особенностями, как отчуждение от нормальных связей, отношений, ценностей, более низкий уровень образования и культуры, более низкая нравственность, выражающаяся в признании возможности использования криминальных средств достижения целей, а также сочетание таких психологических черт, как гипертрофированная импульсивность, ригидность, тревожность, паранойяльность⁴.

Существенное значение в реализации уголовной ответственности играет общественная характеристика криминогенной личности, выступающей в виде субъекта конкретного преступления. Субъект преступления и личность виновного при внешней схожести не одно и то же, так как субъект преступления более заформализованное правовое строго определенное в законе понятие, являющееся одним из обязательных элементов состава преступления, без которого невозможна уголовная ответственность⁵.

Сочетание всех социальных качеств и свойств личности, осуществляющей незаконную добычу водных биологических ресурсов, достаточно своеобразно. Такая характеристика имеет не только криминологическое значение, но и должна приниматься во внимание при решении вопроса об индивидуализации наказания и освобождении от уголовной ответственности.

Криминологическая характеристика посягающих на водные биологические ресурсы многоаспектна. Она отличается неповторимостью и индивидуальностью. Исследуемую группу преступлений совершают или могут совершить лица с совершенно противоположными качественными признаками. Совершающие незаконную добычу водных биологических

² Антонян Ю. М. Изучение личности преступника. М., 1982. С. 53.

³ См.: Антонян Ю. М., Эминов В. Е. Личность преступника. Криминологическое психологическое исследование. М., 2014. С. 9.

⁴ См.: Кургузкина Е. Б. Учение о личности преступника. М., 2002. С. 89.

⁵ См.: Там же. С. 75.

ресурсов отличаются по общественному положению, возрасту, интеллектуальному и образовательному уровню, образу жизни, материальной обеспеченности, социальной значимости и по ряду других особенностей.

Рассмотрение статистических данных, выборочное криминологическое исследование дают основание утверждать, что в большинстве случаев, незаконным выловом водных биологических ресурсов, нарушением правил охраны водных биологических ресурсов, незаконной добычей и оборотом особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ и (или) охраняемым международными договорами РФ, уничтожением критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, в 99 % случаев занимаются мужчины.

Анализ обобщения практики применения районными и мировыми судами норм об уголовной ответственности за нарушение экологического законодательства также показал, что в большинстве случаев исследуемые нами виды преступлений совершаются лицами мужского пола⁶. Думается, это явление можно объяснить именно особенностями данного вида преступности: прежде всего, для совершения незаконной добычи водных биологических ресурсов, нарушением правил охраны водных биологических ресурсов, незаконной добычей и оборотом особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ и (или) охраняемым международными договорами РФ, уничтожением критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, требуется обладание достаточной физической силой, соответствующими умениями и навыками.

Так, 29 июля 2010 г., находясь в с. К. Карагинского района Камчатского края С. и Я. по предложению первого вступили между собой в преступный сговор, направленный на совместную, с целью изготовления соленой икры, незаконную добычу рыбы лососевых пород в реке на о. Карагинском Берингова моря. В период с 29 июля по 2 августа 2010 г. они приискали орудие лова (закидной невод), орудия и предметы, служащие для изготовления и хранения соленой икры (ножи, грохотки, марлю, ведра и др.) и транспортное средство (моторную лодку) для прибытия и перевозки указанных орудий на о. Карагинский. 2 августа 2010 г. с

⁶ См., например: Справка по результатам обобщения практики применения Дюртюлинским районным судом Республики Башкортостан и мировыми судьями судебных участков № 1–3 по Дюртюлинскому району и г. Дюртюли Республики Башкортостан норм об уголовной ответственности за нарушения экологического законодательства в 2012 г. URL: http://diurtiulinsky.bkr.sudrf.ru/modules.php?cl=1&id=389&name=docum_sud; Обобщение судебной практики рассмотренных уголовных дел по обвинению лиц в совершении преступлений, предусмотренных статьями 253 и 256 УПК РФ, рассмотренных Еравнинским районным судом Республики Бурятия в 2009 г. URL: http://eravninsky.bur.sudrf.ru/modules.php?cl=1&id=102&name=docum_sud; Справка по обобщению судебной практики рассмотрения судьями Елабужского городского суда Республики Татарстан и мировыми судьями Елабужского района и г. Елабуга Республики Татарстан уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ч. 2 ст. 253 УК РФ и ст. 256 УК РФ в I квартале 2010 г. URL: http://elabuzhsky.tat.sudrf.ru/modules.php?cl=1&id=81&name=docum_sud

указанной целью прибыли на юго-западную часть острова в район р. Юнюнваем, являющейся местом нереста ценных пород лососевых рыб, где, стремясь к тайности своих действий, в период с 4 по 5 августа в 1 км 30 м от устья р. Юнюнваем, осознавая противоправность своих действий, умышленно, из корыстных побуждений, преследуя цель заготовки икры, незаконно, т.е. без соответствующего разрешения и в нарушение ст. 33–35 Федерального закона «О животном мире», ст. 11 Федерального закона «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов», Правил рыболовства для Дальневосточного рыбохозяйственного значения, утвержденных Приказом № 272 Федерального агентства по рыболовству от 27 октября 2008 г., по предварительному сговору, используя закидной невод в качестве орудия лова, осуществили добычу не менее 4055 экземпляров горбуши (2230 самок и 1825 самцов), переработав которые, изготовили 215 кг 820 г соленой икры, чем причинили рыбным запасам Российской Федерации крупный материальный ущерб в размере 2 138 295 рублей⁷.

Особо следует отметить среди занимающихся незаконной добычей водных биоресурсов, нарушением правил охраны водных биологических ресурсов, незаконной добычей и оборотом особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ и (или) охраняемым международными договорами РФ, уничтожением критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, группу преступников старше 60 лет (пенсионеров). Эта категория в структуре всех лиц, совершающих посягательство на водные биоресурсы, по данным наших исследований, составляет около 3 %. Выборочное изучение приговоров позволяет утверждать, что лица пенсионного возраста совершают незаконный вылов водных биологических ресурсов, нарушение правил охраны водных биологических ресурсов, незаконную добычу и оборот особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ и (или) охраняемым международными договорами РФ, уничтожение критических местообитаний для организмов, занесенных в Красную книгу РФ, преимущественно в связи с бедственным материальным положением. Нередко в своей преступной деятельности они применяют сети.

Так, К. 15 мая 2009 г. примерно в 9 часов 30 минут в группе и по предварительному сговору с Б. с целью незаконной добычи рыбы прибыли на лодке... в затон, расположенный в пойме реки В. в районе села ... Астраханской области, являющийся местом нереста и миграционным путем, где установили в воду рыболовную сеть длиной 90 м, ячеей 55 мм, и рыболовную сеть длиной 80 м, ячеей 65 мм, которые являются незаконными орудиями лова, массового истребления водных животных.

15 мая 2009 г. в 11 часов 00 минут К. с Б. вновь вернулись на место, где ранее установили рыболовные сети с целью их проверки. В ходе проверки сетей они выловили рыбу частичковых пород, а именно: рыбец – 10 особей, густера – 3 особи, лещ – 1 особь, чехонь – 9 особей, тем самым причинив федеральным рыбным запасам ущерб на общую сумму 2729 рублей⁸.

⁷ Приговор Карагинского районного суда Камчатского края. URL: http://karaginsky.kor.sudrf.ru/modules.php?id=407&name=docum_sud

⁸ Приговор Черноярского районного суда Астраханской области от 22 июля

У остальных преступников данной категории 45 % составляют лица от 35 до 60 лет; 35 % – от 20 до 35 лет и 17 % – лица от 16 до 20 лет.

На развитие личности, комплекс ее интересов, выбор средств претворения в жизнь намеченных целей оказывает существенное влияние образование. Давая характеристику криминогенной личности браконьера, следует остановиться на рассмотрении образовательного уровня указанной категории лиц.

Одной из криминологических характеристик личности преступника является образовательный уровень. Наши выборочные исследования показывают, что образовательный уровень лиц, совершающих преступные деяния в сфере посягательства на водные биологические ресурсы, достаточно низок. Так, высшее и незаконченное высшее образование имеется у 15 % исследованных лиц, среднеспециальное – у 29 %, среднее общее образование – у 36 %, неполное среднее – у 20 %. Иными словами, у 85 % лиц, привлеченных за преступления в сфере незаконной добычи водных биологических ресурсов, образование ниже высшего. Данный феномен можно объяснить тем, что для совершения данных преступлений знаний высокого уровня не требуется. В большинстве случаев эти «знания» приобретены в ходе жизни от других лиц, занимающихся либо занимавшихся аналогичным «промыслом».

Криминологические исследования личности преступника показывают, что наличие семьи является стабилизирующим антикриминогенным фактором. Однако данное утверждение верно не во всех случаях. Так, для 77 % лиц, совершивших незаконную добычу водных биоресурсов, характерно наличие семьи, а ее отсутствие – для 23 %⁹. Это можно объяснить тем, что лица, занимающиеся данной противоправной деятельностью, подобным образом получают средства для обеспечения благосостояния своих семей.

В большинстве случаев совершают незаконное посягательство на водные биологические ресурсы местные жители (84 %), жители других территорий составляют 15 %.

Имели судимость за ранее совершенные преступления 12 % занимавшихся незаконным выловом водных биологических ресурсов. Из них у 9 % судимость была снята или погашена, а у 3 % – не снята или не погашена. Среди лиц с неснятой и непогашенной судимостью 5 % были осуждены за особо тяжкие преступления; 52 % – за тяжкие преступления; 23 % – за преступления средней тяжести; 23 % – за преступления небольшой тяжести. Лица данной категории, на наш взгляд, отличаются пренебрежительным отношением к закону, безразличием к судьбе природы и рыбным запасам, игнорированием общественных интересов, стремлением к наживе.

Типологию личности совершающих незаконную добычу водных биологических ресурсов можно проводить по различным основаниям. Так,

2009 г. URL: <http://chernoyarsky.ast.sudrf.ru/modules.php?name=information&id=646>

⁹ См.: Королева М., Сулова Н. Современное состояние законности и госконтроля в сфере охраны окружающей среды // Уголовное право. 2002. № 4. С. 91.

по ведущей мотивации всех незаконных добытчиков водных биологических ресурсов можно разделить на следующие типы:

- 1) корыстный (50 %);
- 2) азартный (охотничий или спортивный азарт – 25 %);
- 3) вынужденный (из-за тяжелого материального положения – 25 %).

По роду деятельности совершающих незаконный вылов биологических водных ресурсов можно классифицировать на следующие группы:

1. Лица, не связанные по роду деятельности с официальным производством и добычей биологических водных ресурсов, но проживающие на территории, сопряженной с водными объектами, содержащими такие ресурсы, и периодически добывающие их для личного употребления.

2. Лица, по официальному роду деятельности связанные с воспроизводством или добычей водных биологических ресурсов и допускающие преступления в виде вылова биологических ресурсов в акватории, указанной в разрешении, превышении объема вылова, вылов биологических ресурсов неуказанных видов и наименований в лицензии, в запрещенное время и др.

3. Организованные преступные группы, систематически занимающиеся незаконным выловом биологических водных ресурсов, их сбытом и получением наживы в крупных и особо крупных размерах, со сложной структурой и иерархической соподчиненностью.

Такие водные биологические ресурсы поступают в оптовые и торговые организации как внутри нашего государства, так и отправляются на экспорт.

Так, на сайте МВД РФ 26 апреля 2016 г. сообщается, что сотрудники полиции пресекли нелегальный канал поставки браконьерской рыбы осетровых пород в Москву, изъяли почти 2,5 т рыбы, которую перевозили под видом комбикормов из Хабаровска¹⁰.

Третья группа добытчиков наиболее опасна, поскольку характеризуется более твердыми и глубокими антисоциальными установками.

Существенна опасность совершения исследуемых преступлений группами, в которых принимают участие лица, использующие для этого свое служебное положение, что значительно облегчает совершение таких преступлений и приносит несравнимо больший вред биологическим водным ресурсам. Речь идет о специальном субъекте преступлений, ответственность за которые предусмотрена статьями УК РФ: 252 «Загрязнение морской среды»; 253 «Нарушение законодательства Российской Федерации о континентальном шельфе и об исключительной экономической зоне Российской Федерации»; 256 «Незаконная добыча (вылов) водных биологических ресурсов»; 257 «Нарушение правил охраны водных биологических ресурсов»; 258.1 «Незаконная добыча и оборот особо ценных диких животных и водных биологических ресурсов, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу Российской Федерации и (или) охраняемым международными договорами Российской Федерации».

¹⁰ URL: riamo.ru

В теории уголовного права вопрос о понятии «специальный субъект преступления» является дискуссионным. С точки зрения В. Г. Павлова, под специальным субъектом преступления следует понимать физическое вменяемое лицо, достигшее установленного законом возраста, наделенное или обладающее дополнительными признаками, присущими ему на момент совершения общественно опасного деяния, и способное нести уголовную ответственность за преступление¹¹. Р. Орымбаев в своем исследовании приходит к выводу, что «специальный субъект должен быть определен как лицо, которое, кроме необходимых признаков субъекта (вменяемость, достижение определенного возраста), должно обладать еще особыми дополнительными признаками, ограничивающими возможность привлечения к уголовной ответственности за совершение данного преступления»¹². Сходное по смыслу определение дает и В. В. Устименко¹³.

Полагаем, что специального субъекта преступления должна отличать дополнительная возможность не только избежания ответственности, но и привлечения такого лица к более суровой ответственности именно в силу злоупотребления им своими дополнительными возможностями не во благо, а во вред общественным интересам. Согласимся с определением спецсубъекта преступления, под которым предлагается понимать лицо, являющееся надлежащим субъектом специальных общественных отношений, охраняемых уголовным законом, и совершившее предусмотренное этим законом общественно опасное деяние, связанное с нарушением возложенных на него обязанностей, обладающее наряду с общими и дополнительными признаками, указанными в диспозиции статьи Особенной части или непосредственно вытекающими из уголовного закона, а в необходимых случаях перечисленных в иных законодательных актах, свидетельствующих о его возможности и способности совершить соответствующее деяние и нести уголовную ответственность в качестве исполнителя преступления¹⁴.

Наличие служебного положения выступает особо квалифицирующим признаком субъекта преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 256 УК РФ, ч. 2 ст. 258.1 УК РФ. В остальных случаях данный признак может считаться отягчающим вину обстоятельством: п. «м», «н», «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ.

Введение данного признака нельзя считать случайным, поскольку достаточное число подобных деяний совершается лицами, использующими свое служебное положение.

Так, п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 18 октября 2012 г. № 21 «О применении судами законодательства об ответственности за нарушения в области охраны окружающей среды и природопользования» обозначает, что в ч. 3 ст. 256 УК РФ специально предусмотрена

¹¹ См.: Павлов В. Г. Субъект преступления. СПб., 2001. С. 208.

¹² Орымбаев Р. Специальный субъект преступления. Алма-Ата, 1977. С. 46.

¹³ См.: Устименко В. В. Специальный субъект преступления. Харьков, 1989. С. 11.

¹⁴ См.: Аветисян С. С. Соучастие в преступлениях со специальным составом. М., 2004.

ответственность за деяния, совершенные с использованием служебного положения. В соответствии с этим содеянное следует квалифицировать только по указанной норме без совокупности со статьями, предусматривающими ответственность за должностные преступления, либо злоупотребление полномочиями или превышение их.

В ч. 3 ст. 256 УК РФ указывается на возможность привлечения к уголовной ответственности лица, использующего для совершения преступления свое служебное положение, без конкретизации, кем должны являться эти субъекты. Но системный анализ практики и постановления Пленума Верховного Суда РФ № 21 дает основания полагать, что субъектами преступления по ч. 3 ст. 256 УК РФ могут быть только должностные лица и лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих и иных организациях.

Например, приговором Володарского районного суда Астраханской области В., являясь председателем рыболовецкого колхоза, в период осенней путины с 27.09.2008 г. по 30.09.2008 г., зная о том, что квота на вылов судака согласно разрешениям, имеющимся у звеньевых колхоза С., Ш. и Б., выполнена, в нарушение п. 3.13 «Правил рыболовства...», согласно которому колхозы, занимающиеся добычей рыбы, обязаны не превышать лимитов, устанавливаемых на вылов рыбы, действуя умышленно, с целью незаконной добычи рыбы и последующей ее реализации, используя свое служебное положение, организовал незаконный лов рыбы, вступив в предварительный сговор со звеньевыми рыболовецкого колхоза С., Ш. и Б., дал им указание продолжать лов рыбы частиковых пород (судака) сверх лимита и руководил его незаконным производством.

С., Ш. и Б., являясь звеньевыми рыболовецкого колхоза, осуществляли лов рыбы на тоневых участках в районе Тишково – запретной зоне Володарского района Астраханской области, являющейся путем миграции и нереста частиковых и осетровых видов рыб. Они действовали умышленно, с целью незаконной добычи рыбы сверх квоты, установленной указанным разрешением на добычу (вылов) водных биоресурсов, вступив в предварительный сговор с председателем рыболовецкого колхоза В. Незаконный лов рыбы они осуществляли неводом с применением метчика, являющегося самоходным транспортным плавающим средством и незаконно выловили в общей сложности рыбу частиковых пород – судака – в количестве 2600 штук, причинив федеральным рыбным запасам крупный ущерб на общую сумму 650 000 рублей.

Суд приговорил указанных лиц к наказаниям в виде различных сроков лишения свободы с испытательным сроком. Кроме того, суд в полном объеме удовлетворил иск прокурора о возмещении ущерба, заявленный в интересах Российской Федерации¹⁵.

С точки зрения О. Л. Дубовик, «использование служебного положения» может состоять в получении информации, необходимой для добычи, обеспечение ее скрытого характера, приобретение или использование необходимых технических средств (химических веществ, взрывчатки и пр.) и иных аналогичных действиях¹⁶.

¹⁵ URL: http://volodarsky.ast.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=65

¹⁶ См.: Дубовик О. Л. Экологические преступления. Комментарий к главе 26 Уголовного кодекса Российской Федерации. М., 1998. С. 280.

В. П. Ревин полагает, что признак «использование своего служебного положения» может вменяться как сотрудникам заповедников, заказников, так и должностным лицам государственных органов по охране окружающей среды¹⁷.

Н. А. Лопашенко считает, что к субъектам ответственности, злоупотребляющим служебными полномочиями по ч. 3 ст. 256 УК РФ, следует относить:

– должностных лиц (например, работников Федерального агентства по рыболовству, сотрудников правоохранительных органов);

– лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческой или иной организации (например, руководителей организаций, занимающихся рыбным промыслом);

– служащих, не наделенных признаками должностного лица или лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации (государственных служащих, муниципальных служащих, служащих коммерческой или иной организации). Обязательным признаком, кроме факта наличия служебного (должностного) положения, является использование его для совершения преступления¹⁸.

