

Вестник Воронежского государственного университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ



СЕРИЯ: ПРАВО

Издается с 2006 г.

Выходит 4 раза в год

4(35) — 2018

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

Журнал публикует основные результаты научно-исследовательской и научно-практической деятельности по отрасли науки – Юридические науки (Группа специальностей – 12.00.00 Юридические науки; научные специальности: 12.00.01 Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве; 12.00.02 Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право; 12.00.03 Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право; 12.00.04 Финансовое право; налоговое право; бюджетное право; 12.00.05 Трудовое право; право социального обеспечения; 12.00.08 Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право; 12.00.09 Уголовный процесс; 12.00.10 Международное право; европейское право; 12.00.11 Судебная деятельность, прокурорская деятельность, правозащитная и правоохранительная деятельность; 12.00.12 Криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность; 12.00.13 Информационное право; 12.00.14 Административное право; административный процесс; 12.00.15 Гражданский процесс; арбитражный процесс).

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. Старилов*, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Тулупов, 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. Старилов*, 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. Шемёнёва*, канд. юрид. наук, доц. Члены редколлегии: *А. И. Абдуллин*,
д-р юрид. наук, проф. (Казанский (Приволжский) федеральный университет); *Ю. В. Азиба-
лов*, канд. экон. наук, доц. (РАНХиГС при Президенте РФ, Воронежский филиал); *М. О. Баев*,
д-р юрид. наук, проф.; *О. Ю. Бакаева*, д-р юрид. наук, проф. (Саратовская государственная
юридическая академия); *О. В. Баулин*, д-р юрид. наук, проф.; *К. Беше-Головкин*, доктор права
(Университет Монпелье, Франция), доц. (Европейский Гуманитарный Университет в г. Виль-
нюсе, Литва); *П. Н. Бирюков*, д-р юрид. наук, проф.; *Т. М. Бялкина*, д-р юрид. наук, проф.;
А. Н. Вылегжанин, д-р юрид. наук, проф. (Московский государственный институт между-
народных отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федера-
ции); *Й. Денте*, доктор права, международный эксперт GIZ (г. Эшборн, Германия); *Д. В. Зо-
тов*, канд. юрид. наук, доц.; *Т. Д. Зражевская*, д-р юрид. наук, проф., Уполномоченный по
правам человека в Воронежской области; *С. Д. Князев*, д-р юрид. наук, проф. (Конституци-
онный Суд, г. Санкт-Петербург); *С. Кодама*, доктор права, проф. (Университет Мизэ, Япо-
ния); *Н. А. Лопашенко*, д-р юрид. наук, проф. (Саратовская государственная юридическая
академия); *Е. Б. Лупарев*, д-р юрид. наук, проф. (Кубанский государственный университет);
Н. Л. Лютов, д-р юрид. наук, доц. (Московский государственный юридический университет
имени О. Е. Кутафина (МГЮА)); *А. В. Малько*, д-р юрид. наук, проф. (Саратовский филиал Ин-
ститута государства и права РАН); *С. П. Матвеев*, д-р юрид. наук, проф. (Воронежский институт
Министерства внутренних дел Российской Федерации); *В. А. Мецераков*, д-р юрид. наук,
проф., заместитель председателя Избирательной комиссии Воронежской области; *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)

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: 394018 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

Founders:

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:
A. I. Abdullin, dr of legal sciences, prof. (Kazan (Privolzhsky) Federal University); *Yu. V. Agibalov*, cand.
of economic sciences, associate prof. (Voronezh branch of RANEPa); *M. O. Baev*, dr of legal sciences,
prof.; *O. Yu. Bakaeva*, dr of legal sciences, prof. (Saratov State Law Academy); *O. V. Baulin*, dr of legal
sciences, prof.; *K. Beshe-Golovko*, dr of law (Montpellier University, France), associate prof. (European
Humanities University, Vilnius, Lithuania); *P. N. Birukov*, dr of legal sciences, prof.; *T. M. Byal-
kina*, dr of legal sciences, prof.; *A. N. Vylegzhanin*, dr of legal sciences, prof. (Moscow State Institute
of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation);
J. Deppe, dr of law, international expert GIZ (Eshborn, Germany); *D. V. Zotov*, cand. of legal sciences,
associate prof.; *T. D. Zrazhevskaya*, dr of legal sciences, prof., Commissioner for Human Rights in the
Voronezh Region; *S. D. Knyazev*, dr of legal sciences, prof. (Constitutional Court, St. Petersburg);
S. Kodama, dr of law, prof. (University Mie, Japan); *N. A. Lopashenko*, dr of legal sciences, prof. (Sara-
tov State Law Academy); *E. B. Luparev*, dr of legal sciences, prof. (Kuban State University); *N. L. Lyu-
tov*, dr of legal sciences, associate prof. (Moscow State Law University named after O.E. Kuta-
fin (MSUA)); *A. V. Malko*, dr of legal sciences, prof. (Saratov branch of Institute of State and Law
Russian Academy of Sciences); *S. P. Matveev*, dr of legal sciences, prof. (Voronezh Institute of the Mi-
nistry of Internal Affairs of the Russian Federation); *V. A. Meshcheryakov*, dr of legal sciences, prof.
Deputy Chairman of the Electoral Commission of the Voronezh Region; *E. I. Nosyreva*, dr of legal sci-
ences, prof.; *K. K. Panko*, dr of legal sciences, prof.; *S. V. Perederin*, dr of legal sciences, prof.; *R. A. Podo-
prigora*, dr of legal sciences, 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. Shishkin, Voronezh Region Public Prosecutor, cand. of legal sciences; *L. Etel*, dr of legal sci-
ences, prof., rektor of the University in Bialystok (Poland)