Принимая в целом позицию профессора Н. А. Лопашенко, считаем, что приведенная автором группировка субъектов ответственности по ч. 3 ст. 256 УК РФ может быть уточнена и дополнена.

Бесспорно, субъектами преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 256 УК РФ, могут являться должностные лица; лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации; служащие, не наделенные признаками должностного лица или лица, выполняющего управленческие функции в коммерческой или иной организации. Полагаем возможным, всех допустимых субъектов ответственности по ч. 3 ст. 256 УК РФ разделить на две категории: должностные и недолжностные лица. Среди должностных лиц, обладающих возможностью использования своего служебного положения при совершении уголовно наказуемого деяния, можно выделить:

1) должностных лиц, осуществляющих деятельность по охране, контролю и регулированию использования водных биологических ресурсов;

2) иных должностных лиц, оказавшихся в данном месте, в данное время по роду своей деятельности, не связанной с биоресурсами, и злоупотребляющих своим служебным положением для осуществления незаконной добычи водных биологических ресурсов.

Определенные трудности вызывает квалификация действий капитанов промысловых судов, являющихся гражданами иностранных государств, которые в результате добычи водных биологических ресурсов в исключительной экономической зоне либо на континентальном шельфе причиняется крупный ущерб интересам Российской Федерации, охра-

¹⁷ См.: Уголовное право России. Особенная часть : учебник. 2-е изд., испр и доп. / под ред. В. П. Ревина. М., 2009. С. 517.

¹⁸ См.: Лопашенко Н. А. Экологические преступления. СПб., 2002. С. 189.

няемым законом. В соответствии с разъяснениями Пленума Верховного Суда РФ такие деяния следует квалифицировать по совокупности преступлений, предусмотренных ч. 2 ст. 253 УК РФ и ч. 2 ст. 201 УК РФ. Однако квалификация действий капитанов иностранных промысловых судов по ст. 201 УК РФ, при отсутствии обращения иностранных юридических лиц в российские правоохранительные органы с заявлением о привлечении своих работников – капитанов промысловых судов – к уголовной ответственности за осуществление вопреки их законным интересам противоправной промысловой деятельности в исключительной экономической зоне РФ, представляется спорной.

Среди недолжностных лиц, использующих свое служебное положение, можно выделить:

1) лиц, выполняющих управленческие функции в коммерческих и иных организациях (руководители государственных и негосударственных рыбодобывающих и перерабатывающих предприятий и их структурных подразделений, их заместители, капитаны судов, осуществляющих промышленный вылов водных биологических ресурсов, их помощники, председатели рыболовецких колхозов, руководители обществ охотников и рыболовов);

2) государственные служащие, муниципальные служащие, служащие коммерческих и иных организаций (например, общественные инспекторы рыбоохраны), осуществляющие незаконную добычу водных биологических ресурсов, ставшую возможной по роду деятельности (профессии).

Таким образом, криминологический анализ личности, совершающей посягательство на водные биоресурсы, показал, что в большинстве случаев указанные группы преступлений совершаются лицами мужского пола в возрасте 35–60 лет, которые имеют среднее, среднеспециальное образование; состоят в браке; являются местными жителями, ранее не судимыми; имеют корыстную мотивацию.

Именно с учетом комплекса личностных характеристик необходимо проводить предупредительную работу с исследуемым контингентом лиц.

Центральный филиал Российского государственного университета правосудия (г. Воронеж)

Кургузкина Е. Б., доктор юридических наук, профессор кафедры уголовно-процессуального права
E-mail: torbagan1@mail.ru
Тел.: 8-920-211-77-68

Воронежский государственный аграрный университет

Зубкова А. В., ассистент кафедры уголовного права и уголовного процесса
E-mail: zubkova_91@bk.ru
Тел.: 8-920-455-80-47

Central Branch of the Russian State University of Justice

Kurguzkina E. B., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Criminal Procedure Law Department
E-mail: torbagan1@mail.ru
Tel.: 8-920-211-77-68

Voronezh State Agricultural University
Zubkova A. V., Assistant of the Criminal Law and Criminal Process Department
E-mail: zubkova_91@bk.ru
Tel.: 8-920-455-80-47

СОВРЕМЕННАЯ СИСТЕМА
ИСПРАВИТЕЛЬНО-ВОСПИТАТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
ПЕНИТЕНЦИАРНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ ИНДИИ

Е. А. Нешпор

Нижегородская правовая академия

Поступила в редакцию 28 января 2017 г.

Аннотация: *содержит краткий обзор основных методов и средств воспитательно-исправительного воздействия на осужденных, используемых в пенитенциарных учреждениях Индии. Отмечая самобытность и традиционность данной исправительной системы, автор статьи считает возможным применение некоторых форм в исправительных учреждениях Российской Федерации.*

Ключевые слова: *пенитенциарные учреждения, Индия, исправление, перевоспитание, йога, Панчаяты, Тихар.*

Abstract: *the article provides a brief overview of the main methods and tools in educational-correctional impact on the convicts used in penal institutions of India. Noting the identity and tradition of this correctional system, the author believes it possible to use certain forms in correctional institutions of the Russian Federation.*

Key words: *penitentiary, India, correction, rehabilitation, yoga, Panchayats, Tihar.*

Современная Индия является светским государством со сложным этническо-религиозным составом¹. С введением нового законодательства Delhi Prisons Act (в переводе с англ. – «Закон Дели о тюрьмах») произошли значительные позитивные изменения во всем исправительно-воспитательном процессе функционирования исправительных учреждений Индии². Данный законодательный акт, вступивший в силу 14 февраля 2002 г., был принят в соответствии с современными международными концепциями исправления осужденных, а также с учетом Европейских пенитенциарных правил³. Особой значимостью данного документа является утверждение новых социальных проектов и реабилитационных программ, эффективно улучшающих процесс исправления осужденных.

¹ См.: Малько А. В., Соломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. М., 2015. С. 225.

² См.: Соломатин С. В., Соломатина Е. В. Правоведение. Правовая система Индии : учеб.-метод. рекомендации для фак. иностранных студентов. Ставрополь, 2011.

³ Европейские пенитенциарные правила : рекомендация № Rec (2006) 2 Комитета министров Совета Европы : принята 11 января 2006 г. на 952-м заседании представителей министров) из информационного банка «Международное право». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Одной из основных проблем пенитенциарных учреждений Индии, затрудняющих осуществление качественного уровня организации реинтеграции, является их переукомплектованность⁴. По статистическим данным, переполненность всех тюрем в Индии составляет 112,1 %. В некоторых штатах, например в Чхаттисгархе – 256,3 %, а в Пенджабе – 149,1 %⁵. Безусловно, пребывание такого значительного числа заключенных затрудняет администрирование, а также проведение основных мероприятий по исправлению осужденных. По мнению автора, процесс по организации дифференциально-индивидуального метода в системе воспитательного воздействия остается практически неосуществимым.

Второй особенностью спецконтингента пенитенциарных учреждений Индии является почти поголовное нахождение лиц, не имеющих даже начального образовательного уровня. По данным статистики, основная возрастная группа заключенных – от 16 до 50 лет: 16–18 лет – 114 533 (48,20 %); 18–30 лет – 97 035 (40,80 %); 30–50 лет и выше – 25 967 (10,90 %) ⁶. Во всей исправительно-воспитательной системе акцентируется особое внимание на организацию всеобщего образования лиц, отбывающих уголовное наказание. Образовательная деятельность является одной из центральных частей всех программ, входящих в зону реформирования Департамента пенитенциарных учреждений. Процесс обучения осужденных организуется на разных уровнях, для разных категорий заключенных как неграмотных и малограмотных, так и для тех, кто желает получить высшее образование. Расходы на реализацию данных обучающих программ взяло на себя государство, включая обеспечение всем необходимым учебным материалом.

По статистическим данным, 74 203 заключенных неграмотны, а 102 852 – имеют образование ниже среднего уровня.

Образовательно-просветительская деятельность заключенных осуществляется с помощью представления государственных ресурсов на базе учебного центра Индиры Ганди в Национальном открытом университете (IGNOU) в Нью-Дели, а также в Национальном институте открытого школьного обучения (NIOS). Рассмотрим образовательную деятельность, организованную в пенитенциарном комплексе учреждений «Тихар»⁷, в котором отбывают заключение около 2640 человек, из которых 1900 заключенных получают образование по различным предложенным программам. Самым важным аспектом системы образования в тюрьме «Тихар» является то, что образование заключенных осуществляется на добровольной основе, в первую очередь обучение предоставляется менее

⁴ Легендарные тюрьмы. Повседневная жизнь тюрьмы «Тихар». URL: <http://www.zakonia.ru/analytics/73/53174> (дата обращения: 12.06.2016).

⁵ Dr.Bindu M.Nambiar A Study of Undertrial Prisoners in India PARIPEX - INDIAN JOURNAL OF RESEARCH 9 | Sept 2013.

⁶ Dr.Bindu M.Nambiar A Study of Undertrial Prisoners in India PARIPEX - INDIAN JOURNAL OF RESEARCH 9 | Sept 2013.

⁷ «Тихар» представляет собой пенитенциарный комплекс, объединяющий 10 тюрем, включая одну женскую (540 человек).

грамотным арестантам. Неграмотный человек, отбывающий срок наказания в тюремном комплексе «Тихар», может рассчитывать на получение образования в том случае, если временной срок его пребывания в данном учреждении составляет не менее полугода. Для помощи в получении образования на базах исправительных учреждений созданы и функционируют компьютерные обучающие центры.

В каждом исправительном учреждении Индии, при поддержке различных неправительственных организаций, создаются библиотечные фонды. Профессионально-технические курсы осуществляются на хинди и английском языках. Студентам-заключенным, успешно окончившим курс по подготовке кадров технического образования, выдаются сертификаты. Совместно с правительством Индии, для распространения философии Ганди⁸, был создан центр Ганди Смрити и Даршан Самити, в результате чего все библиотеки пенитенциарных учреждений пополнились более чем на 500 экземпляров книг, пропагандирующих философию Ганди.

Во многих тюрьмах заключенные, включая профессиональных преступников и женщин, имеют возможность получения образования на различных курсах, в основе которых лежит прохождение программы, соответствующей стандартам государственных университетов Индии. Заключенные, не имеющие начального образования, также могут, по собственному желанию, освоить и школьную программу. На основании п. 13.18 закона о тюрьмах⁹ заключенным, прошедшим экзаменационные испытания, выдаются дипломы государственного образца (табл.).

Т а б л и ц а

Классификация охвата образовательным процессом заключенных Индии

Программы	Количество заключенных
Общее среднее образование	1172
Образование для взрослых	1070
Высшее образование	261
Компьютерные курсы	151
<i>Всего</i>	2654

Особо хочется отметить образовательную практику, при которой осужденные, ранее имеющие определенный уровень образования, с учетом отсутствия дисциплинарных нарушений, допускаются администрацией учреждения к проведению занятий по получению образования с другими заключенными. Представители министерства развития образования в пенитенциарных учреждениях проводят переподготовку осужденных с целью осуществления возможности обучения менее образованных и

⁸ Ганди Смрити – индийский политический и общественный деятель, один из руководителей и идеологов... Его философия ненасилия (сатьяграха) оказала влияние на движения сторонников мирных перемен.

⁹ DelhiPrisonsAct, 2002.

неграмотных лиц, отбывающих наказание. Особое внимание уделяется обучению предметам по чтению и письму.

Реабилитационный процесс осужденных считается успешным лишь в том случае, когда лица, отбывающие наказание, смогут впоследствии трудоустроиться в социуме. Таким образом, общественно полезный труд является одним из основных средств исправительно-воспитательного воздействия. Администрация исправительных учреждений Индии постоянно заботится об организации трудовой деятельности как во время отбывания срока наказания, так и в постпенитенциарный период. Профессии переплетчика, обувщика, изготовителей конвертов и трафаретной печати являются одними из наиболее востребованных. Для лиц женского пола, отбывающих наказание в исправительных учреждениях, были разработаны соответствующие программы по обучению ткачеству и живописи по ткани, изготовлению мягкой игрушки, шитью и созданию предметов вышивки.

Существует следующая практика, при которой Департамент социального обеспечения Дели Говт предоставляет кредиты для создания вакантных мест трудоустройства лиц, освободившихся из исправительных учреждений¹⁰. Отдел тюрем направил в Дели на рассмотрение предложение, в котором заключенным, отбывающим наказание в полуоткрытой тюрьме комплекса «Тихар», предоставляется возможность выхода на работу за территорию локального участка, с последующим возвращением в пенитенциарное учреждение по окончании рабочего дня. С применением данной практики процесса исправительного воздействия решаются следующие задачи:

- 1) материальная заинтересованность осужденных в получении зарплаты;
- 2) смена психологического климата;
- 3) возможность осуществления контактов и общения в социуме.

Высшей апелляционной инстанцией Индии является Верховный суд¹¹. Эффективный механизм юридической службы налажен практически во всех пенитенциарных учреждениях государства. Каждый из осужденных имеет возможность подать свое ходатайство (обращение) в государственные судебные учреждения, а наиболее обеспеченные – обратиться за помощью к адвокату. Правовая помощь осуществляется в Дели государственной юридической службой, а также Комитетом Высшего суда. Для этой цели было выделено 27 адвокатов, к числу которых впоследствии присоединились студенты юридических факультетов государства. Данная деятельность способствует повышению юридической грамотности как лиц, отбывающих наказание, так и студентов, осуществляющих таким образом юридическую практику в процессе непосредственного общения с осужденными.

¹⁰ Dr.Bindu M.Nambiar A Study of Undertrial Prisoners in India PARIPEX - INDIAN JOURNAL OF RESEARCH9 |Sept 2013.

¹¹ См.: Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. С. 227.

Заклученные имеют право также внести свои предложения и высказать недовольства по вопросам условия их содержания в пенитенциарном учреждении и по другим личностным требованиям. После рассмотрения жалоб, в случае их объективности, принимаются определенные меры по их исправлению. Взыскания в письменном виде направляются в администрацию учреждения либо их помещают в так называемые «ящики жалоб», расположенные в определенных местах исправительного учреждения. Помимо этого начальствующий состав исправительного учреждения проводит встречи, на которых осужденные непосредственно могут высказать свои недовольства и претензии.

Обращаясь к вопросу условно-досрочного освобождения для лиц, отбывающих наказание, следует подчеркнуть, что в индийском пенитенциарном праве данная норма применяется по решению апелляционного суда после рассмотрения заявления осужденного.

Большое значение в постпенитенциарном вхождении в социум является организация периодического общения с близкими. Каждому осужденному разрешается иметь по два свидания в неделю продолжительностью до 30 минут¹². На свидание с осужденным его близкие могут приносить с собой вегетарианское питание, фрукты, одежду и денежные средства в размере 250 рупий.

Для реализации коллективных форм воспитательно-исправительного воздействия в Индийских пенитенциарных учреждениях существуют определенные правила в проведении праздников. Мероприятия, посвященные национальным праздникам, проводятся внутри исправительных учреждений. На День Республики и День Независимости¹³ во всех пенитенциарных учреждениях Индии проходят торжественные церемонии с поднятием национального флага Индии.

Следует отметить, что современная Индия отличается сложным этническо-религиозным составом населения¹⁴. Классификация заключенных по вероисповеданию такова: 70,5 % (1,70068 из 2,41200 человек) придерживаются индуистской религии, в то время как 21,2 % (51 206 человек) являются представителями мусульманской общины, а остальные принадлежат к другим религиям¹⁵. Религиозные праздники, такие как Холи¹⁶, Дивали¹⁷ и другие, принято отмечать всем коллективом пенитенциарно-

¹² Dr.Bindu M.Nambiar A Study of Undertrial Prisoners in India PARIPEX – INDIAN JOURNAL OF RESEARCH9 | Sept 2013.

¹³ 15 августа является государственным праздником Индии. Основные церемонии проходят в Нью-Дели, где премьер-министр Индии поднимает национальный флаг над Красным фортом.

¹⁴ См.: Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. С. 225.

¹⁵ URL: <http://tiharprisons.nic.in/html/reform.htm>

¹⁶ Холи, известный как Пхэгвах (или Бходжпүри) и Фестиваль красок, – ежегодный индуистский фестиваль весны.

¹⁷ Дивали – Фестиваль Огней, символизирующий победу сил света над силами тьмы, стремление и возвращение души к свету. URL: <http://indiada.ru/fakty-ob-indii/prazdniki-xoli-i-divali.html>

го учреждения. По обычаю в эти дни готовят сладости и продают посетителям. Данная миссия имеет большое значение в процессе исправительно-воспитательного воздействия на осужденных. Во время подготовки и проведения открытых мероприятий у лиц, отбывающих наказание, формируются определенные предпосылки к переосмыслению жизненных ценностей, воспитывается уважение к национальным традициям, происходит расширение общего кругозора и круга общения. Все это в конечном итоге является базой для развития основ по преодолению асоциальных тенденций и сокращения постпенитенциарного рецидива.

Занятия спортом – неотъемлемая часть исправления и перевоспитания осужденных, так как служит поддержанию здорового образа жизни. В пенитенциарных учреждениях систематически проводятся различные спортивные соревнования. Особой популярностью пользуются спортивные занятия: игра в крикет, бадминтон, волейбол, баскетбол, настольный теннис, шахматы, перетягивание каната и др. Осужденные могут участвовать в публичных спортивных мероприятиях, проводимых государственными или частными организациями за пределами территории исправительных учреждений. Например, заключенный Рахул Кхера выиграл серебряную медаль на национальном чемпионате по пауэрлифтингу, который был организован индийской федерацией в штате Джаркханде¹⁸ в апреле 2013 г.

За последние пять лет на все спортивно-массовые мероприятия, проводимые в стенах исправительных учреждений, традиционно приглашаются профессиональные спортсмены. В финале мероприятия приглашенные лидеры спорта вместе с администрацией пенитенциарного учреждения проводят награждение осужденных, достигших определенных успехов в массовых соревнованиях. Это является важнейшим поощрительным актом, способствующим повышению самооценки осужденного, а также служит веским стимулом к развитию и закреплению дальнейшего интереса в вопросе физического самосовершенствования. Рассматривая исправительно-воспитательную систему Индии, было бы неправомерно не упомянуть о важнейшем коррекционном методе с помощью применения йоги и медитации. Комплексная программа йога была запущена Государственным Департаментом пенитенциарных учреждений в 2010 г. Йога представляет собой комплекс упражнений, который омолаживает организм изнутри. Было доказано, что во время занятий возникают позитивные мысли, формируются основы организации внутреннего потенциала, что способствует выработке положительных самодисциплинарных установок, помогающих добиться исправления и перевоспитания заключенных. Этот процесс «соединяет» тело с душой и, несомненно, повышает эффективность и концентрацию позитивных мыслей и поступков¹⁹. Заключенные в пенитенциарных учреждениях, успеш-

¹⁸ Джаркханд – штат на востоке Индии.

¹⁹ В индийских тюрьмах появились курсы йоги. URL: <http://gubkin.info/interesting/25690-v-indijskix-tyurmax-poyavilis-kursy-jogi.html>

но прошедшие курс обучения по технике Випассана²⁰ и йоге, проводят занятия по данным техникам с другими осужденными в своих камерах. В конце определенного периода обучения (обычно курс рассчитан на шесть месяцев)²¹ инструкторы по йоге проводят экзаменационные испытания. Заключенным, которые добиваются определенных достижений в йоге, дано право на досрочное освобождение на три месяца раньше срока²². В настоящее время эту программу реализуют лишь по желанию осужденных. В исправительном учреждении «Гвалиор» около 400 заключенных проходят курс обучения на инструкторов по йоге и технике Випассана²³. Медитация также неизменно входит в систему воспитательно-исправительных методов работы. Сотрудники тюрем настоятельно рекомендуют посещать медитационные группы, такие как Брахма Кумари²⁴, Дивья Джиоти и другие, которые сумели организовать свои филиалы. В данных организациях не только осуществляется работа в форме консультирования, но и проводится обучение методикам медитационного самосовершенствования. Одной из новых форм процесса перевоспитания осужденных является применение креативной арт-терапии. Данный метод исправительного воздействия оказывает позитивное психотерапевтическое действие на осужденных. В тюремных условиях арт-терапия помогает не только выразить свои чувства и настроения, но и сформировать веру в собственные силы, что способствует повышению самооценки осужденного. Следует иметь в виду, что заключенный некоторым образом социально интегрирован, ввиду чего бывает часто агрессивен настроен, а порой беспомощен и безнадежен в связи с различными бытовыми сложностями и психоэмоциональными перегрузками. Таким образом, путем поощрения и развития творческой инициативы, являющейся основой арт-терапевтического воздействия, осужденный способен выразить свои сдерживаемые эмоции и осознать личностную ценность, постепенно формируя позитивную «Я-концепцию».

В систему воспитательных мероприятий силами искусства входит организация музыкально-танцевальных конкурсов. В течение весеннего сезона каждый год проходят смотры художественной самодеятельности под названием «Этнические Тихар»²⁵. Профессиональные деятели искус-

²⁰ Випассана – буддийская техника медитации, по преданию данная самим Буддой Гаутамой.

²¹ URL: <http://themindunleashed.org/2015/12/prisoners-given-early-release-from-indian-jail-for-passing-yoga-test.html>

²² URL: <http://indianexpress.com/article/india/india-news-india/maharashtra-convicts-excelling-in-yoga-to-get-three-months-remission-in-jail-term/> (дата обращения: 20.06.2016).

²³ Йога вместо тюрьмы. URL: http://inright.ru/news/nation/20100120/id_72/ (дата обращения: 11.06.2016).

²⁴ Университет Брахма Кумарис БКВДУ – международная некоммерческая благотворительная общественная нерелигиозная организация. URL: <http://www.spiritual-development.ru/brahma-kumaris/index.html?yclid=3524994167570959505> (дата обращения: 06.06.2016).

²⁵ URL: http://www.delhi.gov.in/wps/wcm/connect/lib_centraljail/Central+Jail/Home/Reformation

ства и культуры Индии являются частыми гостями на данном мероприятии.

Повышение эффективности работы исправительных учреждений Индии связано с совершенствованием их структуры. Одним из мероприятий, улучшающих качество воспитательно-исправительной деятельности, является создание групп осужденных, отдаленно напоминающих самодеятельные организации заключенных в отечественном законодательстве. Членам данных сообществ предлагается принять участие в управлении деятельности по социальному обеспечению осужденных. Основной целью деятельности этих сообществ является формирование основ и развитие чувства ответственности для подготовки заключенных к социальной интеграции в общество. Подобные группы называются «Панчаять»²⁶. В их функции входят: оказание помощи администрации пенитенциарного учреждения в получении заключенными общего и профессионального образования, содействие в получении юридических консультаций, а также решение вопросов, связанных с бытовыми проблемами²⁷. В Центральной тюрьме на ротационной основе ежегодно организуются встречи, на которых собираются члены панчаятов всех тюрем «Тихар». Главной задачей данного съезда является обсуждение насущных проблем заключенных. Мероприятие проходит в присутствии представителей СМИ.

Особо хочется отметить эффективность коррекционной работы, организованной в исправительном учреждении «Yerwada»²⁸, в котором наиболее успешно проводится реализация инновационных программ реабилитации²⁹, базирующихся на принципах образовательной программы Ганди. Из тех осужденных, кто принимал участие в годичном курсе обучения, две трети заключенных подтвердили, что их предыдущие действия, которые привели их к тюремному заключению, были неправомерными. Таким образом, многие из них искренне сожалеют о содеянном и даже готовы просить прощения у членов семей жертв своих противоправных деяний. В рамках коррекционных программ организуются встречи, семинары, тематика которых очень разнообразна: от знакомства заключенных с их законными правами и обязанностями до решения вопросов по сохранению здоровья, обсуждения санитарно-гигиенических правил, проблем ВИЧ и СПИДа, а также сохранности психического здоровья³⁰.

²⁶ «Панчаять» (хиндибуков, пятерка) – традиционный коллективный орган в Индии, совет, состоящий примерно из пяти человек (старейшин), возглавляющих касту в целом или кастовую группу в какой-либо местности, деревнеит.

²⁷ Dr.Bindu M.Nambiar A Study of Undertrial Prisoners in India PARIPEX – INDIAN JOURNAL OF RESEARCH 9 | Sept 2013.

²⁸ «Yerwada» – Центральная тюрьма высокой степени безопасности, самая большая тюрьма в штате Махараштра, а также одна из крупнейших тюрем в Южной Азии с численностью более чем 3600 заключенных.

²⁹ URL: <http://ru.knowledgr.com/12200893/Yerwada> (дата обращения: 12.06.2016).

³⁰ Prison Reforms In Indian Prison System. URL: <http://www.legalserviceindia.com/article/l174-Prison-Reforms-In-Indian-Prison-System.html> (дата обращения: 15.06.2016).

Сотрудники исправительных учреждений отмечают, что случаи насилия, драк, приступов агрессии значительно снизились именно тогда, когда были введены в практику исправительно-воспитательной деятельности данные инновационно-коррекционные программы.

Достижение целей наказания предполагает выработку средств исправительно-воспитательного воздействия на осужденных. Таким образом, в основу коррекционной системы пенитенциарных учреждений Индии положено решение воспитательных задач по ликвидации безграмотности среди осужденных, организация трудового исправительного процесса, осуществление юридического сопровождения, а также разнообразная культурно-массовая и спортивная деятельность, направленная на предупреждение постпенитенциарного рецидива.

Всё вышесказанное позволяет утверждать, что ожидаемые результаты от введения курса «Принципы Ганди» достаточно позитивны. Эффективность влияния на процесс воспитательно-исправительного воздействия доказана статистическими данными.

Полагаем уместным осуществление применения в российской исправительной системе комплекса йоги, а также меру воспитательного воздействия по подготовке лиц, из числа осужденных, владеющих определенными творческими методиками, для передачи опыта другим лицам, отбывающим наказание. Но все эти формы воздействия должны осуществляться по согласованию с администрацией исправительного учреждения, с учетом мнения самих осужденных и при методически грамотной подготовке лиц к осуществлению данной деятельности.

Нижегородская правовая академия

Нешпор Е. А., аспирант кафедры уголовного права и криминологии

E-mail: vocalisk32@yandex.ru

Тел.: 8-952-450-79-85

Nizhniy Novgorod Academy of Law

Neshpor E. A., Post-graduate Student of the Criminal Law and Criminology Department

E-mail: vocalisk32@yandex.ru

Tel.: 8-952-450-79-85

УДК 341.01

КОНВЕНЦИЯ ООН ПО МОРСКОМУ ПРАВУ
И ПРАВОВОЙ РЕЖИМ АРКТИЧЕСКОГО ШЕЛЬФА

А. Н. Вылегжанин

МГИМО МИД России

И. П. Дудыкина

Аналитический центр при Правительстве России

Поступила в редакцию 13 февраля 2017 г.

Аннотация: анализируется исторически сложившийся правовой режим дна Северного Ледовитого океана при лидирующей роли в формировании приарктических государств. Характеризуются соотношения: а) норм международного права об ограничении континентального шельфа от международного района морского дна; б) норм о делимитации между приарктическими государствами континентального шельфа в Северном Ледовитом океане.

Ключевые слова: Конвенция ООН по морскому праву, арктический шельф, ограничение континентального шельфа, делимитация континентального шельфа, регионально-правовая идентичность Арктики.

Abstract: the paper summarizes relevant legal instruments and recent researches relating to the legal regime of the Arctic Sea-bed as it was historically established by the practice of the Arctic Coastal States and which resulted in the regional-legal peculiarities of the Status of the Arctic shelf. This trend is compared with the treaty regime of the UNCLOS which entered into force for such States with the exception of the USA. The focus of the research is on relationship between: - art. 76 of the UN Convention on the Law of the Sea (on delineation of the continental shelf from the Area – “common heritage of mankind”; - and art. 83 (on delimitation of the continental shelf between States with opposite or adjacent coasts). All the sea-bed of the Arctic Ocean is the arctic continental shelf and there is no legal possibility for forming in the Arctic the Area of Common Heritage of Mankind taking into account that Part XI of UNCLOS is not a customary rule of International Law like Article 76 of UNCLOS and the USA are not a Party to this Convention.

Key words: the Arctic shelf, the Arctic Coastal States, UNCLOS, the Arctic Coastal States, delineation of the continental shelf, delimitation of the continental shelf, the regional-legal peculiarities.

2017. № 1

284

В 2017 г. исполняется 20 лет с даты вступления для России в силу Конвенции ООН по морскому праву (далее – Конвенция 1982 г.), которая была ратифицирована Федеральным законом от 26 февраля 1997 г. № 30-ФЗ.

В целом не подвергается сомнению целесообразность участия России в этом универсальном международном договоре, определившем режим Мирового океана. Критикуется лишь решение Правительства России (в отличие от правовой позиции СССР) применять Конвенцию 1982 г.

не только к Индийскому, Атлантическому, Тихому океанам, но также и к полярным районам к северу от Северного полярного круга. Анализу данной Конвенции, исследованию политических аспектов ее принятия посвящены труды профессоров Ю. Г. Барсегова, А. Л. Колодкина, Г. Г. Иванова, С. В. Молодцова, О. Н. Хлестова, П. Д. Бараболи, других отечественных международников, участвовавших в III Конференции ООН по морскому праву.

В настоящее время сопоставляются доктринальные толкования особенно значимых для приарктических государств положений Конвенции 1982 г. – о континентальном шельфе и его природных ресурсах, в том числе нефтегазовых; об исходных линиях; исторических водах; о юрисдикции прибрежного государства в отношении иностранных судов, находящихся в его внутренних водах, территориальном море, районах исключительной экономической зоны, покрытых льдами; о порядке прокладки по морскому дну подводных трубопроводов и кабелей и др. Преобладающим, хотя и не во всем бесспорным, является понимание, что большинство норм Конвенции 1982 г. отражают действующее обычное международное право.

Дискуссионным остается, например, вопрос о применимости Конвенции 1982 г. к многовековым льдам, находящимся к северу от 200-мильных исключительных экономических зон пяти арктических государств. Но, пожалуй, самый сложный вопрос статуса Северного Ледовитого океана (далее – СЛО) – наличествует ли здесь с точки зрения международного права район «общего наследия человечества», с учетом *уникальности* естественных характеристик этого самого *маленького* из океанов (по площади и по средним глубинам), его полузамкнутости государственной морской территорией только пяти государств – России, Канады, США, Дании (о. Гренландия), Норвегии; его *особого регионального статуса, исторически сложившегося при стержневой роли правовой практики* этих пяти приарктических государств¹. Или же, в контексте этой уникальности, все дно СЛО в соответствии с международным правом представляет собой *континентальный шельф*. При втором подходе этот арктический шельф подлежит *разграничению (делимитации – delimitation)* между названными пятью приарктическими государствами. Но даже если их согласованное волеизъявление состояло бы в том, что СЛО юридически не отличается от Индийского или иного «*неледовитого*» океана, что здесь наличествует также *международный район морского дна («общее наследие человечества»)*², то возник бы другой вопрос: обязаны ли четыре из этих пяти государств, которые являются участниками *Конвенции 1982 г.*, согласно ее ст. 76 *отграничить (to delineate)* свой шельф от междуна-

¹ См. подробнее: Арктический регион : проблемы международного сотрудничества : хрестоматия : в 3 т. / гл. ред. И. С. Иванов, науч. ред. А. Н. Вылегжанин. М., 2013. Т. 3. С. 11; и др.

² Понятия «Международный район морского дна» («общего наследия человечества») нет в Женевских морских конвенциях 1958 г., но оно введено Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г. (ст. 1 и ч. XI).

ного района морского дна («общего наследия человечества»)? Обязаны ли они еще и делать отчисления в Международный орган по морскому дну – согласно ст. 82 Конвенции 1982 г.? То есть обязаны ли они изначально ставить себя в худшее положение, чем пятое приарктическое государство – США, – у которого такой обязанности нет, поскольку в Конвенции оно не участвует.

Кроме того, если такое общее волеизъявление пяти приарктических государств *было бы объективировано*, то последовало бы усиление притязаний неарктических государств на нефтегазовые и иные естественные ресурсы дна СЛО; обозначились бы *новые области межгосударственной конкуренции*; был бы нанесен ущерб *регионально-правовой идентичности Арктики*, исторически сформировавшейся посредством международных договоров самих арктических государств, начиная с 1825 г. Несмотря на отсутствие такого общего волеизъявления «арктической пятерки», в 1997 г. Правительством РФ было принято постановление, предписывающее начать работу по отграничению российского шельфа в Арктике от «общего наследия человечества»³. Это постановление, при исполнении которого Россия теряет в своем арктическом секторе, действуя через Комиссию по границам континентального шельфа, не менее 300 тыс. км², в российской науке было квалифицировано как противоречащее национальным интересам России⁴. Хотя заместитель директора Правового департамента МИД России оправдывает сделанный при Б. Н. Ельцине новый выбор арктической позиции страны⁵, его критика выглядит убедительнее⁶.

Стержневое значение правовой практики арктических государств. Практика арктических государств была и остается определяющей в формировании правового режима арктического шельфа. В условиях Арктики «не срабатывают» все глобальные механизмы, созданные Конвенцией 1982 г. Это происходит не только из-за отмеченных колоссальных отличий покрытых льдом районов Севера от теплых вод

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 25. Ст. 2939.

⁴ См.: Гуреев С. А., Буник И. В. О необходимости подтверждения и правового закрепления исключительных прав России в Арктике. Совет Федерации ФС РФ. Морская деятельность Российской Федерации : состояние и проблемы законодательного обеспечения / под ред. В. А. Попова. М., 2005. С. 162–164 ; Мелков Г. М. К вопросу о статусе Печорского и Охотского морей // МЖМП. 2014. № 4. С. 41 ; и др.

⁵ См.: Титушкин В. Ю. К вопросу о внешних границах континентального шельфа Российской Федерации в Арктике // Международное морское право : статьи памяти А. Л. Колодкина. М., 2013. С. 223.

⁶ См.: Николаев А. Н., Пецууров И. С. Правовые возможности предотвращения потери Россией высокоширотного участка арктического шельфа // Современные производительные силы. Фундаментальные исследования пространственного развития. 2014. № 1 ; Жудро И. С. Обычно-правовые нормы как компонент уникального исторически сложившегося статуса Арктики // Вестник Северного (Арктического) федер. ун-та. Серия «Гуманитарные и социальные науки». 2014. № 6 ; Пецууров И. С. Режим дна Северного Ледовитого океана согласно международному обычному праву // Моск. журнал междунар. права. 2014. № 3(95) ; и др.

Индийского океана, но и потому, что одно из пяти арктических прибрежных государств, не являясь участником Конвенции 1982 г., не исполняет обязательства по ограничению своего арктического шельфа и по платежам за разработку его минеральных ресурсов в высокоширотных районах. Соответственно, если одно арктическое государство не выполняет конвенционные ограничения, а другое выполняет, то результат такого определения границ арктического шельфа не будет справедливым⁷. Напротив, *региональным подходом* в этом случае достигается справедливый результат. Министром иностранных дел РФ обращено внимание на то, что «укрепление регионального уровня управления в условиях, когда не срабатывают общемировые механизмы, служит своего рода страховочной сеткой»⁸.

Характеризуя «юридическое положение северных полярных пространств», В. Л. Лахтин констатирует отсутствие каких-либо возражений со стороны неарктических «неполярных» государств в отношении суверенитета соответствующего арктического государства на «близлежащие» земли и острова, в том числе неоткрытые. Отсутствие в отношении этих земель и островов «достаточной практической заинтересованности у неполярных государств, при наличии довольно большой практической заинтересованности» у арктических прибрежных государств, «создало то положение, начало расцвета которого наблюдается сейчас. На земли и острова Северного Ледовитого океана фактически распространился суверенитет соответствующих близлежащих приполярных государств, хотя и не осуществляющих эффективной оккупации, ввиду физической невозможности таковой»⁹. Благожелательно воспринимались длительное время в доктрине предложенные В. Л. Лахтиным границы «районов тяготения» прибрежных арктических государств или их «полярных секторов» в Арктике. Норвежский правовед Г. Смедал, со ссылкой на констатации В. Л. Лахтина, не только в основном солидаризируется с ними, но и приводит дополнительные подтверждения, в частности в практике Канады. Он пишет: «Канада считает, что ... она обладает правами на весь свой архипелаг между ее северным побережьем и Северным полюсом» («between her Northern coast and the North Pole») ¹⁰. Английский аналитик Х. Стил, исследовавший ход продвижения все дальше на Север контрольных функций канадской власти, пишет о «мирном и захватывающем завоева-

⁷ Подробнее см.: Предложения к Дорожной карте развития международно-правовых основ сотрудничества России в Арктике / гл. ред. И. С. Иванов. М., 2013. С. 4–6.