3

Registered 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: 394018, 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, 2018
© Desing, original-model. Publishing house of the
Voronezh State University, 2018

СОДЕРЖАНИЕ

ПОЗДРАВЛЯЕМ ЮБИЛЯРОВ

Профессор *Евгений Евгеньевич Тонков* – педагог, ученый, правовед
(к 60-летию со дня рождения) 10

25 ЛЕТ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Агибалов Ю. В. 25 лет Конституции Российской Федерации: необходимо
реформировать или обеспечить ее соблюдение? 13

100 ЛЕТ ЮРИДИЧЕСКОМУ ФАКУЛЬТЕТУ ВОРОНЕЖСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА

Сазонникова Е. В. Борис Иванович Мелёхин: доцент кафедры
государственного права и советского строительства юридического
факультета ВГУ 19

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

Перлинжэйру Р. Надлежащая правовая процедура (due process) при
импичменте Президента Бразилии 28

Бялкина Т. М. Представительные органы в структуре органов местного
самоуправления: правовые основы и практические проблемы 43

Шадыбеков К. Б. Административно-территориальная реформа в Кыргызской
Республике: концептуально-правовые подходы реформирования 55

Ламонов Е. В. Общественные префектуры – важный институт гражданского
общества (на примере работы общественных префектур г. Тамбова) 67

4 *Кустов С. С.* Новеллы федерального законодательства о территориальной
организации местного самоуправления: практика реализации 75

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Дерябина Е. С. Государство и право в условиях смены общественных
систем: теория и история 84

Шавеко Н. А. Взгляды П. И. Новгородцева и Г. Радбруха на демократию:
сравнительно-критический анализ 99

Каравеева Ю. С. Дифференциация уголовной ответственности за
преступления со специальным субъектом по Артикулу Воинскому 1715 г.
и Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. 113

Ливенцев Д. В. Пути либерализации советской системы заключения в конце
20-х гг. XX в. 121

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

<i>Лукьянова И. Н.</i> Доказательства в гражданских делах в эпоху электронного правосудия.....	130
<i>Войниканис Е. А., Семенова Е. В., Тюляев Г. С.</i> Искусственный интеллект и право: вызовы и возможности самообучающихся алгоритмов.....	137
<i>Конобеевская И. М.</i> Запрещение дарения в отношении отдельных категорий лиц по гражданскому праву	149
<i>Адельшин Р. Н., Губарева М. С.</i> Условия возникновения полномочий из обстановки	160
<i>Гончарова В. А.</i> Недобросовестность как основание недействительности сделки: pro et contra	166

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

<i>Кулаков Н. А.</i> Контрольно-надзорные и юрисдикционные функции Роспатента как направления административно-правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации	179
<i>Любимов Л. В.</i> Ретроспективный анализ развития правовой регламентации понятия «дорожного движения», а также принятия национальных и международных правовых актов в сфере безопасности дорожного движения	186
<i>Быков А. И.</i> К некоторым вопросам правового регулирования полетов беспилотных летательных аппаратов на территории Российской Федерации ..	194

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ. ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

<i>Панова И. В., Сеницина С. В.</i> Сравнительно-правовой анализ зарубежного и российского законодательства в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов	200
<i>Рыжков Д. Н.</i> О процессуальных вопросах проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности	214

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО. НАЛОГОВОЕ ПРАВО. БАНКОВСКОЕ ПРАВО

<i>Карасева М. В.</i> Защита прав налогоплательщика в условиях новой парадигмы правового мышления (постановление КС РФ от 24 марта 2017 г. № 9-п/2017)	225
<i>Красюков А. В.</i> Права и обязанности налогоплательщика: взаимосвязь, защита и реализация	232

5

ТРУДОВОЕ ПРАВО

<i>Буянова М. О.</i> Проблема определения возрастных ограничений при приеме на работу несовершеннолетних спортсменов.....	241
<i>Передерин С. В.</i> Комплексное трудовое правоотношение или комплекс трудовых правоотношений?	249
<i>Демченко М. В.</i> Право работников на профессиональную подготовку и независимую оценку квалификации	259

<i>Бородина Е. Н.</i> Правовое регулирование надомного и дистанционного труда в Российской Федерации.....	270
---	-----

**УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС.
КРИМИНАЛИСТИКА**

<i>Максименко А. В., Новопавловская Е. Е., Лащенко Р. А.</i> Некоторые криминологические аспекты хищения антиквариата как предмета, имеющего особую ценность.....	283
<i>Тройнина И. С.</i> Уголовно-процессуальные гарантии обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) при избрании и применении меры пресечения в виде заключения под стражу	292
<i>Суворова Л. А., Цуров М. С.</i> Применение полиграфа при расследовании преступлений: проблем меньше не становится	299
<i>Загорьян С. Г.</i> Некоторые вопросы производства судебных экспертиз до возбуждения уголовного дела	307
<i>Каменский Н. А.</i> Об ответственности физических и юридических лиц в связи со злоупотреблением полномочиями в коммерческих и иных организациях	315
<i>Воднева М. А.</i> Цель как основание криминализации и криминообразующий признак акта международного терроризма	323