⁸ URL: <http://www.mgimo.ru/news/guests/index.phtml>

⁹ *Лахтин В. Л.* Права на северные полярные пространства. М., 1928. С. 8–17. Эту мысль автор сформулировал так: «...независимо от факта той или иной национальности земли эти сейчас принадлежат приполярным государствам, в районе тяготения которых эти острова находятся, вне зависимости от факта эффективности их оккупации». (С. 29).

¹⁰ *Smedal G.* Acquisition of Sovereignty over Polar Areas. Oslo. Translated from Norwegian. 1931. P. 8.

нии Канадой арктических и субарктических районов», также юридически не разделяя здесь ледовые сухопутные и ледовые морские районы¹¹. По мнению В. Л. Лахтина, «наиболее бесспорными являются границы американского северного полярного сектора... установленные конвенциями 1825 и 1867 гг.»¹². Эти международные договоры и *сегодня сохраняют свое юридическое значение*, особенно в современном контексте оценок правового положения арктического континентального шельфа, его разграничения в 1990 г. между СССР и США по линии, предусмотренной Конвенцией 1867 г.

Статья III «Санкт-Петербургской Конвенции с Англией относительно разграничения обоюдных пространств владений России и Англии в Северной Америке» 1825 г. предусматривает: «Черта разграничения между владениями Высоких договаривающихся сторон... будет проведена следующим образом...» (далее идет обстоятельное описание этой разграничительной линии в южной части). Что касается северной части, то Конвенция описывает эту разграничительную линию как идущую *по меридиану в направлении Северного полюса*: «и наконец от сей точки пересечения та же меридианная линия 141 градуса составит в своем продолжении до Ледовитого моря границу между Российскими и Великобританскими владениями...». То есть в Конвенции 1825 г. *впервые* вводится на уровне международного договора понятие «*полярные владения*» Российской империи и Великобритании в Арктике; в этом же международном договоре впервые обозначается *принцип размежевания властных полномочий двух соседних государств по секторальной (меридианной) линии*, направляющейся к Северному полюсу. При этом следует обратить внимание на то, что при разграничении «*обоюдных пространств владений России и Англии*» воля договаривающихся сторон состояла в том, чтобы разграничивать и *сушу*, и прилегающие к *ней водные районы*, в том числе *покрытые льдами*. Меридианная разграничительная линия, идущая к Северному полюсу, воспринималась договаривающимися государствами как удобная, обеспечивающая простоту для практического учета огромной по протяженности линии разграничения полярных владений двух государств, что впоследствии отмечено зарубежным правоведом¹³.

Второй международный договор о разграничении между арктическими прибрежными государствами своих юрисдикций по меридиану, идущему к Северному полюсу – это русско-американская Конвенция 1867 г. Ее полное название – «Договор, заключенный между Россией и Североамериканскими Соединенными Штатами в Вашингтоне 18(30) апреля 1867 года, об уступке Российских Североамериканских колоний». Согласно этому Договору обозначена граница, к востоку от которой все земли передаются Россией Соединенным Штатам Америки, а к западу – остаются

¹¹ См.: *Steel H. Policing the Arctic. Jurrolds Publishers. London. 1936. P. 9.*

¹² *Лахтин В. Л. Права на северные полярные пространства. С. 38.*

¹³ О таком преимуществе «секторального принципа» разграничения между соседними государствами юрисдикции в Арктике, как простота, пишет Г. Смедал (см.: *Smedal G. Op. cit. P. 12.*)

без изменения под суверенитетом России. По смыслу Конвенции 1867 г., Россия уступает Соединенным Штатам Америки «все права, льготы и привилегии» во всей обозначенной «территории, ее владениях и принадлежностях». «Вышепостановленная уступка территории и Верховного на онаю права, сим признается свободною и изъятою от всяких ограничений... Уступка эта ... заключает в себе все права, льготы и привилегии, ныне принадлежащие России в сказанной территории, ее владениях и принадлежностях» (ст. VI). В ст. I предусмотрена отсылка к *меридианной (секторальной) линии*, обозначенной русско-английской Конвенцией 1825 г.: «Сказанная территория заключается в нижеозначенных географических границах, а именно: восточную границу служит линия разграничения между Российскими и Британскими владениями в Северной Америке, как таковая линия постановлена Конвенциею, заключенной между Россией и Великобританией – 16/28 февраля 1825 года...». Договор 1867 г. предусматривает, что указанная граница проходит в направлении Северного полюса через точку меридиана, отделяющего в Беринговом проливе «на равном расстоянии острова Крузенштерна, или Игналукъ, от острова Ратманова, или Нунарбукъ, и направляется по прямой линии безгранично к северу, доколе она совсем не теряется въ Ледовитом океане (et remonte en ligne directe, sans limitation, vers le Nord jusqu'à ce qu'elle se perde dans la mer Glaciale)» (ст. I)¹⁴.

Итак, и по Конвенции 1825 г., и по Конвенции 1867 г. обозначенные *секторальные линии* служили изначально именно для *межгосударственного размежевания между соседними арктическими странами их прав на «полярные владения»*. Первым из государств на законодательном уровне юридически точно заявила о секторальных пределах своих прав в Арктике Канада. Французский профессор Ф. де Хартингх пишет: «Канадский сектор одержал триумфальную победу в 1923 г.»¹⁵. Правопритязания на арктический сектор Канады заявлены, впрочем, раньше – еще в 1907 г.; тогда канадский сенатор Пуарье (Poirier) обосновал, что секторальный принцип разграничения районов Арктики позволит избежать «трудностей» и «конфликтов», поскольку каждое государство, прибрежное к Северному Ледовитому океану, «распространяет свои владения (ses possessions) до Северного полюса (jusqu'au pole nord)»¹⁶. Еще ранее на картах, выпущенных канадским министерством, границы арктического сектора проходят от канадских оконечностей (западной и восточной) на северном по-

¹⁴ Договор 1867 г. подписан от России Тайным Советником Императора Всероссийского Э. Стеклем, а от США – Статс-секретарем В. Сьюардом. Текст договора (русский и французский) цит. по: Сборник пограничных договоров, заключенных Россией с соседними государствами, 1891. С. 299–303. См. также: *Овчинников И. А.* Сборник действующих трактатов, конвенций и других международных актов, имеющих отношение к военному мореплаванию. Пг., 1914. С. 82 ; и др.

¹⁵ *F. de Hartingh.* Les conceptions sovietiques du droit de la mer. Paris. 1960. P. 39.

¹⁶ Цит. по: UN ILC. Documents of the Second Session Including the Report of the Commission to the General Assembly. Note 34. P. 107.

бережье страны по меридианам 60 и 141 градус западной долготы до их схождения в точке Северного полюса¹⁷. В порядке закрепления таких прав последовали заявления на правительственном уровне. В соответствии с принятыми в 1925 г. поправками к известному Закону «О северо-западных территориях» (the Northwest Territories Act) Канада установила, что для осуществления деятельности в пределах канадского арктического сектора, в том числе в целях разведки и разработки природных ресурсов, требуются соответствующие разрешения канадских властей¹⁸. В 1926 г. законодательством Канады предусматривается установление «Заповедника арктических островов (the Arctic Islands Preserve)»; северные границы этого заповедника, согласно законодательству, совпадают с границами арктического сектора Канады. В мае 1929 г. в законодательном акте Канады вновь предусмотрены границы ее арктического сектора¹⁹.

Вторым государством, на уровне законодательства закрепившим меридианные границы своего арктического сектора, стал Советский Союз. Ранее Российская империя первой обозначила на договорно-правовом уровне секторальные границы разграничения полярных владений в Арктике. Что же касается национальных правовых актов России, то, как уже было показано, они юридически закрепляли суверенитет Российского государства и на сухопутные полярные районы, в том числе арктические острова вдоль российского побережья в морях Северного Ледовитого океана (нота МИД России 1916 г.), и на «все заливы, бухты, рейды русского побережья Северного Ледовитого океана»²⁰. Эту правовую позицию поддерживало и советское правительство. Так, в 1921 г. Советом народных комиссаров Советской России принят Декрет «Об охране рыбных и звериных угодий в Северном Ледовитом океане и Белом море»²¹.

15 апреля 1926 г. Президиумом ЦИК СССР принято постановление «Об объявлении территорией Союза ССР земель и островов, расположенных в Северном Ледовитом океане»²² (далее – постановление 1926 г.).

¹⁷ См.: *Reid I.* The Canadian Claim to Sovereignty over the Waters of the Arctic. – 12 Canadian Yearbook of International Law, III, 1974 (цит. по: Арктика : интересы России и международные условия их реализации / Ю. Г. Барсегов [и др.]. М., 2002. С. 29).

¹⁸ British North America Acts 1867–1907. Printed by C. H. Parmelee, Printer of the King's Most Excellent Majesty. 1913. P. 1–2, P. 209. Pharand D. Canada's Arctic Waters in International Law. Cambridge, 1988. P. 45–50.

¹⁹ *Timchenko L.* Quo Vadis, Arcticum? The International Law Regime of the Arctic and Trends in its Development. “Osнова”. Kharkiv. 1996. P. 73. См. также: *Николаев А. Н., Буник И. В.* Международно-правовые обоснования прав Канады в ее арктическом секторе // Моск. журнал междунар. права. 2007. № 1. С. 12–14.

²⁰ Инструкция военному крейсеру, посылаемому для охраны морских промыслов по северному побережью Европейской России. 1893 г. С рукописными правками Императора Всероссийского 1894 г. (личный архив проф. А. Н. Вылегжанина).

²¹ СУ РСФСР. 1921. № 49. Ст. 259. С. 351–352.

²² Со ссылкой на Собр. законодательства СССР. 1926. № 32. Ст. 203 текст этого постановления воспроизведен по: Международное право в избранных документах (ч. 1) / отв. ред. В. Н. Дурденевский. М., 1955. С. 210.

Согласно постановлению 1926 г. территорией Союза ССР объявляются «все как открытые, так и могущие быть открытыми в дальнейшем земли и острова, не составляющие к моменту опубликования настоящего постановления признанной Правительством Союза ССР территории каких-либо иностранных государств, расположенные в СЛО, к северу от побережья Союза ССР до Северного полюса» в пределах между меридианами, проходящими через восточную и западные оконечности территории страны.

Понятно, что секторальные границы могли стать основой для разграничения арктического шельфа между пятью приарктическими государствами. Но было ли разрушено это исторически сложившееся правовое положение после вступления в силу Конвенции 1982 г.?

Если обратиться к комментариям материалов III Конференции ООН по морскому праву, на которой разрабатывалась Конвенция 1982 г., то обнаруживается, что приарктические государства *намеренно ушли от широкого обсуждения на ней специфически сложного в географическом и климатическом отношении района – Арктики*. К началу этой Конференции международное сообщество, как показывают документы, признало особые приоритетные права приарктических государств, в том числе те секторальные (меридианные) линии, которые были обозначены в международных договорах, прежде всего в русско-английской Конвенции о границах 1825 г. и в Конвенции об уступке Аляски 1867 г. Особо успешно развивалось межгосударственное двустороннее сотрудничество в области изучения и сохранения природы этих районов – прежде всего, на основе международных соглашений арктических государств. Эти действия осуществлялись с учетом пределов ранее обозначенных полярных секторов – в договорах Советского Союза, Канады, США. Вместе с тем надо констатировать, что одно из них – США – последовательно возражало против национально-законодательного регулирования Канадой и Советским Союзом судоходства вдоль своего арктического побережья, не протестуя, однако, против секторальных (меридианных) границ *per se*. Более того, оно предложило использовать *именно секторальную границу* для делимитации между США и СССР континентального шельфа в Арктике²³.

Следует обратить внимание и на то, что на III Конференции ООН по морскому праву функционировала в конфиденциальном формате так называемая «пятерка» государств. В нее входили пять арктических государств, берега которых выходили к морям Арктики. По ходу Конференции эти государства в рамках встреч своих делегаций, как свидетельствуют участники делегации от СССР, обсуждали вопросы, затрагивающие интересы в Арктике. Было достигнуто неформальное согласованное понимание того, что интересам «пятерки» арктических государств соот-

²³ Предложенное США разграничение с СССР континентального шельфа в Арктике по секторальной границе, предусмотренной русско-американской Конвенцией 1867 г., получило отражение в тексте Соглашения между Союзом Советских Социалистических Республик и Соединенными Штатами Америки о линии разграничения морских пространств 1990 г.

ветствует линия на то, чтобы «гасить» все попытки обсуждения на Конференции проблемы статуса Арктики. Встречи «пятерки» проходили на разном уровне. Известно также, что проблемы Арктики находились в поле зрения при двусторонних встречах с канадцами, другими членами «пятерки» (как на рабочем дипломатическом, так и на государственном уровнях). Документальным подтверждением консультаций «пятерки» арктических государств является, в частности, публикация канадского специалиста А. Моррисона²⁴. Он отмечает также, что при всех климатических аналогах Арктики и Антарктики правовой режим последней не вдохновил руководителей арктических государств к заимствованию элементов такого режима и их применению в Арктике: «Рассматривая Антарктику для вдохновения и заимствования с точки зрения похожести физических условий, а также потенциала правового режима, созданного Договором об Антарктике, руководители арктических государств, похоже, отказались от заимствования определенных аспектов этого режима, имея негласную договоренность о том, что путь «общего наследия», который характерен для Договора об Антарктике, им не приемлем (the leaders of the Arctic countries appear to have dismissed certain aspects of that regime, having reached an unspoken agreement that the path of "common heritage" followed in the case of the Antarctic Treaty is not one they wish to follow)»²⁵. Реальность состоит и в том, что правовые режимы Антарктики и Арктики различны.

Есть и другие научные публикации, свидетельствующие о стремлении арктических государств, участвовавших в III Конференции по морскому праву, не привносить в Арктику не свойственные ей элементы – ни договорного режима Антарктики, ни того глобального режима для других («незамерзающих») океанов, который согласовывался в ходе Конференции, т.е. сохранить тот региональный статус ледяных образований и морских районов Арктики, который сложился до начала Конференции. Так, канадские специалисты Б. Бузан и Д. Мидлмисс пишут, как делегация Канады на Конференции интенсифицировала свою деятельность, «работая со странами Севера» (working with the North States)²⁶.

Итак, нет убедительных подтверждений того, что на III Конференции ООН по морскому праву согласованная воля пяти арктических государств состояла в том, что высокоширотная Арктика должна стать объектом будущей конвенции по морскому праву. Напротив, есть свидетельства того, что понимание этих государств было иным: оба полярных региона – Арктика и Антарктика – деликатно исключались из специаль-

²⁴ А. Моррисон являлся Исполнительным Директором канадского института стратегических исследований в Торонто, а ранее – министром-советником в Постоянной миссии Канады при ООН с 1983 по 1989 г.

²⁵ Morrison A. Coming in from the Cold War: Arctic Security in the Emerging Global Climate: A View from Canada, 1997. P. 49.

²⁶ См.: Buzan B. G., Middlemiss D. W. Canadian Foreign Policy and Exploitation of the Seabed. – Canadian Foreign Policy and the Law of the Sea. Eds. B. Johnson and M. W. Zacher. Vancouver: University of Britain Columbia Press, 1977. P. 36.

ного рассмотрения на Конференции. Тем самым они и не рассматривались как объекты Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., причем на вполне логичных, убедительных основаниях: и Антарктика, и Арктика уже имели свой сложившийся специфический для каждого из этих регионов правовой статус (только договорный – в первом случае; обычно-правовой – во втором).

Несмотря на это, большинство зарубежных правоведов исходят из того, что Конвенция 1982 г. в настоящее время применима к СЛЮ, хотя США в ней не участвуют. Примечательно, что большинство таких авторов предметно не пишут, почему США не участвуют в Конвенции 1982 г., отмечая (что не вполне точно), что они считают ее частью обычного международного права. На самом деле, таковой США считают не всю Конвенцию 1982 г. После завершения III Конференции ООН по морскому праву США отказались рассматривать ч. XI Конвенции 1982 г. (о «Районе» как «общем наследии человечества») в качестве норм *jus cogens*, т.е. в качестве императивных норм международного права, исполнение которых общеобязательно (ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г.), вне зависимости от участия или неучастия государства в конкретном международном договоре, предусматривающем такую норму. В соответствии с позицией США «понятие общего наследия человечества, содержащееся в Конвенции 1982 г., не является нормой *jus cogens*». Соответственно, таковой не являются и совершенно новые для морского права положения ст. 76 Конвенции 1982 г. – о геологических, геоморфологических, батиметрических и дистанционных критериях для отграничения от Района континентального шельфа прибрежного государства за пределами 200 миль от исходных линий. Как отмечено США, текст Конвенции 1982 г. и материалы переговоров на III Конференции ООН «свидетельствуют о том, что предложения некоторых делегаций включить положения о Районе в число норм *jus cogens* было отклонено»²⁷. За исключением названных новых для морского права положений в Конвенции 1982 г., практически все другие ее нормы (в том числе те, которые не были в Женевских морских конвенциях 1958 г., например об исключительной экономической зоне) были признаны США как правила, «отражающие обычное международное право». Соответственно, эти нормы считаются в настоящее время обязательными и для США²⁸.

Согласно Конвенции 1982 г., термин «Район» означает дно морей и океанов и его недра «за пределами национальной юрисдикции» (ст. 1); «Район» – это «общее наследие человечества» – новое в морском праве понятие (его нет в Женевских конвенциях 1958 г.), обозначающее морское дно за пределами континентального шельфа каждого из тех прибрежных государств, которые его отграничили согласно ст. 76 Конвенции 1982 г.

²⁷ Third United Nations Conference on the Law of the Sea. Doc.A/CONF.62/WS/37; Add. 1-2. P. 243.

²⁸ См.: Armando R. United States Policy in the Arctic / Environmental Security in the Arctic Ocean / Ed. by P. A. Berkman and A. N. Vylegzhanin. Cambridge: Springer, 2013. P. 86.

Но осуществить процедуру отграничения посредством предоставления в Комиссию по границам континентального шельфа данных о таких границах (за 200-мильным пределом) могут только государства – участники Конвенции 1982 г. В Северном Ледовитом океане остаются «незамкнутыми» некие пределы Района: поскольку какие-то государства, прибрежные к нему, но не являющиеся участниками Конвенции 1982 г., не могут отграничить свой шельф от Района.

Возникает вопрос – наличествует или нет в этом случае Район (с не определенными точно своими пределами) с точки зрения международного права? С учетом еще и того, что Район пока не считается объектом международного обычного права в отличие от континентального шельфа. Этот вопрос не рассматривается в цитируемых трудах зарубежных юристов. Они спорят между собой об ином, в том числе о роли Комиссии по границам шельфа. Согласно Конвенции 1982 г. – это технический орган, состоящий из 21 специалиста «в области геологии, геофизики и гидрографии» (ст. 2 Приложения II к Конвенции 1982 г.).

Их функция, предусмотренная Конвенцией 1982 г., – рассмотреть, соответствуют ли критериям отграничения от Района, установленным в ст. 76, те данные о внешних границах континентального шельфа (за 200-мильным пределом), которые прибрежные государства представили в Комиссию (ст. 3 Приложения II). Но некоторые правоведы эти скромные функции, обозначенные Конвенцией 1982 г., толкуют расширительно, утверждая, что в Комиссии прибрежные государства призваны справиться с «бременем демонстрации (burden of demonstrating) своего титула на внешний континентальный шельф (of its entitlement to the outer continental shelf)²⁹. С такой расширительной ролью Комиссии, не обоснованной с точки зрения Конвенции 1982 г., не согласен другой правовед, по мнению которого «Комиссия – это группа специалистов с ограниченным мандатом (with a limited mandate) – именно с полномочием рассматривать данные и иные материалы, представленные прибрежными государствами» согласно п. 8 ст. 76³⁰.

Этот разумный подход разделяется и в другом зарубежном правовом исследовании. Его автор напоминает, что согласно ст. 76 Конвенции 1982 г., границы шельфа (за 200-мильным пределом), установленные прибрежным государством на основе рекомендаций Комиссии, «являются окончательными и для всех обязательными». Но при этом подчеркивает: таковыми являются не только границы, рекомендованные Комиссией. В обоснование приводится ссылка на решение Международного трибунала по морскому праву по спору между Бангладеш и Мьянмой 2012 г. В другом документе развенчивается также миф, что якобы лишь рекомендации Комиссии возводят границы шельфа (за 200-мильным

²⁹ *Eiriksson G.* The Case of Disagreement between a Coastal State and the Commission on the Limits of the Continental Shelf. M. Nordquist et al. (eds). *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*. Leiden, Martinus Nijhoff. 2004. P. 258.

³⁰ *Magnusson B.* *The Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles. Delineation, Delimitation and Dispute Settlement*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff, 2015. P. 40.

пределом) на уровень окончательных и для всех обязательных: в документе констатируется, что «границы континентального шельфа, которые не были установлены на основе рекомендаций Комиссии, тем не менее могут стать окончательными и обязательными ... в зависимости от последующих действий прибрежного и других государств»³¹.

Делимитация между приарктическими государствами их континентального шельфа за 200-мильным отстоянием от исходных линий, без обращения в Комиссию, правомерна. Это – вопрос, наиболее обсуждаемый в иностранной международно-правовой литературе. Исходный нормативный материал дает п. 10 ст. 76: «Настоящая статья не затрагивает вопроса о делимитации континентального шельфа между государствами с противоположащими или смежными побережьями». Означает ли это, что такие государства вправе разграничить между ними шельф, без обращения в Комиссию в целях отграничения своего шельфа от Района, согласно предыдущим пунктам этой же статьи?

Мнения зарубежных правоведов по указанному вопросу расходятся. Б. Куной пишет, что 1) *отграничение шельфа от Района* по ст. 76 и 2) *делимитация шельфа по ст. 83 между соседними государствами* за 200-мильным пределом – это «две внутренне соединенные операции», и их осуществление «подчинено правилу танго, состоящему из двух разделов-шагов, в котором рекомендации Комиссии и делимитация ... являются не только двумя отдельными шагами (not only two separate steps), но также разнесены во времени (temporally differentiated), то есть второй шаг должен следовать после первого»³². То есть сначала, по мнению автора, прибрежное государство обязано согласно ст. 76 направлять в Комиссию данные о внешних границах своего шельфа за пределами 200 миль, а уж потом оно вправе разграничить свой шельф с соседним государством³³.

Такое толкование применимого права резко критикует исландский проф. Б. Магнуссон, уличая своего датского коллегу в «игнорировании» цитированного выше п. 10 ст. 76 Конвенции 1982 г., а также ст. 9 Приложения II к ней – о том, что «действия Комиссии не наносят ущерба вопросам, касающимся делимитации границ между государствами с противоположащими и смежными побережьями». Правильнее говорить, по мнению Б. Магнуссона, не о двух последовательных, разнесенных во времени стадиях определения внешних границ континентального шельфа, а о «двух основных ипостасях» такого определения: 1) «установление границы между континентальным шельфом и международным районом морского дна (отграничение континентального шельфа)» и/или 2) «уста-

³¹ First Report of the ILA Committee examining legal aspects related to article 76 of the Convention. Cf.: *Куной В.* The Admissibility of a Plea to an International Adjudicative Forum to Delimit the Outer Continental Shelf Prior to the Adoption of Final Recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf. *The International Journal of Marine and Coastal Law.* 2010 (25). P. 7.

³² *Куной В.* Op. cit. P. 237.

³³ См.: *Ibid.* P. 238.

новление разграничительной линии между континентальными шельфами государств с прилежащими или смежными побережьями (делимитация континентального шельфа)». Причем первая ипостась определения границ шельфа не может влиять на вторую и наоборот; в этом, по мнению правоведа, состоит смысл цитированного п. 10 ст. 76³⁴.

Такое толкование, с нашей точки зрения, соответствует и доктринальному разъяснению ст. 76, представленному в многотомном Комментарий к Конвенции 1982 г., подготовленном группой зарубежных юристов-международников. Согласно Комментарию, п. 10 ст. 76 – это «спасательное положение (saving provision) для всех случаев делимитации между государствами их перекрывающихся притязаний на континентальный шельф... Это положение подчеркивает, что ст. 76 предписывает метод определения внешних границ континентального шельфа; она ни в коей мере не касается (it does not address in any way) вопроса делимитации континентального шельфа между государствами с противолежащими или смежными побережьями; последний вопрос рассматривается исключительно в ст. 83 (is addressed exclusively in article 83)» Конвенции 1982 г.³⁵

Слово «исключительно» в этом контексте подчеркивает, что положения ст. 76 не имеют никакого значения для делимитации между соседними государствами континентального шельфа, в том числе и за 200-мильным отстоянием от исходных линий. Слова «для всех случаев делимитации» означают и те случаи, когда осуществляется делимитация шельфа за 200-мильным отстоянием, в том числе когда одно из государств, между которыми разграничивается шельф, не является участником Конвенции 1982 г. Эту важнейшую констатацию авторы Комментария усиливают ссылкой на п. 4 ст. 134 Конвенции 1982 г., согласно которой ничто в ее ч. XI («Район») «не затрагивает установления внешних границ континентального шельфа ... или юридической силы соглашений, касающихся делимитации между государствами с противолежащими или смежными побережьями»³⁶. Замена авторами Комментария конвенционных слов «в настоящей статье» на слова «в Части XI» также очень показательна.

Развивается практика заключения и исполнения международных договоров, предусматривающих делимитацию континентального шельфа за пределами 200 миль от исходных линий.

Сильной стороной исследований нидерландского проф. А. Элферинка, австралийского С. Джонсона, исландского проф. Б. Магнуссона, канадского проф. М. Байерса, американского юриста и дипломата Д. Колсона является их анализ договорной практики государств в области раз-

³⁴ См.: *Magnusson B.* Is there a Temporal Relationship between the Delimitation and the Delineation of the Continental Shelf beyond 200 Nautical Miles? *The International Journal of Marine and Coastal Law.* 2013. № 28. P. 467.

³⁵ UN Convention on the Law of the Sea 1982. A Commentary. Ed.-in-Chief. M. H. Nordquist. Vol. II. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht. Boston. London. 1993. P. 883.

³⁶ *Ibid.*

граничения континентального шельфа за 200-мильным пределом. При этом надо отметить, что результаты такого анализа приводят авторов и к совпадающим, и к отличающимся по смыслу правовым констатациям. Проф. М. Байерс считает, что к настоящему времени договорная практика государств, относящаяся к делимитации континентального шельфа за 200-мильным пределом, «остается слишком ограниченной (*remain too limited*)», чтобы обеспечить «правовую ясность»³⁷. Хотя при этом автор называет шесть международных договоров, предусматривающих линию, разграничивающую между соседними государствами районы континентального шельфа за пределами 200 миль³⁸.

В отличие от такой констатации, проф. Б. Магнуссон (его работа опубликована в том же году) пишет, что «более дюжины государств уже разграничили с соседними государствами свой континентальный шельф за пределами 200 морских миль»³⁹. Отмечая, что «большая часть таких международных соглашений была заключена государствами-участниками Конвенции 1982 г., автор подчеркивает, что хотя при этом разграничивался шельф за 200-мильным пределом, без получения заранее рекомендаций Комиссии по границам континентального шельфа (согласно ст. 76 Конвенции 1982 г.). Тем не менее «против такой практики не было протестов со стороны какого-либо государства (*this practice has not been pretested against by any state*)»⁴⁰. Эта уже внушительная договорная практика государств по делимитации континентального шельфа на основе ст. 83 Конвенции 1982 г., отражающей обычное международное право, «без какого-либо задействования Комиссии по границам континентального шельфа (*without any involvement of the CLCS*)», характеризуется автором при точном указании названий и дат многочисленных международных договоров⁴¹.

³⁷ *Byers M.* International Law and the Arctic. Cambridge University Press. Cambridge. UK. New York. USA. 2013. P. 74.

³⁸ См.: *Ibid.* P. 71.

³⁹ *Magnusson B.* Is there a Temporal Relationship... P. 471.

⁴⁰ *Ibid.* P. 472.

⁴¹ См.: *Ibid.* P. 472–473: Agreement between The Gambia and the Republic of Senegal (adopted 4 June 1975; entered into force 27 August 1976) Limits in the Seas No. 85 (1979). См.: Preliminary Information Indicative of the Outer Limits of the Continental Shelf and Description of the Status of Preparation for Making a Submission to the Commission on the Limits of the Continental Shelf for the Republic of Gambia (4 May 2009) 7; Document d'Informations Preliminaires Indicatives sur les Limites Exterieures du Plateau Continental et Description de l'Etat d'Avancement du Dossier et Prevision de Date a Laquelle Sera Soumis le Dossier National a la Commission des Limites du Plateau Continental des Nations Unies (12 May 2009) 9 (1975/2009 Gambia-Senegal Agreement); Treaty between Australia and the Independent State of Papua New Guinea Concerning Sovereignty and Maritime Boundaries in the Area between the Two Countries, Including the Area Known as Torres Strait, and Related Matters (adopted 18 December 1978; entered into force 15 February 1985) 18 ILM 291; Agreement on Marine Delimitation between the Government of Australia and the Government of the French Republic (adopted 4 January 1982; entered into force

В статье американского юриста и дипломата Д. Колсона, по итогам его анализа лишь первых семи из международных договоров о делимитации шельфа за пределами 200 миль от исходных линий, отмечено, что такие договоры имеют некие общие черты, одна из которых в том, что принципы, методы и критерии делимитации (delimitation) шельфа, примененные государствами в пределах 200 миль, не изменяются и при делимитации шельфа за 200-мильным удалением. При этом критерии отграничения (delineation) шельфа от «общего наследия человечества», предусмотренные ст. 76 Конвенции 1982 г., хотя и учитывались при определении того, насколько далеко простирается шельф, но никак не влияли на местоположение разграничительной линии⁴².

Директор Нидерландского института морского права проф. А. Элферинк и сотрудник этого же института австралийский юрист С. Джонсон, рассматривая практику государств, в том числе взаимодействующих с Комиссией по границам континентального шельфа, отмечают, что согласно п. 10 ст. 76 Конвенции 1982 г., на остальные положения этой статьи, включая критерии отграничения (delineation) от международного района морского дна, изложенные в п. 8 и 9 ст. 76, «нельзя ссылаться,

9 January 1983) 1329 UNTS 107; Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of Ireland Concerning the Delimitation of Areas of the Continental Shelf between the Two Countries (adopted 7 November, 1988; entered into force 11 January 1990) 13 LOSB 48; Agreement between the Government of Solomon Islands and the Government of Australia Establishing Certain Sea and Sea-bed Boundaries (adopted 13 September 1988; not in force) 12 LOSB 19; Treaty between the Republic of Trinidad and Tobago and the Republic of Venezuela on the Delimitation of Marine and Submarine Areas (adopted 18 April, 1990; entered into force 23 July 1991) 1654 UNTS 300; Agreement Between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Maritime Boundary (adopted 1 June 1990; entered provisionally into force 15 June 1990; not in force) 29 ILM 941 (1990 USA-USSR Agreement); Treaty between the Government of Australia and the Government of the Republic of Indonesia Establishing an Exclusive Economic Zone Boundary and Certain Seabed Boundaries (adopted 14 March 1997; not in force) 36 ILM 1053; Treaty between the Government of the United States of America and the Government of the United Mexican States on the Delimitation of the Continental Shelf in the Western Gulf of Mexico beyond 200 Nautical Miles (adopted June 9, 2000; entered into force 17 January 2001) 2143 UNTS 417; Treaty between the Government of Australia and the Government of New Zealand Establishing Certain Exclusive Economic Zone Boundaries and Continental Shelf Boundaries (adopted 25 July 2004; not in force) 55 LOSB 40; Agreement between the United Republic of Tanzania and the Republic of Kenya on the Delimitation of the Maritime Boundary of the Exclusive Economic Zone and the Continental Shelf (adopted 23 June 2009; not in force) 70 LOSB 54 (2009 Kenya-Tanzania Agreement); Agreement between the Government of the French Republic and the Government of Barbados on the Delimitation of Maritime Areas between France and Barbados (adopted 15 October 2009; not in force) ORF no. 0016 20 January 2010, 1176 text no. 6 in the French Official Gazette.

⁴² См.: *Colson D.* The Delimitation of the Outer Continental Shelf between Neighboring States. *American Journal of International Law.* 2003. P. 96–97.

когда затрагивается делимитация континентального шельфа (cannot be invoked where the delimitation of the continental shelf is concerned)⁴³.

Налицествует судебная практика по спорам о делимитации континентального шельфа за пределами 200 миль от исходных линий. В уже цитированном решении международного арбитража по спору между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго арбитраж счел, что он компетентен рассматривать вопрос «о делимитации морской границы в той части континентального шельфа, которая простирается за пределы 200 морских миль»⁴⁴. Но он не стал проводить эту линию делимитации, поскольку стороны ставили перед ним задачу провести «единую морскую границу» (т.е. разграничивающую между двумя государствами районы и континентального шельфа, и 200-мильной исключительной экономической зоны), а следовательно, как констатировал арбитраж, «между Барбадосом и Тринидад и Тобаго нет единой разграничительной линии за пределами 200 морских миль (there is no single maritime boundary beyond 200 nm)⁴⁵.

В решении международного арбитража по спору между Гайаной и Суринамом арбитражный суд констатировал, что стороны «не приглашали его осуществить делимитацию морских районов за пределами 200 морских миль от исходных линий Гайаны и Суринама». В силу этого арбитражный суд «не касается вопросов, связанных с делимитацией» таких районов шельфа⁴⁶.

В связи с этим Б. Куной пишет, что оба арбитража «на концептуальном уровне (at the conceptual level)» восприняли обращение разных прибрежных государств осуществить делимитацию шельфа за 200-мильным пределом⁴⁷.

Еще четче оценивает эти арбитражные решения Б. Магнуссон. По его мнению, «международный арбитраж придерживался мнения о том, что в общем он компетентен осуществить делимитацию континентального шельфа» за 200-мильным пределом; и он осуществил бы такую делимитацию, если бы стороны спора обратились за этим к нему⁴⁸. Ученый исходит из этого же понимания применимого права, оценивая значение решения Международного суда ООН по территориальному и морскому спору между Никарагуа и Гондурасом, вынесенного в 2007 г. В данном

⁴³ *Elferink A., Johnson C. Submissions to the CLCS in Cases of Unresolved Land and Maritime Disputes: the Significance of Article 76 (10) of the LOS Convention./ Paper presented at SLS and BIICL Symposium on the Law of the Sea. London. 22–23 March 2005. P. 2–3.*

⁴⁴ *In the Matter of an Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago (Barbados v. Republic of Trinidad and Tobago). Arbitration Tribunal. 2006. 45 ILM 800, 835. Para 217.*

⁴⁵ *Ibid. P. 856. Para 368.*

⁴⁶ *Guyana and Suriname (Guyana v. Suriname) Arbitration Tribunal. 2007. 47. ILM 166, 215, para 353.*

⁴⁷ *См.: Кыной В. The Admissibility of a Plea to an International Adjudicative Forum... P. 257.*

⁴⁸ *См.: Magnusson B. Is there a Temporal Relationship... P. 474.*

решении Суд, рассматривая конкретный спор между названными государствами, отметил, что «в этом отношении разграничительная линия ни в коем случае не может быть истолкована как простирающаяся более чем на 200 морских миль от исходных линий»⁴⁹.

Комментируя это, проф. Б. Магнуссон поясняет: «Стороны в деле Никарагуа против Гондураса не просили Суд разграничить континентальный шельф за пределами 200 миль от исходных линий». Но, отмечает автор, «данную констатацию Суда нельзя понимать в том смысле, что Суд решил, будто бы отграничение должно продолжаться в делимитации (that delineation must proceed delimitation)»⁵⁰.

Наиболее обстоятельным и авторитетным источником, применимым к вопросам отграничения и разграничения шельфа, большинство иностранных правоведов считают решение Международного трибунала по морскому праву, вынесенное в 2012 г. по спору между Бангладеш и Мьянмой. В этом решении Трибунал сделал ряд важнейших правовых выводов.

Во-первых, о том, что он компетентен рассматривать спор о делимитации континентального шельфа за 200-мильным пределом и в данном случае, когда Комиссия по границам континентального шельфа не выносила рекомендаций по представленным сторонами спора данным о внешних границах их шельфа за 200-мильным отстоянием от исходных линий: «Трибунал считает, что ... он обязан рассмотреть данный спор и осуществить делимитацию между сторонами континентального шельфа за пределами 200 морских миль»⁵¹.

Во-вторых, Трибунал счел необходимым «проводить различие между понятием титула на континентальный шельф за пределами 200 морских миль и понятием внешних границ континентального шельфа»⁵². Титул, или основание прав на континентальный шельф, по мнению Трибунала, не зависит от процедур обращения в Комиссию по границам континентального шельфа. В обоснование этого Трибунал сослался на п. 3 ст. 77 Конвенции 1982 г., согласно которому права «прибрежного государства на континентальный шельф не зависят от эффективной или от фиктивной оккупации им шельфа или от прямого об этом заявления». В отличие от порядка определения внешних границ шельфа, согласно п. 8 ст. 76 Конвенции 1982 г., именно порядок предоставления в Комиссию прибрежным государством данных о таких границах имеет значение.