Информация

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования	336
---	-----



CONTENTS

CONGRATULATIONS TO THE HERO OF THE DAY

Professor Yevgeny Yevgenievich Tonkov – teacher, scientist, lawyer (on the 60th anniversary of his birth)..... 10

25 YEARS OF THE CONSTITUTION OF THE RUSSIAN FEDERATION

Agibalov Yu. V. 25 years of the Constitution of the Russian Federation: necessary to reform or enforce it?..... 13

100TH ANNIVERSARY OF THE LAW FACULTY OF THE VORONEZH STATE UNIVERSITY

Sazonnikova E. V. Boris Ivanovich Melekhin: Associate Professor of the Department of State Law and the Soviet construction law school VSU 19

STATE AUTHORITY. LEGISLATIVE PROCESS. CONSTITUTIONAL LAW. PUBLIC MANAGEMENT. LOCAL SELF-GOVERNMENT

Perlingeiro R. Due process in the impeachment of the President of Brazil..... 28

Byalkina T. M. Representative bodies in the structure of local bodies self-governance: legal framework and practical problems 43

Shadybekov K. B. Administrative-territorial reform in the Kyrgyz Republic: conceptual-legal approaches to reform 55

Lamonov E. V. Public prefectures are an important institution of civil society (on the example of the work of public prefectures in Tambov)..... 67

Kustov S. S. Novels of federal legislation of the territorial organization of local self-government: practice of implementation 75

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

Deryabina E. S. State and law in conditions of changing social systems: theory and history..... 84

Shaveko N. A. The views on democracy by P.I. Novgorodtsev and G. Radbruch: a comparative critical analysis..... 99

Karavaeva Y. S. Differentiation of criminal liability for crimes with a special subject under article 1715 military and the code of criminal and correctional penalties 1845 113

<i>Liventsev D. V.</i> The liberalization of the soviet system of prison late 20-ies of the twentieth century.....	121
--	-----

CIVIL LAW. CIVIL PROCESS. ARBITRATION PROCESS

<i>Lukyanova I. N.</i> Evidence in civil cases in the epoch of electronic justice.....	130
<i>Voinikanis E. A., Semenova E. V., Tyulyaev G. S.</i> Artificial intelligence and law: challenges and possibilities of self-learning algorithms	137
<i>Konobeevskaya I. M.</i> The prohibition of the donation in respect of cer-tain categories of persons in civil law	149
<i>Adelshin R. N., Gubareva M. S.</i> The conditions of arising powers from the setting	160
<i>Goncharova V. A.</i> Unfairness as the basis for the invalidity of the bargain: pro et contra	166

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEEDINGS

<i>Kulakov N. A.</i> Control and supervising and jurisdictional functions of rospatent as directions of administrative legal protection of intellectual property of the Russian Federation.....	179
<i>Lyubimov L. V.</i> Retrospective analysis of development of legal regulation of the concept of "road traffic", as well as the adoption of national and international legal acts in the sphere of road safety.....	186
<i>Bykov A. I.</i> To some questions of legal regulation of flights of unmanned aerial vehicles on the territory of the russian federation.....	194

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY. ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS OFFENSES

<i>Panova I. V., Sinizina S. V.</i> Comparative legal analysis of foreign and russian legislation in the field of regulation of fishing rules and protection of fish stocks ...	200
<i>Ryzhkov D. N.</i> Procedural questions of verification related to the rectification of circumstances as a basis in sentencing of administrative punishment as an administrative suspension of activities	214

FINANCIAL LAW. TAX LAW. BANKING LAW

8	<i>Karaseva V. V.</i> Defense of taxpayers rights and new paradigm of legal thinking (resolution of the cc of the russian federation from march, 24th 2017 № 9-item/ 2017)	225
	<i>Krasyukov A. V.</i> Rights and obligations of the taxpayer: the interrelation, protection and implementation	232

LABOUR LAW

<i>Buyanova M. O.</i> The problem of determining the age restrictions in the employment of underage athletes	241
<i>Perederin S. V.</i> Comprehensive employment relationship or complex of labour Legal relations?	249
<i>Demchenko M. V.</i> The right of workers to vocational training and independent assessment of qualification.....	259

Borodina E. N. Legal regulation of universal and remote labor in the russian federation..... 270

CRIMINAL LAW. CRIMINAL PROCEDURE. CRIMINALISTICS

Maksimenco A. V., Novopavlouskayae E. E., Lachenko R. A. Some criminological aspects of purification antiques as a subject that has a special value 283

Troynina I. S. Criminal procedure guarantees of ensuring the rights and legitimate interests minor suspected (defendants) during the electing and application of a measure of restraint in the form of detention..... 292

Suvorova L. A., Tsuroev M. S. Polygraph application in the investigation of crimes: the problems does not solve themselves 299

Zagoryan S. G. Problematic issues of production forensic examination prior to the initiation criminal case 307

Kamenskiy N. A. On the issue of individuals and legal entities' liability in connection with the abuse of power in commercial and other organizations 315

Vodneva M. A. Objective as a basis for criminalization and a vital element of the act of international terrorism 323

Information

The reguirements to the materials, sent to the editorial staff for publishing 336



**ПРОФЕССОР ЕВГЕНИЙ ЕВГЕНЬЕВИЧ ТОНКОВ –
ПЕДАГОГ, УЧЕНЫЙ, ПРАВОВЕД**

(К 60-летию со дня рождения)

14 ноября 2018 г. отметил свой 60-летний юбилей директор юридического института Белгородского государственного национального исследовательского университета доктор юридических наук, доктор педагогических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации Евгений Евгеньевич Тонков.