Как подчеркнул Трибунал, «титул прибрежного государства на континентальный шельф существует в силу единственного факта (exists by the sole fact), именно того, что наличествует основание такого титу-

⁴⁹ Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras). Judgment. 2007. ICJ Rep. 659, 759. Para 319.

⁵⁰ Magnusson B. M. Is there a Temporal Relationship... P. 475.

⁵¹ Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar). Judgment. 2012. Para 394.

⁵² Ibid. P. 119. Para 406.

ла (the basis of entitlement) – суверенитет над сухопутной территорией (sovereignty over the land territory). Это основание не требует дополнительно еще и установления внешних границ континентального шельфа»⁵³. В данном случае отметим, Трибунал совершенно последовательно поддержал, используя слова Международного суда ООН, «наиболее фундаментальную из всех правовых норм, относящихся к континентальному шельфу», – правило о том, что права прибрежного государства в отношении континентального шельфа «существуют *ipso facto* и *ab initio* в силу его суверенитета над этой территорией»⁵⁴.

Развивая этот подход, Трибунал подчеркнул: «Тот факт, что внешние границы континентального шельфа за пределами 200 морских миль не установлены, не означает, что Трибунал должен воздержаться от определения наличия титула на континентальный шельф и его делимитацию между соответствующими государствами»⁵⁵. Трибунал указал, что «поскольку вопрос об основаниях прав сторон спора на континентальный шельф за пределами 200 морских миль затрагивает те аспекты, которые в основном имеют юридический характер (are predominantly legal in nature), Трибунал может и должен определить, имеют ли стороны спора титул на континентальный шельф в данном конкретном деле»⁵⁶.

Исландский проф. Б. Магнуссон, комментируя это же решение Трибунала, в контексте иных судебных, арбитражных решений по схожим спорам, а также договорной практики государств в области разграничения шельфа за 200-мильным пределом, делает значимый вывод о том, что «прибрежным государствам нет необходимости ждать рекомендаций Комиссии по границам континентального шельфа (coastal states need not wait for the recommendations of the CLCS) для того, чтобы обратиться в международный суд или трибунал в целях делимитации их континентального шельфа за 200-мильным пределом»⁵⁷. Добавим: для того чтобы осуществлять такую делимитацию не только путем обращения в международные судебные и арбитражные органы, но и путем непосредственных переговоров между государствами с противолежащими или смежными побережьями.

Таким образом, в отличие от официальной позиции НАТО Конвенция 1982 г. не является «основой для управления Северным Ледовитым океаном». Она составляет только один из договорных источников, применимых к регулированию отношений между государствами в Арктике; при этом положения ее ч. XI (о «Районе»), а также ст. 76 (об отграничении от Района шельфа) не являются частью международного обычного права.

Всё дно СЛЮ за внешним пределом территориального моря пяти приарктических государств составляет в нынешней правовой ситуации

⁵³ Ibid. Para 409.

⁵⁴ ICJ Report. 1969. P. 22.

⁵⁵ Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh v. Myanmar). Judgment. 2012. Para 410.

⁵⁶ Ibid. Para 413.

⁵⁷ *Magnusson B.* Is there a Temporal Relationship... P. 482.

только арктический шельф; здесь *нет района «общего наследия человечества»*, и полномочия Международного органа по морскому дну не распространяются на морское дно в СЛЮ.

Делимитация (delimitation) арктического шельфа между государствами с противоположащими или смежными побережьями – это *самостоятельная область отношений этих государств*. Она не зависит от того, осуществило ли какое-то из таких государств отграничение своего шельфа от Района – «общего наследия человечества» (delineation). В СЛЮ данное отграничение, с учетом изложенных выше обстоятельств, в том числе неучастия США в Конвенции 1982 г., другие приарктические государства не обязаны осуществлять. Вместе с тем нет на то и запрета.

Делимитация континентального шельфа между приарктическими государствами возможна, прежде всего, на основе норм международного *обычного права*, с учетом уже сложившейся *договорной практики государств* в области делимитации континентального шельфа за пределами 200 морских миль от исходных линий.

Правомерность подобной договорной практики государств уже подтвердил Международный трибунал по морскому праву. Он усилил сформулированную в 1969 г. Международным судом ООН «наиболее фундаментальную» норму о том, что права прибрежного государства в отношении континентального шельфа «существуют *ipso facto* и *ab initio*, в силу его суверенитета» над соответствующей прибрежной территорией; эти права прибрежного государства *не зависят от его участия или неучастия в Конвенции 1982 г. или в ином международном договоре*.

В международном праве нет оснований для *расширительного толкования* полномочий сугубо технического органа – Комиссии по границам континентального шельфа. Конвенцией 1982 г. не предусмотрено никакого «*бремени доказывания*» в Комиссии прибрежным государством неких прав на шельф за пределами 200 миль от исходных линий (или «*бремени демонстрации*»). Нет, согласно общему международному праву, никаких полномочий у Комиссии вмешиваться в усилия *приарктических государств по разграничению между ними арктического шельфа*.

МГИМО МИД России

302

Вылегжанин А. Н., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного права

E-mail: vylegjanin@mgimo.ru

Тел.: 8-985-442-75-48

Аналитический центр при Правительстве России

Дудыкина И. П., кандидат юридических наук

E-mail: inna_mel3008@mail.ru

Тел.: 8-916-571-43-26

MGIMO-University

Vylegzhanin A. N., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the International Law Department

E-mail: vylegjanin@mgimo.ru

Тел.: 8-985-442-75-48

Analitical Center Attached to the Government of the Russian Federation

Dudykina I. P., Candidate of Legal Sciences

E-mail: inna_mel3008@mail.ru

Тел.: 8-916-571-43-26

**ВОПРОСЫ ТОЛКОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ ПАКТОВ
О ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА (К 50-ЛЕТИЮ ПРИНЯТИЯ)**

А. С. Исполинов

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Поступила в редакцию 29 января 2017 г.

Аннотация: *рассматривается практика толкования и применения положений двух международных пактов о правах человека. Показано, что их толкование оказалось менее смелым, чем толкование аналогичных положений региональных соглашений о правах человека, даваемое региональными судами. В качестве одного из объяснений этого феномена указывается разница в адресатах толкования для региональных судов (страны одного региона) и для Комитетов, где адресатами являются более 160 самых различных стран со своими культурными, политическими и правовыми традициями.*

Ключевые слова: *пакты о правах человека, Комитет по правам человека, толкование, применение.*

Abstract: *the author considers a practice of interpretation and allocation of the two international Covenants of human rights by specifically created for these purposes within framework of the Covenants Human rights Committees. The author posits that interpretation made by the Committees appeared to be modest in comparison to the jurisprudence of the regional human rights courts. As one of the explanations of this phenomena the author present a difference in the addressees of the interpretations for the regional courts of human rights (countries of the same region) and for the Human rights Committees where the addressees are more than 160 counties with different political, cultural and legal traditions.*

Key words: *International Covenants of human rights, Human rights Committee, interpretation, application.*

В 2016 г. общественность отметила 50-летие пактов о правах человека, ставших первыми в истории универсальными международными договорами о защите прав человека. Вместе с Декларацией о правах человека 1948 г. эти два пакта образуют триаду документов, получившую название Международного билля о правах человека. Полувековая практика применения пактов представляет собой крайне интересный материал для анализа, приводящий к неожиданным выводам и вносящий новые нюансы в важнейшие проблемы современного международного права и международного правосудия.

Начать следует с того, что пактам, на самом деле, гораздо больше лет, если принимать во внимание 20-летнюю историю их разработки. Еще в 1946 г. Генеральная Ассамблея ООН на своей первой сессии рассмотрела проект Декларации о правах человека и направила его в Комитет о правах человека для разработки Международного билля (конвенции) о правах человека.

Желание СССР видеть в качестве приоритетных социально-экономические права и не менее активное желание западных стран считать таковыми гражданские и политические права привело к тому, что в итоге абсолютно сознательно было принято решение подготовить два документа – Пакт о гражданских и политических правах и Пакт об экономических, социальных и культурных правах – и предоставить государствам самим решать, как и в какой очередности эти договоры подписывать.

Первый пакт содержал так называемые права первого поколения (если следовать классификации поколений прав человека, предложенной К. Васаком¹), подразумевающие негативные обязательства государств (не лишать жизни, не пытаться, не препятствовать и т.д.). При этом предполагалось, что эти обязательства вступают в силу для государств немедленно с момента их присоединения к этому пакту.

Второй пакт регулировал права второго поколения – вопросы занятости, труда, образования, здравоохранения, социального обеспечения. Они подразумевали позитивные обязательства для государств: что-то предпринять, что-то сделать, например обеспечить достаточный уровень жизни. С учетом различных возможностей государств и разного уровня их развития предполагалось постепенное осуществление ими признаваемых в пакте прав.

Оба пакта стали также первыми универсальными соглашениями по правам человека, которые предусматривали механизмы по мониторингу и контролю за соблюдением государствами своих обязательств. Речь о создании Суда по правам человека не шла, это было бы слишком смело для того времени. Тому же Европейскому суду по правам человека, который был создан в 1950 г., потребовалось почти 50 лет, чтобы европейские страны согласились в 1998 г. на его обязательную юрисдикцию.

В рамках каждого пакта создавался Комитет по правам человека в составе 18 экспертов с признанной репутацией и необходимой квалификацией. В юрисдикцию Комитетов входило:

а) рассмотрение докладов государств об исполнении ими своих обязательств по пактам, причем доклады должны были предоставляться по истечении года с момента присоединения государства к пакту или по требованию Комитета;

б) рассмотрение межгосударственных жалоб, при условии предварительного признания государством права Комитета принимать их;

в) рассмотрение жалоб частных лиц на действия государств, причем порядок такого рассмотрения регулировался отдельным факультатив-

¹ К правам первого поколения относятся гражданские и политические индивидуальные права, исторически появившиеся первыми. К правам второго поколения К. Васак относит социальные, экономические и культурные права, получившие признание после Второй мировой войны. Третье поколение прав представлено правами на здоровую окружающую среду, устойчивое развитие, правом на культурное наследие (см.: *Vasak K. Human Rights: A Thirty-Year Struggle: The Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights // UNESCO Courier. 1977. Nov. 19. P. 28–29).*

ным протоколом к каждому пакту. Факультативность протоколов заключалась в том, что государства могли стать участниками одного или обоих пактов, но при этом не присоединяться к протоколам.

Рассматривая доклады и жалобы, Комитеты при установлении фактов нарушения государствами своих обязательств по пактам могли лишь делать рекомендации об устранении выявленных нарушений, при этом никакой компенсации заявителям или санкций за неисполнение рекомендаций не предусматривалось. Сами же Комитеты не являлись постоянно действующими органами, собираясь лишь на ограниченное время в течение календарного года.

Оба пакта (как и факультативный протокол к первому пакту) вступили в силу в 1976 г. Разработанный гораздо позже факультативный протокол к Пакту об экономических, социальных и культурных правах вступил в силу в 2013 г. Сейчас уже очевидно, что принятие в 1966 г. пактов заслуженно стало событием в мировой политике и в международном праве. Тем не менее за 50 лет стало очевидно следующее.

Во-первых, оба пакта отличает почти всеобщее участие государств. В Пакте о гражданских и политических правах состоит 168 государств (вне пакта остаются 29 стран). В Пакте о социально-экономических и культурных правах состоят 164 государства (вне пакта – 33).

Не менее интересен список государств, решивших остаться вне того или иного пакта. США отказались ратифицировать второй пакт, посчитав неприемлемым для себя право на всеобщую занятость. Китай участвует только во втором пакте. Вне обоих пактов остаются Саудовская Аравия, Катар, Арабские Эмираты, Бахрейн, Малайзия, Куба.

Гораздо меньше стран оказались готовы предоставить своим гражданам право подавать жалобы в Комитеты. Вне протокола к Пакту о гражданских и политических правах остаются 70 стран, среди них: США, Великобритания, Индия, Китай, почти все страны Ближнего и Среднего Востока и даже Швейцария. В факультативном протоколе к Пакту о социально-экономических и культурных правах пока участвует 21 страна.

Россия является участником обоих пактов и протокола к первому пакту, однако пока остается вне протокола ко второму пакту.

Во-вторых, не менее интересной оказалась жизнь пактов после их вступления в силу. Оба пакта отличает крайне высокая степень абстракции при формулировании прав человека. В качестве примера можно привести провозглашенное в первом пакте право на жизнь; при этом за рамками остается такой фундаментальный вопрос как момент возникновения этого права – с момента рождения ребенка или раньше? Любая попытка дать ответ на данной вопрос означает и попытку решения крайне противоречивой и очень чувствительной для общества проблемы абортов. Не менее важным является вопрос о соотношении права на жизнь с правом на смерть, здесь мы сталкиваемся с такой серьезной проблемой, как эвтаназия.

Комитеты по правам человека, получая доклады от государств и жалобы от частных лиц, оказались перед необходимостью толкования лако-

ничных положений пактов, чтобы наполнить их конкретным содержанием, применив их к конкретной рассматриваемой ситуации. Теоретически такое толкование может быть дано и всеми государствами – участниками пактов, но на практике реальность того, что будет найден консенсус всех 160 стран по конкретной ситуации, является ничтожной. Комитеты, которым государства делегировали функцию контроля за исполнением другими государствами своих обязательств по пактам, оказались более удобным инструментом для такого толкования, накопив за годы своей деятельности весьма обширную и интересную практику.

Исследователи отмечают, что государства, как правило, следуют в своей практике толкованию, данному Комитетами, и случаи открытого несогласия с выводами Комитетов достаточно редки². В качестве примера такого противостояния можно привести открыто выраженное несогласие США и Великобритании с мнением Комитета об экстерриториальном применении Пакта о гражданских и политических правах. В 2005 г. Комитет по правам человека в рамках Пакта о гражданских и политических правах выпустил Общий комментарий (аутентичное толкование, не имеющее при этом обязательной силы), в котором он заявил, что «государства-участники в соответствии с п. 1 ст. 2 должны уважать и обеспечивать права по данному Пакту всем лицам, находящимся на их территории или под их юрисдикцией», допуская тем самым экстерриториальное применение пакта³. В том же 2005 г. США в своем объединенном втором и третьем докладах пришли к выводу, что «обязательства, принятые на себя государством – участником пакта, применяются только на территории данного государства»⁴.

Интересно, что свое мнение о юридической силе рекомендаций Комитета по правам человека в 2010 г. высказал Международный суд ООН в решении по делу Diallo. Суд заявил, что при осуществлении своих судебных функций он ни в коей мере не связан толкованием Пакта о гражданских и политических правах, данным Комитетом, которое будет лишь учитываться при толковании пакта Международным судом ООН⁵. Тем не менее Международный суд ООН указал, что практике Комитета должен быть придан «особый вес», поскольку Комитет был создан именно с целью контроля за применением государствами пакта.

В-третьих, чтобы дать толкование тех или иных положений пактов, Комитетам (так же как и любым международным и национальным су-

² См.: *Mechlem K.* Treaty Bodies and the Interpretation of Human Rights // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2009. Vol. 42. P. 920.

³ См.: Human Rights Committee, General Comment No. 31, Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (May 26, 2004).

⁴ U.N. Human Rights Comm., Third Periodic Reports of States Parties Due in 2003: United States of America, U.N. Doc. CCPR/C/USA/3 (Nov. 28, 2005), Annex I. para. 109.

⁵ ICJ, *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*, Merits, Judgment [2010] ICJ Rep 639, para. 66.

дам) нужны были запросы в виде жалоб или исков. И здесь статистика дает неожиданные цифры. За все время существования Комитетов в них не поступило ни одной межгосударственной жалобы, хотя именно этот вариант виделся наиболее реалистичным при разработке пактов. Вместе с тем, как и в международных судах, «выстрелили» жалобы частных лиц, которые остаются главным драйвером всей практики Комитетов по толкованию и применению пактов. В рамках первого пакта Комитет получил 2756 жалоб; рассмотрел 1155, из них нарушения были найдены в 975 случаях⁶. В рамках второго пакта получено 13 жалоб⁷, но там право частных лиц на жалобы появилось в 2013 г.

В-четвертых, используемая Комитетами техника толкования пактов оказалась не такой смелой и изощренной, как у региональных судов по правам человека, таких как Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) и Межамериканский суд по правам человека. Оба Суда рассматривают свои конвенции как «живой инструмент», который надо толковать исходя из потребностей сегодняшнего развития общества, а не отталкиваясь от намерений государств на момент разработки текста⁸.

Такой сдержанный подход Комитетов по правам человека волне объясним. Следует исходить из того, что толкование международных договоров – это всегда процесс убеждения адресатов толкования в том, что оно необходимо, корректно и аргументировано. Необходимо также принимать во внимание очевидную разницу в адресатах толкования, которое дают региональные суды, и которое предлагают Комитеты. Комитеты просто вынуждены учитывать, насколько отличаются его адресаты толкования – государства – участники пакта, среди которых есть страны богатые и бедные, христианские и мусульманские, авторитарные и демократические. Понимая, что невозможно представить одно толкование нормы пакта для развитых стран и другое толкование той же нормы для развивающихся государств, Комитеты вынуждены искать некий общий знаменатель, который устроил бы все (или почти все) страны-участницы. Бывший член Комитета по правам человека, ставшая потом Председателем Международного суда ООН, Розали Хиггинс так описывала эту ситуацию выбора: «...что может быть подходящим и чувствительным для

⁶ Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, March 2016. URL: <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

⁷ Statistical survey of individual complaints dealt with by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, May 2016. URL: <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

⁸ ЕСПЧ впервые сфокусировал эту доктрину в своем решении по делу *Tyler v United Kingdom*, App no 5856/72, 25 April 1978, para. 31. Межамериканский суд по правам человека сформулировал схожий подход в консультативном заключении: *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, Advisory Opinion OC-16/99, 1999 Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 16, para. 114–15 (Oct. 1, 1999).

западноевропейских демократий, необязательно подходит для глобальной системы, включающей в себя самые разнообразные политические и экономические системы»⁹.

Велик риск толкования, которое окажется неприемлемым для государств. Как показывает история пактов, ответная реакция государств на неприемлемое толкование может быть самой жесткой, вплоть до выхода из-под юрисдикции Комитета или даже из всего международного договора в целом.

Так, две карибские страны – Ямайка и Тринидад и Тобаго – не колебались в отношении выбора ответных действий по отношению к рекомендациям Комитета Пакта по гражданским и политическим правам, который не учел особенности этих стран. В начале 1990-х гг. обе страны перешли к решительным мерам по борьбе с тяжкими преступлениями, сделав в том числе смертную казнь в качестве обязательной меры наказания за умышленное убийство. Как результат Комитет по правам человека начал получать многочисленные жалобы от приговоренных к смертной казни, которые в ожидании утверждения приговора всеми судебными инстанциями проводили в камере смертников по 3–4 года.

Следуя практике ЕСПЧ, Комитет по правам человека, начиная с дела Pratt, стал рассматривать длительное рассмотрение апелляций заявителей на смертные приговоры как нарушение Пакта о гражданских и политических правах и рекомендовал изменить приговоры на более мягкие¹⁰. Чувствуя за собой поддержку населения, которое устало от разгула преступности, оба государства незамедлительно вышли из факультативного протокола к первому пакту¹¹.

В-пятых, пакты оказались в состоянии горизонтальной конкуренции с остальными контрольными органами, созданными в рамках других универсальных конвенций о правах человека. Помимо Комитетов, созданных в рамках пактов, в системе ООН в настоящее время действуют еще восемь других комитетов, образованных в рамках универсальных специализированных конвенций о правах человека. Все они выполняют те указанные выше функции, что и Комитеты, включая право рассматривать жалобы частных лиц. Это неизбежно порождает несколько проблем.

О первой проблеме весьма красноречиво высказался Л. Хелфер, посетовав, что «весь объем универсальных норм о защите прав человека не существует в виде единого комплексного договора или кодекса. Скорее наоборот, права и свободы разбросаны по сложной паутине пересекающихся универсальных, региональных и специализированных соглашений, многие из которых содержат идентичные, сходные или даже противоречащие друг другу стандарты. С учетом децентрализованной системы

⁹ *Higgins Rosalyn*. The United Nations: Still a Force for Peace // *Modern Law Review*. 1989. Vol. 52. P. 8.

¹⁰ Pratt, [1994] 2 A.C. at 24–26.

¹¹ Более подробно об этом см.: *Helffer L*. Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash Against Human Rights Regimes // *Columbia Law Review*. 2012. Vol. 102. P. 1832–1911.

индивидуальных жалоб на универсальном уровне это создает весомые резоны для индивида для выбора наиболее удобного места для рассмотрения своей жалобы (*forum shopping*)»¹².

Однако гораздо более серьезно смотрится проблема различных толкований комитетами идентичных положений соответствующих конвенций. А. Харрингтон видит в этом опасность фрагментации защиты прав человека на универсальном уровне, которая как раз и заключается во множестве комитетов, куда может обратиться с жалобой частный заявитель¹³. По ее мнению, разбросанность основных прав и свобод человека по нескольким международным договорам, а также наличие нескольких путей для обжалования одних и тех же действий государств заявителями отнюдь не создает большей целостности в понимании и в гарантированности прав человека.

В-шестых, еще большая конкуренция развернулась между пактами и региональными системами по защите прав человека (европейской, американской и африканской), в рамках которых были созданы полноценные суды, получившие право выносить обязательные решения и присуждать заявителям хоть какую-то компенсацию, что разительно отличало их в лучшую сторону от таких квазисудебных органов, как комитеты.

Поистине уникальная ситуация сложилась в Европе, где все страны участвуют в пактах; признавая юрисдикцию комитетов, они почти все участвуют в Европейской конвенции о правах человека 1950 г., которая предусматривает обязательную юрисдикцию ЕСПЧ, а 28 стран являются членами Европейского союза, у которого есть своя Хартия основных прав, успешно применяемая Судом ЕС. В этой ситуации неудивительно, что пакты и созданные в их рамках Комитеты играют в Европе мало-заметную роль. В этом отношении показательны цифры, относящиеся к российским заявителям, выбор которых вполне очевиден. Начиная с 1991 г., комитет пакта по социальным и политическим правам получил из России всего 118 жалоб¹⁴; при этом ЕСПЧ только за 2015 г. рассмотрел 6172 жалобы российских граждан¹⁵.

В-седьмых, оказалось, что у пактов крайне низкая степень исполнимости государствами как своих обязательств по пактам, так и решений Комитетов. 20 % государств вообще ни разу не представили свои отчеты

¹² *Helper L.* Forum shopping for human rights // *University of Pennsylvania Law Review*. 1999. Vol. 148. № 2. P. 285–400.

¹³ См.: *Harrington A.* Don't Mind the Gap: The Rise of Individual Complaint Mechanisms Within International Human Rights Treaties // *Duke Journal of Comparative & International Law*. 2012. Vol. 22. P. 181.

¹⁴ Statistical survey of individual complaints dealt with by the Human Rights Committee under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, March 2016. URL: <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx>

¹⁵ ECHR. 2015. Annual report. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2015_ENG.pdf

в Комитеты, как того требуют пакты¹⁶. Уровень исполнения решений Комитета первого пакта при рассмотрении им жалоб частных лиц еще ниже – 12 %¹⁷, в то время как уровень исполнения решений ЕСПЧ – 80 %¹⁸.

Возникает вопрос: какие выводы можно сделать из этой статистики (а это и показатель восприятия государствами толкования, даваемого судами и комитетами)? Решения международных судов исполняются чаще, чем решения квазисудебных учреждений, в силу уже упомянутой разницы в обязательности решений и самого авторитета судебной власти. То есть восприятие толкования и исполнение решений зависят от того, от кого они исходят.

Кроме того, восприятие толкования зависит и от того, кому оно адресовано. У ЕСПЧ адресатами решений являются европейские государства, у которых имеется схожее понимание в отношении содержания конкретных прав человека и аналогичное видение ценностей. Комитеты, созданные в рамках пактов, имеют в качестве адресатов своих решений широкий и неоднородный круг государств, у которых различное понимание содержания закрепленных в пактах прав. Например, права на достаточное питание и достаточное жилище однозначно будут по-разному восприниматься в сытой Европе и в голодной Африке. В этой ситуации всегда будет достаточное количество стран, не принимающих то или иное толкование, данное комитетом.

Помимо этого, в исполнении государствами своих обязательств по пактам имеются и другие особенности. Государства, которые разрешили гражданам подавать жалобы в Комитеты, стараются в целом исполнять свои обязательства более аккуратно, чем те, которые этого не делали. Однако главный парадокс, отмечаемый исследователями на основе анализа обширного материала, состоит в том, что ратификация пактов отнюдь не всегда означает улучшение ситуации с правами человека в данной стране. О. Хатауэй, который первым отметил эту особенность, исходит из двойственной роли, которую играет ратификация международных договоров о правах человека, полагая, что по своей природе договоры носят инструментальный и в то же время экспрессивный характер¹⁹. Инструментализм состоит в том, что эти договоры создают нормы, призванные изменить практику государств, а экспрессивный характер заключается в желании государств посредством ратификации показать другим странам, всему миру приверженность защите прав человека, причем не всегда эта позиция является

¹⁶ Strengthening the United Nations human rights treaty body system. A report by the United Nations High Commissioner for Human Rights. Navanethem Pillay. June 2012. UN Doc. A/66/860 (2012) 94 (Pillay report), p. 21.

¹⁷ Report of the HRC, UN Doc. A/64/40 (Vol. I) (Oct. 2008–Jul. 2009), para. 232.

¹⁸ См.: Posner J. E. Judicial Independence in International Tribunals // California Law Review. 2005. Vol. 93. P. 53.

¹⁹ Hathaway Oona A. Do Human Rights Treaties Make a Difference? // The Yale Law Journal. 2002. Vol. 111, p. 2025.

искренней. В этом случае ратификация используется как заменитель реальных улучшений ситуации с правами человека.

Еще один парадоксальный вывод из ситуации с соблюдением государствами своих обязательств по пактам состоит в том, что предложение об усилении контроля за государствами и привлечении их к ответственности может натолкнуться на несколько серьезных препятствий и в принципе оказаться контрпродуктивным.

Во-первых, система контроля и мониторинга, заложенная в пактах в 1966 г., оказалась неважно приспособленной для современного адекватного отслеживания ситуации с соблюдением пактов во всех 160 странах-участницах. Известность получил парадокс Н. Пиллэ, названный так по имени Верховного комиссара ООН по правам человека, подготовившей доклад об усилении эффективности комитетов по правам человека, созданных на уровне ООН²⁰. Суть в том, что система мониторинга и контроля в рамках пактов (особенно в случае с Пактом о гражданских и политических правах) действует сейчас на грани возможного только благодаря неполному и несвоевременному исполнению государствами своих обязательств²¹. Собирающиеся на несколько недель в году Комитеты просто не в состоянии обработать все поступившие доклады государств и жалобы частных лиц, что уже привело к увеличению числа нерассмотренных обращений и увеличению сроков рассмотрения до 3–3,5 лет. Во-вторых, вызывает сомнение, что государства в принципе согласятся на такое ужесточение контроля, пожертвовав для этого в принципе комфортной для них мягкостью пактов. Даже если представить, что такие изменения пактов будут согласованы, существует большая вероятность, что новая система более серьезного контроля повлечет за собой выход государств из пактов.

По нашему мнению, близкое к 100 % участие столь разных государств в обоих пактах достигнуто как раз за счет отсутствия санкций и значительной мягкости и гибкости в вопросах соблюдения норм пактов, изначально допускающих какой-то уровень их неисполнения.

Итак, несмотря на то что принятие в 1966 г. пактов о правах человека стало выдающимся событием в международной политике и международном праве, региональные системы защиты прав человека, в первую очередь в Европе и Америке, оказались эффективнее и успешнее, чем пакты, причем не только за счет создания региональных судов, но и за счет более однородной группы адресатов толкования соответствующих договоров о защите прав человека.

Достигнутый в пактах уровень сотрудничества и контроля в настоящее время является тем максимумом, на который готовы пойти госу-

²⁰ Strengthening the United Nations human rights treaty body system. A report by the United Nations High Commissioner for Human Rights. Navanethem Pillay. June 2012 UN Doc. A/66/860 (2012) 94.

²¹ *Shany Y.* The Effectiveness of the Human Rights Committee and the Treaty Body Reform // The Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law. Research Paper No. 2–13.

дарства на универсальном уровне, изначально допускает некий люфт в исполнении обязательств по этим соглашениям. Именно поэтому сегодня иллюзорны высказываемые предложения о создании Всемирного суда по правам человека (World Court of human rights), который по замыслу инициаторов этого проекта должен прийти на смену Комитетам по правам человека и имел бы при этом обязательную юрисдикцию не только в отношении пактов, но и в отношении 21 универсальной конвенции о правах человека, заключенных на уровне ООН²². Данное положение подвергнуто серьезной критике²³.

Иллюзорность этих предложений заключается в том, что в настоящее время невозможно представить согласие государств на создание Международного суда, который в своих решениях предлагал бы обязательное толкование норм пактов и других универсальных конвенций, единое для всех государств мира.

²² См.: *Nowak M.* The Need for a World Court of Human Rights // *Human Rights Law Review*. 2007. № 7. P. 251–259.

²³ См.: *Alston P.* Against a World Court for Human Rights // *Ethics & International Affairs*. 2014. Vol. 28, Issue 2. P. 197–212.

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Исполинов А. С., кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права

E-mail: ispolinov@inbox.ru

Tel.: 8-903-969-19-92

Moscow State University named after M. V. Lomonosov

Ispolinov A. S., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the International Law Department

E-mail: ispolinov@inbox.ru

Tel.: 8-903-969-19-92

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В СФЕРЕ ВЫБОРОВ ВО ФРАНЦИИ

А. В. Сивопляс

Уральский государственный юридический университет

Поступила в редакцию 29 декабря 2016 г.

Аннотация: рассматриваются некоторые аспекты административной юстиции во Франции. Описывается современное законодательство Франции в сфере политического финансирования. Основное внимание уделяется описанию компетенции Национальной комиссии по счетам кампаний и политическому финансированию и практики привлечения к ответственности политических партий.

Ключевые слова: Франция, административная юстиция, квазисудебные органы, Национальная комиссия по счетам кампаний и политическому финансированию.

Abstract: *the article deals with the aspects of some bodies of administrative justice in France. The author outlines contemporary legislation of France in the sphere of political financing. The main attention is given to the description of the competence of the National Commission accountable campaigns and political funding and political parties.*

Key words: *France, administrative justice, quasi-judicial authorities, the National Commission.*

В механизме политического контроля во Франции важную роль играет Национальная комиссия по счетам кампаний и политическому финансированию¹ (далее – Комиссия).

Комиссия была учреждена в соответствии с Законом от 15 января 1990 г. № 90-55 по ограничению избирательных расходов и уточнению политического финансирования².

Решением от 31 июля 1991 г. № 91-1141 Конституционный совет Франции постановил, что Комиссия является «административным, а не судебным органом»³.

Государственный совет⁴ включил Комиссию в категорию «независимых» административных органов, статус которых был установлен Указом от 8 декабря 2003 г. № 2003-1165, касающемся административных упрощений в избирательных вопросах⁵.

¹ La Commission nationale des comptes de campagnes et des financements politiques. URL: <http://www.cnccfp.fr>

² La loi № 90-55 du 15 Janvier 1990. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000341734&dateTexte>

³ Constitutionnelle décision 91-1141 du 31 Juillet du Conseil de 1991. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000355323>

⁴ Conseil d'Etat. URL: <http://www.conseil-etat.fr>

⁵ L'ordonnance № 2003-1165 du 8 Décembre 2003 concernant simplifications

Девять членов Комиссии назначаются на пятилетний срок декретом премьер-министра из числа старших членов национальной юридической службы. Три члена назначаются по предложению вице-президента Государственного совета, три – по предложению Первого Президента Кассационного суда и три – по предложению Первого Президента Счетной палаты⁶. Все вместе они избирают Президента Комиссии, который назначает вице-президента. Члены Комиссии не могут быть отстранены от должности (досрочное прекращение полномочий возможно только в случае отказа от должности или смерти).

В Комиссии имеется секретариат, численность которого составляют около 30 служащих и сотрудников по срочным контрактам. Иные государственные служащие прикомандированы к Комиссии в соответствии с возобновимым трехлетним контрактом. В период, когда осуществляется проверка счетов, секретариату требуются дополнительные сотрудники, которые работают по краткосрочным контрактам в течение нескольких месяцев.

В целях проверки счетов Комиссия пользуется услугами докладчиков (в основном гражданских служащих и сотрудников судебных органов и прокуратуры, находящихся на действительной службе или в отставке), которые несут ответственность за выполнение первоначальной проверки документов. Это обстоятельство обусловлено большим числом отчетов, представляемых на рассмотрение и короткими сроками, в течение которых Комиссия должна принять свое решение. Они составляют два месяца для счетов кандидатов, которые обратились с жалобой в суд, обладающий соответствующей юрисдикцией, и шесть месяцев для счетов, которые не вызвали спора. По истечении 6-месячного срока считается, что счета были одобрены (ст. 52-15 Закона № 90-55).

Ассигнования, необходимые для функционирования Комиссии, включаются в бюджет Министерства внутреннего и регионального планирования. Закон от 10 августа 1922 г. по организации надзора за расходными обязательствами⁷ не распространяется на расходы Комиссии. Они являются предметом судебного надзора Счетной палаты.

Комиссия имеет следующие задачи:

а) проверка соответствия бухгалтерского учета и финансовых обязательств партий и предоставление правительству списка тех партий, которые неудовлетворительно выполнили требования, вследствие чего они теряют государственное финансирование на следующий год;

б) публикация сокращенного варианта счетов партий в официальном издании;

в) одобрение или отклонение деятельности партий по сбору средств на благотворительность;

administratives en matière électorale. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000244831>

⁶ Cour des comptes. URL: <https://www.ccomptes.fr/>

⁷ Loi du 10 Août 1922, organisation de la surveillance des engagements de dépenses. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000522819&categorieLien=cid>

г) управление пожертвованиями, посредством направления запросов соответствующей формы;

д) проверка денежных пожертвований на их соответствие требованиям закона от 11 марта 1988 г.;

е) надзор за соблюдением конкретных требований возлагается на финансовых агентов (физических лиц или объединений по сбору средств), и во всех случаях наказанием за невыполнение будет удержание средств, полученных в качестве денежных пожертвований;

ж) сообщение в прокуратуру о любых ставших известными им действиях, обладающих признаками уголовного преступления.

В случае, если Комиссия не одобряет счета кампании или они не были представлены в установленные сроки, Комиссия передает дело в суд, рассматривающий споры по делам о выборах. Суд может вынести: а) решение о дисквалификации кандидата, его недобросовестности (что грозит только денежными санкциями) или б) о недействительности решения, вынесенного Комиссией. В последнем случае кандидаты должны требовать принятия Комиссией нового решения по делу, чтобы определить сумму компенсации, которая будет выплачена государством. Решения, вынесенные Комиссией по счетам политических партий, могут быть оспорены в административном порядке в самой Комиссии или в суде.

Что касается надзора за соблюдением политическими партиями финансовых правил⁸, Комиссия осуществляет проверку лишь законности, а не целесообразности. Комиссия проверяет выполнение партиями их бухгалтерских обязательств после подачи консолидированных счетов, удостоверенных двумя установленными законом аудиторами, но не имеющими доступа ко всем подтверждающим документам; данный процесс состоит в проверке соблюдения существенных формальностей и рассмотрении общей последовательности счетов политических партий (запись государственного финансирования, кросс-финансирование между политическими партиями и согласованием с фондами, полученными финансовыми агентами, для которых были выписаны квитанции).

Если предоставленные документы обнаруживают в себе несогласованность, Комиссия может принять решение, что партия, которая подала заверенные счета в установленный законом срок, тем не менее не выполнила свои обязательства. Если партия не выполняет свои бухгалтерские обязательства, она не получает льгот, предусмотренных ст. 10 закона о финансовой прозрачности в политике. В этом случае партия, которая извлекла выгоду из государственного финансирования, может быть подвергнута наблюдению, осуществляемому Счетной палатой, и теряет свое право на такое государственное финансирование.

Интересно отметить, что Комиссия не обладает неограниченными полномочиями. Она, например, не вправе проверять документы, хранящиеся в офисе партии, или осуществлять процедуры контроля на месте.

⁸ См.: *Biriukov P. On the Monitoring of Political Financing in France // Russian Journal of Political Studies. 2015. Vol. (1). Is. 1, p. 4–8.*

Кроме того, Комиссия не уполномочена требовать, чтобы партии или их агенты обеспечивали бухгалтерские отчеты или другие финансовые документы и документы банка. Она не может также запрашивать какую-либо информацию о поставщиках товаров или услуг. Вместе с тем в связи с функциями, которые они выполняют по закону, полиция⁹, суды, налоговые органы могут получить доступ к бухгалтерским отчетам партий в целях осуществления своих обычных процедур в данных вопросах.