Достойный путь, пройденный Е. Е. Тонковым в системе государственной службы в органах внутренних дел, а также добросовестный труд на ниве юридической и педагогической науки и образования были чрезвычайно успешными и плодотворными.

В 1980 г. после окончания Белгородского государственного технологического института строительных материалов Е. Е. Тонков начал службу в органах внутренних дел (инспектор, оперуполномоченный, начальник отделения по борьбе с экономическими преступлениями, начальник криминальной милиции). В 1999 г. он окончил заочный факультет Харьковского национального университета МВД Украины.

В 2000–2002 гг. Е. Е. Тонков – начальник кафедры организации борьбы с незаконным оборотом наркотиков Белгородского юридического института МВД России.

В 1990 г. он защитил диссертацию на соискание ученой степени кандидата педагогических наук на тему «Формирование у старшеклассников ответственного отношения к государственной собственности»; в 2000 г. – диссертацию на соискание ученой степени доктора педагогических наук на тему «Теоретические основы педагогического управления организационными конфликтами (на материале правоохранительной деятельности)». В 2001 г. Е. Е. Тонкову было присвоено ученое звание профессора по кафедре оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел Белгородского государственного университета.

В 2005 г. Е. Е. Тонков защитил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Государственная политика противодействия наркотизации российского общества (политико-правовое исследование)».

В своих исследованиях Е. Е. Тонков предложил новое методологическое обоснование проблемы педагогического управления конфликтом,

состоящее в диспозитивно-личностном подходе (данный подход заключается в предоставлении участникам педагогического управления конфликтом возможности свободно распоряжаться своими гражданскими правами, психологическими и материальными ресурсами при выборе целесообразных средств конструктивного разрешения противоречий и самореализации в профессиональной деятельности); выдвинул и обосновал идею государства созидающего как альтернативы государства корпоративного. Последовательно выступает сторонником критического отношения к тенденциям постоянного расширения перечня комплексных отраслей права. Разработал понятие и содержание правозащитной функции государства, авторскую классификацию юридических форм государственной деятельности на основе новых оригинальных критериев, ввел в терминологический оборот правоведения дефиницию «дискретная функция».

С 2002 г. профессор Тонков – декан юридического факультета Белгородского государственного университета. С 2013 г. – директор Юридического института Белгородского государственного национального исследовательского университета. Он является членом Наблюдательного совета университета, а также членом Научно-консультативного совета при Белгородском областном суде.

Активную педагогическую и общественную работу Е. Е. Тонков успешно сочетает с научной деятельностью. Он автор целого ряда учебников, учебных пособий и монографий по правоведению, теории государства и права, проблемам адвокатуры, наследственного права и др. Профессор Е. Е. Тонков – заместитель главного редактора научного рецензируемого журнала «Научные ведомости БелГУ. Философия. Социология. Право», член редколлегии журнала «Пробелы в российском законодательстве».

Высочайший профессионализм, богатые знания и опыт, чувство ответственности и требовательности в сочетании с чутким и внимательным отношением к людям снискали Е. Е. Тонкову заслуженный авторитет среди признанных ученых и педагогов, руководителей различных органов государственной власти, государственных служащих, практикующих юристов, выпускников и студентов. За самоотверженную деятельность ему заслуженно присвоены высокие звания «Почетный сотрудник МВД России», «Заслуженный юрист Российской Федерации», другие награды от имени государства, общества, юридического и научного сообществ.

Признавая значимость вклада профессора Тонкова в развитие научного и профессионального сотрудничества между юридическим институтом НИУ «БелГУ» и юридическим факультетом ВГУ и высоко ценя сложившиеся добрые, плодотворные отношения между представителями различных научных коллективов в рамках деятельности объединенного диссертационного совета по юридическим наукам, мы выражаем надежду на дальнейшее укрепление тесных связей и взаимодействия белгородского и воронежского академических юридических сообществ.

Юридический факультет Воронежского государственного университета благодарен Евгению Евгеньевичу Тонкову и за взаимодействие при

проведении государственной итоговой аттестации: в 2016 г. профессор Е. Е. Тонков работал в качестве председателя государственной экзаменационной комиссии на юридическом факультете ВГУ.

Большой заслугой Евгения Евгеньевича является создание в 2015 г. объединенного диссертационного совета Д 999.104.03 на базе трех государственных университетов – Белгородского государственного национального исследовательского университета, Воронежского государственного университета, Орловского государственного университета имени И. С. Тургенева. На заседаниях объединенного диссертационного совета рассматриваются кандидатские и докторские диссертации по следующим научным специальностям: 12.00.01 – Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве (юридические науки); 12.00.02 – Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право (юридические науки); 12.00.14 – Административное право, административный процесс (юридические науки). В настоящее время профессор Е. Е. Тонков является председателем данного диссертационного совета.