В случае с налоговыми органами, существуют определенные правила, регулирующие соблюдение их права на получение ими информации о пожертвованиях – Комиссия проводит идентификацию таких поступлений и сообщает о тех, которые должны быть аннулированы. Для выполнения указанной задачи Комиссия осуществляет материальное наблюдение. Финансовые агенты должны предоставить копии сопроводительной документации для поступающих средств (банковские выписки, квитанции, слипы).

Что касается надзора за счетами кампаний, счетами кандидатов, представленных бухгалтерами, они должны быть поданы в Комиссию не позднее 18 часов девятой пятницы, после раунда голосования, в котором будет определен исход выборов. Затем у Комиссии есть шесть месяцев для того, чтобы утвердить счета кампании или отклонить их.

В соответствии с Избирательным кодексом¹⁰ (далее – ИК) в отношении счетов кампаний задачами Комиссии являются:

а) проверка счетов кампаний кандидатов на президентских, Европейских, законодательных, региональных, кантональных, муниципальных, территориальных и областных (зарубежных) выборах в избирательных округах с более чем 9000 жителей;

б) требование от полиции проведения любого расследования, которое будет сочтено необходимым для выполнения задач Комиссии (ст. L. 52-14);

в) одобрение, пересмотр или отклонение счетов после процедуры и выявления случаев, когда кандидаты не подали счета либо подали их с нарушением срока;

г) обращение в суд, обладающий юрисдикцией в сфере избирательного права, во всех случаях отказа от счетов кампании, отказа от подачи счетов, несоблюдении сроков подачи счетов или в случаях, когда после проверки выявляется превышение пределов расходов избирательной кампании (ст. L. 118-3);

д) обращение к соответствующему прокурору во всех случаях, когда обнаруживаются признаки нарушения ст. L. 52-4, L. 52-13 и L. 52-16 Избирательного кодекса (в частности, нарушения в отношении пожертвований и расходов, которые могут быть квалифицированы как «подкуп избирателей», для которого предусматривается наказание в виде лишения свободы сроком до двух лет (ст. L. 106 и L.108));

⁹ См.: *Бирюков П. Н.* Полиция Французской Республики // Евразийский юридический журнал. 2009. № 8. С. 115–122.

¹⁰ Le Code électoral. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070239>

е) определение размера тарифной ставки возмещения за счет государства;

ж) во всех случаях, когда Комиссия вынесла решение о превышении пределов расходов избирательной кампании, определение суммы, эквивалентной той, на которую был превышен предел расходов, которую кандидат обязан выплатить французской казне (ст. L. 52-15);

з) подача в палаты Парламента в течение года после проведения всеобщих выборов, к которым применяются положения статьи L. 52-4, отчета о подведении итогов своей деятельности с изложением всех своих замечаний (ст. L. 52-18);

и) публикация упрощенной версии счетов кампаний в официальном издании (п. 4 ст. L. 52-12).

Как и в отношении счетов политических партий, Комиссия обязана сообщать в налоговые органы о любых нарушениях законодательства о вычете пожертвований, о которых ей становится известно в свете проверки квитанций о пожертвованиях.

Велика роль Комиссии в обеспечении финансовой прозрачности в политике. Во Франции многие политические деятели обязаны подать отчет о своих активах в Комиссию, которая была создана в 1988 г. с принятием законодательства о политическом финансировании¹¹. В частности, все кандидаты на пост Президента Республики обязаны представлять отчет о своих активах Председателю Конституционного совета. Второй отчет составляется до истечения срока полномочий избранного Президента. Отчеты об активах Президента Республики публикуются в Официальном бюллетене (Journal Officiel).

Кроме того, при принятии и передаче своих обязанностей, или в начале и в конце срока полномочий, отчет о своих активах Президенту Комиссии должны предоставить следующие выборные представители: 1) члены Правительства; 2) члены Сената; 3) члены Национальной Ассамблеи; 4) представители Франции в Европарламенте; 5) президенты региональных советов; 6) президенты общих советов; 7) президенты Корсиканской Ассамблеи и Исполнительного совета Корсики; 8) мэры муниципалитетов с более чем 30 000 жителей или президенты групп муниципалитетов, имеющие право взимать собственные налоги с более чем 30 000 жителей; 9) члены Регионального совета, Исполнительного совета Корсики, Генерального совета и вице-мэры, полномочия которых были делегированы; 10) Президент и члены Правительства Новой Каледонии и Французской Полинезии; 11) Президенты Генерального совета Майотта или Территориальных советов Сен-Бартелеми, Сен-Мартен и Сен-Пьер и Микелон, президенты и вице-президенты Провинциальных Ассамблей Новой Каледонии; 12) члены Генерального совета Майотта, Территориальных советов Сен-Бартелеми, Сен-Мартен и Сен-Пьер и Микелон, члены Ас-

¹¹ Loi № 88-227 du 11 mars 1988 relative à la transparence financière de la vie politique. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000321646>

самблеи Французской Полинезии, президенты и члены Конгресса Новой Каледонии.

Закон от 8 февраля 1995 г. № 95-126¹² распространил обязательство по представлению докладов на членов Регионального совета и Генерального совета и вице-мэров муниципалитетов с более чем 100 000 жителей.

Комиссия следит за тем, чтобы заинтересованные лица не извлекли нелегальных доходов, пользуясь своим служебным положением или обязанностями. Для этого они должны подать первоначальный отчет о своих активах в течение двух месяцев после их назначения или после вступления в должность, а второй – в течение двух месяцев после окончания срока их назначения или срока полномочий. Находясь в должности или исполняя свои обязанности, они сообщают также Комиссии о любых существенных изменениях в своих активах. Эта процедура касается в настоящее время около 6000 человек, включая руководителей организаций государственного сектора.

Прецедентное право Франции подтверждает, что политическая партия, на которую была наложена санкция, не допускается к финансированию избирательной кампании или другой политической партии, подпадающей под положения закона о финансовой прозрачности. Несоблюдение процедуры сбора средств может также привести к отказу в одобрении деятельности ассоциации по сбору средств¹³.

Кроме того, велика роль Комиссии в оценке изменений активов заинтересованных лиц, отраженных в отчетах. Если Комиссия выявляет изменения в активах, происхождение которых остается неизвестным и после того, как заинтересованному лицу была предоставлена возможность, она проводит проверку фактов и принимает решение.

Поданные заинтересованными лицами отчеты являются конфиденциальной информацией. Они могут быть разглашены только по специальному запросу заинтересованного лица или его /ее подчиненных, или по требованию судебных органов в случаях, когда разглашение этой информации необходимо для разрешения дела или установления истины. К членам Комиссии предъявляются строгие требования конфиденциальности, и любое разглашение информации, кроме в указанных выше случаях, влечет за собой наказание в виде одного года лишения свободы и/или штрафа в размере € 45 000 (раздел 4 Закона № 88-227 по ссылке к ст. 226-1 УК¹⁴ о нарушении неприкосновенности частной жизни другого лица).

В ИК закреплены различные санкции за нарушения правил политического финансирования.

¹² Loi n° 95-126 du 8 février 1995 relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000165391>

¹³ URL: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/Greco-Eval3%282008%295_France_Two_EN.pdf

¹⁴ Code penal. URL: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGI-TEXT000006070719>

В частности, Комиссия направляет в суд, обладающий юрисдикцией в сфере выборов, любые дела об отклонении счетов выборной кампании, отказе подачи счетов, просрочке в подаче счетов или в случае, когда после проверки было выявлено превышение пределов расходов на избирательную кампанию (ст. L.118-3).

Поэтому при необходимости суд налагает санкции, предусмотренные в ИК. Судами, обладающими юрисдикцией в сфере выборов, являются: 1) Конституционный совет на президентских выборах, выборах в Национальное собрание и Сенат и референдумах; 2) административные суды и Государственный совет в качестве апелляционных инстанций для муниципальных и кантональных выборов и 3) Государственный совет в качестве суда первой и последней инстанций, на выборах в Европейский парламент, региональных и местных выборов.

Комиссия может применить конкретные финансовые санкции за нарушение правил о счетах кампаний: а) проверка счетов, возможно, сокращение избирательных расходов, а соответственно, и их компенсации; б) обращение в суд, обладающий юрисдикцией в сфере выборов, в случае отклонения счетов; если суд оставил в силе решение Комиссии, кандидат будет лишен права на компенсацию (и может быть лишен права быть избранным или даже автоматически уйти в отставку в случае с избранным представителем); в) во всех случаях, когда Комиссия пришла к выводу, что на выборах был превышен предел расходов, она определяет сумму, эквивалентную сумме, на которую превышен предел финансирования, которую кандидат должен выплатить французской казне.

Если Комиссия считает, что было совершено преступление, она может также обратиться по этому поводу непосредственно к прокурору, который затем принимает решение о возбуждении уголовного преследования.

Статья L. 113-1 ИК предусматривает ряд уголовных преступлений, совершение которых наказывается штрафом в размере € 3750 и/или тюремным заключением на срок не более одного года. Субъектами некоторых преступлений могут быть сами кандидаты.

Статья L. 113-1 ИК, в частности, гласит:

«Каждый кандидат на выборах в рамках одномандатной избирательной системы, или лидирующий в избирательном списке в рамках пропорциональной избирательной системы, будет подвержен наказанию в виде штрафа в размере € 3750 и одного года тюремного заключения или только одному из этих двух наказаний в следующих случаях:

- 1) с целью финансирования избирательной кампании кандидат собрал средства в нарушение ст. L. 52-4;
- 2) принял средства в нарушение ст. L. 52-8 или L. 308-1;
- 3) превысил размер расходов на выборах, определяемый в соответствии со ст. L. 52-11;
- 4) им не были соблюдены правила, регулирующие подготовку счетов кампании, изложенные в ст. L. 52-12 и L. 52-13;
- 5) сообщил заведомо заниженную учетную информацию о счетах кампании или о примечаниях к ним;

6) по его или ее просьбе или с его или ее специального разрешения от использования плакатов или коммерческой рекламы вопреки положениям ст. L. 51 и L. 52-1 была получена выгода;

7) по его или ее просьбе или с его или ее специального разрешения были использованы с целью получения выгоды бесплатная телефонная линия или иные услуги связи».

Данный закон направлен на то, чтобы пресечь все случаи нарушения правил финансирования избирательной кампании. Субъектами других преступлений являются жертвователи. Раздел II ст. L. 113-1 предусматривает «штраф в размере € 3750 и один год тюремного заключения или только одно из этих двух наказаний для лиц, которые с целью финансирования избирательной кампании осуществили пожертвование в нарушение ст. L. 52-8, в случаях же, когда жертвователем является юридическое лицо, вышеуказанные положения применяются к ее номинальным или фактическим менеджерам».

Наконец, в разделе III ст. 113-1 ИК предусматривается «штраф в размере € 3750 и один год тюремного заключения или только одно из этих двух наказаний для лиц, которые, действуя от имени кандидата или кандидата, возглавляющего список, но не по его просьбе и без специального разрешения, берут на себя расходы, как предусмотрено в ст. L. 52-12». Цель этой нормы – гарантировать, что кандидаты контролируют расходы, понесенные от их имени. Законодательство охраняет их от любых расходов, понесенных без их ведома или специального одобрения. В соответствии со ст. 121-3 УК «нет преступления при отсутствии намерения совершить его», эти различные правонарушения должны быть совершенны умышленно.

Статья L. 168 ИК предусматривает также «штраф в размере € 3750 и три месяца тюремного заключения или только одно из этих двух наказаний для любого, кто нарушит положения ст. ... L. 164 до L. 167».

Статья R. 94-1 ИК, введенная во исполнение Закона от 15 января 1990 г. № 90-55, направленного на ограничение избирательных расходов и разъяснение положений, касающихся финансирования политической деятельности, криминализует «нарушение любым руководителем избирательного объединения по сбору средств или любым финансовым агентом ст. L. 52-9, влечет штрафы, установленные для преступлений 4-го класса».

В соответствии со ст. 131-13 УК размер штрафа, предусмотренного для преступлений 4-го класса, составляет € 750.

Что касается уголовной ответственности, преступление считается совершенным только при наличии субъективной составляющей. Указанные преступления подпадают под категорию «деликтов» (менее наказуемых преступлений). Штраф в размере € 3750 может быть увеличен в пять раз для юридического лица, то же относится и к партиям как жертвователям. Как правило, лица, совершившие нарушения, караемые уголовными санкциями, могут быть подвержены исключению из процесса государственных закупок.

Санкцией за непредставление документов Комиссии является дисквалификация на один год или отставка старшего должностного лица избирательной кампании или партии.

Таким образом, Комиссия играет двоякую роль. С одной стороны, она осуществляет надзор за соблюдением политическими партиями бухгалтерского учета и финансовых обязательств, а с другой – проверку счетов кандидатов кампании.

Уральский государственный юридический университет

СивоPLYAS A. B., кандидат юридических наук, доцент конституционного права

E-mail: s65554@yandex.ru

Тел.: 8-922-229-38-67

Ural State Law University

Sivoplyas A. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Constitutional Law Department

E-mail: s65554@yandex.ru

Tel.: 8-922-229-38-67

УДК 346.62

**РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ В. В. КУДРЯШОВА
«МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ
СУВЕРЕННЫХ ФИНАНСОВЫХ ИНСТИТУТОВ». –
М. : Финансовый ун-т, 2015. – 316 с.**

Д. В. Галушко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 6 февраля 2017 г.

Процесс глобализации, характерный для всей современной мировой экономики, значительным образом проявился в сфере финансов. Развитие глобальной экономики и финансовой сферы сопровождается появлением новых субъектов и диверсификацией их инвестиционных стратегий. В настоящее время в общественном развитии начали стремительно набирать силу суверенные финансовые институты, которые еще иногда называют фондами суверенного развития. Они получили свое распространение во многих странах мира, в том числе и в Российской Федерации. Такие финансовые институты связаны с государственным капиталом и прямо или опосредованно контролируются государствами. Не имея под собой частной формы собственности, эти суверенные финансовые институты гармонично вписываются в социал-демократическую доктрину экономического развития и серьезным образом влияют на интернационализацию экономического пространства, обозначая потребность не только в национальном, но и в международно-правовом регулировании.

Именно вопросам влияния международных финансово-правовых норм на режим внутреннего финансового регулирования в России, в частности государственных финансовых институтов, к которым относятся и суверенные фонды благосостояния, посвящена монография В. В. Кудряшова «Международно-правовое регулирование суверенных финансовых институтов».

В монографии автор справедливо указал, что в основе современных подходов к построению и функционированию глобальной финансовой архитектуры лежит принцип поддержания лидирующего экономического и финансового положения развитых западных стран. Западные страны, хотя формально и провозгласили принципами построения мировой финансовой системы либерализацию движения капитала, дерегулирование, верховенство права, государственный суверенитет, сотрудничество, права человека, но, тем не менее, препятствуют правовыми и политическими средствами проникновению суверенных финансовых механизмов из развивающихся стран в свою экономику.

Вместе с тем западные страны стремятся к созданию в развивающихся странах таких правовых и финансовых режимов, которые обеспечили

бы устойчивое финансовое и правовое западное присутствие и возможность влияния на внутренние финансовые процессы. Проводником такой политики являются мировые финансовые регуляторы – МВФ, группа Всемирного банка, ОЭСР, Банк международных расчетов и другие, а конкретным механизмом – разработанные этими регуляторами международные финансовые стандарты, регулирующие в том числе и государственные финансовые институты.

Международные финансовые и корпоративные стандарты вообще, а для государственных финансовых институтов в частности квалифицируются в юридической литературе как «мягкое право», поскольку не являются обязательными и рекомендуются государствам для добровольной имплементации в своих правовых системах.

Однако, как справедливо отмечает автор, такие методы стимулирования к внедрению в национальное право этих стандартов и контроля за их соблюдением, как экономическое давление, «порицание», «черные списки», финансовые санкции и другие, выходят за международно-правовые рамки и сомнительны с точки зрения их легитимности.

Российская Федерация, стремясь интегрироваться в международную финансовую систему, достаточно широко использовала и использует международные финансовые стандарты в качестве основы для разработки регулирования государственных финансовых институтов: Базельские стандарты банковского надзора, стандарты ОЭСР по корпоративному управлению в государственных компаниях, кодексы прозрачности в бюджетно-налоговой и денежно-кредитной политике МВФ и др.

Однако, как показала практика, безоглядное и некритичное восприятие и внедрение в российское национальное финансово-правовое регулирование международных финансовых стандартов, в частности в отношении суверенных финансовых институтов, не позволяет надлежащим образом защитить национальный финансовый суверенитет и обеспечить развитие национальной экономики.

Западные страны легко отказываются от сотрудничества и финансового взаимодействия ради обеспечения своих политических интересов, сокращают или прекращают функционирование своих национальных или находящихся под их влиянием международных финансовых механизмов в целях изоляции России, подрыва ее финансовой системы и экономической устойчивости, что наглядно показала развернутая США и другими западными странами против нашей страны в 2014 г. санкционная кампания.

Государственный сектор является важной частью российской экономики, и государственные компании и корпорации нередко выполняют роль локомотивов развития. Заимствование иностранного или международного правового регулирования для этих компаний следует производить после тщательного изучения экономического эффекта от него и при неукоснительном соблюдении суверенных экономических и финансовых интересов страны.

Несмотря на то что в монографии В. В. Кудряшова содержатся интересные материал и оригинальные выводы, ряд моментов является

дискуссионным. Так, работа только выиграла бы от рассмотрения деятельности Международного форума по суверенным фондам благосостояния. Кроме того, главу 6 обогатил бы анализ судебной практики как государств романо-германской правовой семьи, так и стран англо-саксонской правовой традиции.

Тем не менее за смелость и оригинальность выводов монографию В. В. Кудряшова можно отнести к одним из наиболее интересных исследований генезиса международного финансового права в современных условиях, в частности проблем функционирования его основных институтов.

Несомненно, монография В. В. Кудряшова может быть рекомендована для использования юристам в сфере публичных финансов, для изучения студентам юридических и финансовых вузов, для разработки учебных программ и преподавания международно- и финансово-правовых дисциплин, таких как «Международное право», «Международное экономическое право», «Международное финансовое право» и других, для бакалавров и магистров.

Воронежский государственный университет

Галушко Д. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры международного и европейского права

E-mail: galushkodv@mail.com

Тел.: 8(473) 255-84-92

Voronezh State University

Galushko D. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the International and European Law Department

E-mail: galushkodv@mail.com

Tel.: 8(473) 255-84-92

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. 2017. № 1 (28)

Номер подписан в печать 25.03.2017

Ведущий редактор *Н. Н. Масленникова*
Электронная верстка *Е. Н. Попуга*
Корректор *М. С. Исаева*

Формат 70×100/16.

Уч.-изд. л. 26,5. Усл. п. л. 26,7. Тираж 300 экз. Заказ 36.

Издательский дом ВГУ
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3