Евгений Евгеньевич – надежный человек и товарищ, коллега-единомышленник, который всегда выступает за создание хорошей рабочей атмосферы, укрепление порядка и дисциплины в научно-педагогической деятельности, полноценное решение задач в учебном процессе и в организации научной деятельности.

Нам особенно приятно поздравить Е. Е. Тонкова с юбилейным днем рождения и как коренного воронежца. Родные для Евгения Евгеньевича люди оставили значимое творческое наследие в истории управления образованием Рамонского района Воронежской области, а также историко-филологического факультета Воронежского педагогического института.

Поздравляя с юбилеем, мы сердечно желаем профессору Е. Е. Тонкову доброго здоровья, долголетия, семейного благополучия, неиссякаемой энергии, новых научных и педагогических свершений, истинного удовлетворения результатами своей работы.

*Декан юридического факультета
Воронежского государственного университета
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный деятель науки Российской Федерации
Ю. Н. Старилов*

УДК 342.4

25 ЛЕТ КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: НЕОБХОДИМО РЕФОРМИРОВАТЬ ИЛИ ОБЕСПЕЧИТЬ ЕЕ СОБЛЮДЕНИЕ?

Ю. В. Агибалов

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

Поступила в редакцию 20 сентября 2018 г.

Аннотация: *статья посвящена анализу действующего законодательства и проблемам реализации норм Конституции Российской Федерации.*

Ключевые слова: *Конституция, законодательство, реформа, общие принципы, контроль.*

Abstract: *the article is devoted to the analysis of current legislation and problems of Implementation of the norms of the Constitution of the Russian Federation.*

Key words: *Constitution, legislation, reform, general principles, control.*

Конституции Российской Федерации исполнилось 25 лет. Она рождалась в условиях политического и экономического кризиса в стране. В ней, с одной стороны, был заложен ряд норм и принципов, которые одинаково важны для всех граждан независимо от их политических взглядов:

- признание высшей ценностью человека его прав и свобод;
- уважение к культуре и традициям всех национальностей; составляющих многонациональный народ;
- социальный и светский характер государства;
- равное признание и защита всех форм собственности;
- выборность органов власти и др.

С другой стороны, Конституция РФ закрепила новые принципы государственного устройства, новый конституционный механизм власти, а местное самоуправление – в качестве одной из основ конституционного строя. В принятой всенародным голосованием Конституции РФ был закреплён желаемый образ новой демократической России.

Очевидно, что Конституция не лишена недостатков. В ней нельзя найти ответы на все вопросы, которые появляются в ходе государственного строительства, реализации ее норм на практике. Важная роль принадлежит Конституционному Суду России, наделенному правом толкования норм Конституции РФ.

В России периодически поднимается вопрос о необходимости проведения конституционной реформы. На несовершенство Конституции РФ

указывал Е. С. Аничкин¹, С. А. Авакьян², Н. М. Добрынин³, В. Д. Зорькин⁴ и др. О подготовке конституционной реформы в России сообщил в Facebook 9 октября 2018 г. российский политический аналитик, профессор, заведующий кафедрой связей с общественностью МГИМО В. Соловей⁵. Так, по мнению профессора, заведующего кафедрой конституционного и муниципального права МГУ С. А. Авакьяна, в России созрели причины конституционного реформирования. По его мнению, необходимо создание конституционных основ гражданского общества, обеспечения реального народовластия, а местное самоуправление должно стать реальным, с привлечением населения к управлению местными делами⁶. С этими выводами нельзя не согласиться. Но возникают вопросы: 1) что сегодня мешает реализовать на практике конституционные нормы, предоставляющие народу осуществлять свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления? (ч. 2 ст. 3 Конституции РФ); 2) закрепление в Конституции РФ основ гражданского общества гарантирует обеспечение в России реального народовластия? Однозначного ответа на эти вопросы нет. Для реализации данных предложений в настоящее время нет необходимости вносить изменения в действующую Конституцию.

Председатель Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькин в статье «Буква и дух Конституции» в качестве недостатков действующей Конституции отметил следующее:

– отсутствие должного баланса в системе сдержек и противовесов, крен в сторону исполнительной власти;

– недостаточная четкость в распределении полномочий между президентом и правительством, в определении статуса администрации президента и полномочий прокуратуры;

– конструкция ст. 12 Конституции дает повод к противопоставлению органов местного самоуправления органам государственной власти (в том числе представительным органам государственной власти), в то же время как органы местного самоуправления по своей природе являются лишь нижним, локальным звеном публичной власти в Российской Федерации;

– недостатки существуют и в разграничении предметов ведения и полномочий между Федерацией и ее субъектами⁷.

¹ См.: Аничкин Е. С. Преобразование Конституции Российской Федерации : сущность и причины // Вестник Томского гос. ун-та. 2009. № 3. С. 204.

² См.: Авакьян С. А. Нужна ли конституционная реформа в России? // Конституционное и муниципальное право. 2012. № 9. С. 2–9.

³ URL: <https://wiselawyer.ru/poleznoe/17462-konstitucionnaya-reforma-rossii-ochevidnost> (дата обращения: 30.11.2018).

⁴ См.: Зорькин В. Буква и дух Конституции // Рос. газета. 2018. 10 окт.

⁵ URL: <https://blog.newsru.com/article/10oct2018/reforma> (дата обращения: 30.11.2018).

⁶ См.: Авакьян С. А. Указ. соч. С. 7.

⁷ См.: Зорькин В. Буква и дух Конституции // Рос. газета. 2018. 10 окт.

По его мнению, подобные недостатки вполне поправимы путем точечных изменений, а заложенный в конституционном тексте глубокий правовой смысл позволяет адаптировать этот текст к меняющимся социально-правовым реалиям в рамках принятой в мировой конституционной практике доктрины «живой Конституции». Опора на эту доктрину дает возможность, не искажая сути правового смысла, заложенного в Конституции РФ, выявлять его актуальное значение в контексте современных социально-правовых реалий. Примеры внесения изменений в отдельные статьи Конституции РФ законами РФ о поправках являются ярким подтверждением слов председателя Конституционного Суда РФ В. Д. Зорькина⁸. В то же время вызывает сомнение предложение о внесении возможных изменений в ст. 12 Конституции РФ, относящейся к основам конституционного строя.

Конституционный Суд РФ активно влияет на формирование федерального законодательства своими постановлениями, принимаемыми при рассмотрении обращений в Конституционный Суд РФ. Приведу конкретные примеры, касающиеся избрания высшего должностного лица субъекта Федерации. Так, в постановлении Конституционного Суда РФ от 18 января 1996 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Устава (Основного закона) Алтайского края» подчеркивалось, что Конституция РФ не содержит прямых указаний относительно порядка избрания глав исполнительных органов государственной власти субъектов РФ. В то же время, ссылаясь на ч. 2 ст. 3 Конституции РФ, в соответствии с которой народ осуществляет свою власть непосредственно, а также через органы государственной власти, Конституционный Суд РФ приходит к выводу о том, что недопустимо превращать законодательное собрание субъекта РФ в избирательную коллегию, решение которой подменяет прямое волеизъявление граждан. Избранный в таком порядке глава администрации не может считаться легитимным независимым руководителем исполнительной власти субъекта РФ⁹. После принятия Федерального закона от 11 декабря 2004 г. № 159-ФЗ, закрепившем в ст. 18 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» норму, в соответствии с которой гражданин Российской Федерации наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта

⁸ Об изменении срока полномочий Президента Российской Федерации и Государственной Думы : закон РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 1. Ст. 1 ; О контрольных полномочиях Государственной Думы в отношении Правительства Российской Федерации : закон РФ от 30 декабря 2008 № 7-ФКЗ // Там же. Ст. 2 ; О Верховном Суде Российской Федерации и Прокуратуре Российской Федерации : закон РФ от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ // Там же. 2014. № 6. Ст. 548 ; О Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации : закон РФ от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ // Там же. № 30 (ч. 1). Ст. 4202.

⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 4. Ст. 409.

РФ по представлению Президента РФ законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ в порядке, предусмотренном Федеральным законом и конституцией (уставом) субъекта РФ¹⁰, Конституционный Суд РФ посчитал, что Конституция РФ допускает возможность различных вариантов наделения полномочиями органов и должностных лиц публичной власти, непосредственно непоименованных в Конституции РФ в качестве избираемых. Федеральный законодатель, реализуя свое право устанавливать общие принципы организации представительных и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ, вполне может предусмотреть нормативно правовую основу порядка наделения полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ¹¹. По мнению Конституционного Суда РФ, право законодательного органа субъекта РФ на участие в формировании высшего исполнительного органа субъекта РФ не противоречит основам конституционного строя, а из Конституции РФ не следует, что прямые выборы являются единственным правомерным способом наделения гражданина РФ полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ.

Приведенные примеры показывают, что, несмотря на признание Конституционным Судом РФ не противоречащими Конституции РФ федеральных законов, очевидно что этими законами устанавливались императивные нормы, которые субъекты РФ должны были закрепить в своих конституциях и уставах и руководствоваться в практической деятельности. В то же время в соответствии со ст. 77 Конституции РФ система органов государственной власти в субъектах Федерации устанавливается субъектами РФ самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральными законами. Естественно, в указанных федеральных законах ни о какой самостоятельности субъектов РФ в осуществлении собственно правового регулирования по вопросу избрания высшего должностного лица субъекта Федерации речь не идет. Очевидно, учитывая позицию Конституционного Суда РФ, Государственной Думой Федерального Собрания был принят Федеральный закон от 2 апреля 2013 г. № 30-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», которым субъектам РФ впервые было предоставлено право самостоятельно определять, каким образом будет избираться высшее должностное лицо субъекта Федерации: населением или депутатами

¹⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 50. Ст. 4950.

¹¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан : постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 3. Ст. 336.

законодательного (представительного) органа государственной власти субъекта Российской Федерации¹².

Таким образом, методом проб и ошибок Государственная Дума пришла к очевидному выводу о том, что на федеральном уровне должен быть закреплён принцип выборности высшего должностного лица субъекта Федерации, а также возможные варианты проведения этой процедуры. При этом законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ вправе выбрать один из этих вариантов и закрепить в своей конституции (уставе). Этот пример показывает, что на практике можно реализовывать нормы Конституции РФ в федеральном законодательстве, если следовать букве и духу Конституции РФ, без внесения в нее поправок и изменений.

Проведенный нами краткий анализ норм Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» показал, что в него с момента принятия были внесены изменения и дополнения 157 федеральными законами¹³, которыми вместо установления «общих принципов» осуществляется правовое регулирование статуса органов государственной власти субъектов РФ, организации их деятельности. Аналогичная ситуация и с Федеральным законом от 6 октября 2003 г. №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», в который с момента принятия были внесены изменения 151 федеральным законом¹⁴.

Заслуживают внимания выводы председателя Конституционного Суда РФ В. Зорькина о том, «что путем радикальной конституционной реформы можно развернуть ход событий в каком-то более правильном направлении, не только поверхностны, но и опасны, поскольку чреваты резкой социально-политической дестабилизацией».

Сегодня исключительно важное значение имеет проведение мониторинга действующего законодательства в части соблюдения федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Федерации положений, закрепленных в ст. 12, 71, 72 и 76 Конституции РФ. Здесь большое поле деятельности как для ученых и специалистов, так и для депутатов всех уровней. По нашему мнению, необходимо:

– во-первых, провести мониторинг Федеральных законов от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и от 6 октября 2003 г. №131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 14. Ст. 1638.

¹³ По состоянию на 1 ноября 2018 г.

¹⁴ По состоянию на 1 ноября 2018 г.

Федерации» на предмет соответствия их нормам Конституции Российской Федерации;

– во-вторых, на период проведения мониторинга ввести мораторий на внесение изменений в эти федеральные законы;

– в-третьих, проанализировать практику реализации этих федеральных законов в ряде субъектов Федерации и результатов проведенного мониторинга предложить Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации подготовить и обсудить на парламентских слушаниях новые редакции федеральных законов, регулирующих общие принципы организации системы органов государственной власти и местного самоуправления.

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

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

E-mail: agibalov@govrn.ru

The Russian Academy of National Economy and Public Administration by President of the Russian Federation (Voronezh Branch)

Agibalov Yu. V., Candidate of Economic Sciences, Professor of the State and Municipal Service and Personnel Policy Department

E-mail: agibalov@govrn.ru

УДК 378.12

**БОРИС ИВАНОВИЧ МЕЛЁХИН:
ДОЦЕНТ КАФЕДРЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА И СОВЕТСКОГО
СТРОИТЕЛЬСТВА ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА ВГУ**

Е. В. Сазонникова

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 10 мая 2018 г.

Аннотация: статья посвящена описанию жизненного и профессионального пути доцента кафедры государственного права и советского строительства юридического факультета ВГУ в 1960–1996 гг. Бориса Ивановича Мелёхина. Статья написана в преддверии 95-летия со дня рождения преподавателя в 2020 г. Приведены биографические сведения из личного дела в архиве ВГУ доцента Б. И. Мелёхина, сделан обзор диссертационных исследований и иных публикаций ученого, представлены некоторые дарственные надписи на книгах, фотографии и иные документы. Статья приурочена к 100-летию со дня учреждения юридического факультета ВГУ и 60-летию со дня возобновления его деятельности в университете в 1958 г. В ходе подготовки статьи автором был обнаружен в фонде Российской государственной библиотеки экземпляр автореферата кандидатской диссертации Б. И. Мелёхина, ксерокопия которого была передана автором в фонд ЗНБ ВГУ.

Ключевые слова: Б. И. Мелёхин, биография, книги, юридический факультет, Воронежский государственный университет.

Abstract: the article is devoted to the description of the life and professional path of the associate professor of the department of state law and Soviet construction of the law faculty of VSU in 1960 - 1996. Boris Ivanovich Melekhin. The article is written on the eve of the 95th anniversary of the birth of a scientist and teacher in 2020. The article contains biographical information from the personal file in the archives of the VSU B. I. Melekhin, reviewed theses and other publications of the scientist, presents some donative inscriptions on books, photographs and other documents. The article is dedicated to the 100th anniversary of the foundation of the law faculty of the VSU in 2018 and the 60th anniversary of the resumption of its activities in 1958. During the preparation of the article, the author found a copy of the author's abstract of the candidate's thesis by B. I. Melekhin in the funds of the Russian State library, a photocopy of which was transferred by the author to the ZNB VSU fund.

Key words: B.I. Melekhin, biography, books, law faculty, Voronezh state University.

Личное дело Бориса Ивановича Мелёхина в архиве Воронежского государственного университета было начато 1 июня 1960 г., с этого дня он начал работать на юридическом факультете Воронежского государствен-

ного университета, и закончено 30 июня 1996 г. в связи с увольнением по окончании срока трудового договора. Более 35 лет Б. И. Мелёхин работал на юридическом факультете ВГУ¹.



*Б. И. Мелёхин
(Воронеж, 1970-е гг.)*

Борис Иванович Мелёхин родился 29 апреля 1925 г. в г. Моршанске Тамбовской губернии в семье служащего банка и учительницы, здесь же закончил среднюю школу. В первые годы Великой Отечественной войны он работал трактористом МТС.

В марте 1943 г. по достижении 18-летнего возраста был призван в ряды РККА, начал военную службу курсантом Тамбовского пулеметно-минометного училища, воевал рядовым 289-го стрелкового полка 97-й Гвардейской Краснознаменной Полтавско-Кременчугской дивизии ордена Суворова стрелковой дивизии Степного фронта. 19 июля 1943 г. при обороне и контрнаступлении под Белгородом получил тяжелое ранение обеих ног.

Несмотря на ранение, он подбил один немецкий средний танк. Вследствие полученного тяжелого ранения долго находился на излечении в госпитале. В феврале 1944 г. по состоянию здоровья и присвоения ему группы инвалидности был уволен из Красной армии. В этом же году вступил в КПСС. Награжден орденом Отечественной войны I степени, медалями, в том числе «За боевые заслуги».

В 1944 г. Б. И. Мелёхин поступил учиться на юридический факультет Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова. В дипломе об окончании МГУ написано, что ему была присвоена квалификация «юриста, научного работника в области юридических наук, преподавателя вуза и звание учителя средней школы».

В 1949 г. Б. И. Мелёхин поступил в аспирантуру МГУ. Во время учебы в аспирантуре был секретарем партийной организации профессорско-преподавательского и аспи-



*Б. И. Мелёхин
в годы Великой
Отечественной войны*

¹ См.: Личное дело Б. И. Мелёхина в архиве ВГУ ; сведения о награждении Б. И. Мелёхина в ЭБД «Подвиг народа в Великой Отечественной войне 1941–1945 гг.» ; фотография Б. И. Мелёхина на сайте юридического факультета ВГУ в разделе «Ветераны» и фрагмент общей фотографии членов кафедры государственного права и советского строительства (1970-е гг.) из буклета кафедры конституционного и муниципального права (Воронеж, 2017. С. 2).

рантского состава юридического факультета МГУ. Завершил обучение в аспирантуре защитой кандидатской диссертации на тему «Роль ученых Московского университета и его выдающихся воспитанников в развитии науки международного права (1756–1917 гг.)»², научный руководитель – профессор Ф. И. Кожевников³.

При подготовке этой статьи обнаружилось, что в фонде ЗНБ ВГУ нет в наличии экземпляров кандидатской диссертации и автореферата Б. И. Мелёхина. В итоге поиски этих трудов увенчались успехом в Российской государственной библиотеке: в хранилище библиотеки сохранился единственный экземпляр автореферата кандидатской диссертации, ксерокопия которого была передана в дар отделу обслуживания юридического факультета ЗНБ ВГУ. Таким образом, восстановлена историческая справедливость: текст автореферата кандидатской диссертации доцента юридического факультета Б. И. Мелёхина занял свое заслуженное место в университетской библиотеке, и к предстоящему 100-летию юридического факультета ВГУ фонд библиотеки пополнился еще одним весомым артефактом.

Кандидатская диссертация была написана и защищена Б. И. Мелёхиным в преддверии 200-летнего юбилея Московского государственного университета имени М. В. Ломоносова, отмечавшегося в 1955 г. Диссертация – объемный труд из семи глав, который автор начал исследованием процесса зарождения и развития отечественной науки международного права до 1825 г. и завершил описанием современного на момент защиты диссертации состояния международных отношений и науки международного права.

В первой главе диссертации показаны международно-правовые взгляды выдающегося русского ученого, энциклопедиста с мировым именем М. В. Ломоносова, первого русского профессора права С. Е. Десницкого, известного русского публициста В. Ф. Малиновского, одного из первых русских историков международных отношений Н. Н. Бан-

² См.: Мелёхин Б. И. Роль ученых Московского университета и его выдающихся воспитанников в развитии науки международного права (1775–1917 годы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1952. 13 с.

³ Кожевников Фёдор Иванович (1903, Смоленск – 1998, Москва) – юрист-международник, доктор юридических наук (1945), заслуженный деятель науки РСФСР (1964). В 1923 г. окончил рабфак Смоленского университета, в 1927 г. – факультет советского права МГУ. Продолжил обучение в аспирантуре Института советского строительства и права. С 1934 по 1936 г. – сотрудник торгового представительства СССР в Тегеране. Позднее преподавал в вузах Москвы. С 1942 по 1960 г. – заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ, в 1942–1943 гг. и 1944–1949 гг. – декан юридического факультета МГУ. С 1958 по 1960 г. возглавлял сектор международного права Института государства и права АН СССР. С 1960 г. работал в МГИМО, в том числе деканом международно-правового факультета. Был членом Комиссии международного права ООН, Международного суда ООН, Постоянной палаты третейского суда в Гааге (см. подробнее: *Вылегжанин А. Н.* Судья Международного суда ООН, профессор Ф. И. Кожевников (к 110-летию со дня рождения) // *Вестник МГИМО Университета.* 2013. № 2. С. 250–252).

тыш-Каменского, крупного русского юриста и философа В. Т. Золотницкого (с. 5–6).

Вторая глава посвящена взглядам видного общественного деятеля, философа А. Н. Радищева и декабристов – в основном М. А. Фонвизина, Н. И. Тургенева и П. Г. Каховского (с. 6–7).

В главах с третьей по пятую подробно раскрывается роль в преподавании и теоретической разработке науки международного права профессоров юридического факультета МГУ и его наиболее известных воспитанников в период с 1825 по 1917 г.: В. Н. Лешкова, М. Н. Капустина, Л. А. Камаровского, В. П. Даневского, В. А. Ульяницкого, П. М. Богаевского, В. Э. Грабаря и др. Автор диссертации останавливается на злободневных международно-правовых темах того времени, отмечая среди них такие, как независимость государств и международное общение; вмешательство и невмешательство; посольское и консульское право; международные договоры; международные организации; кодификация международного права (с. 7–11).

Шестая глава посвящена воззрениям известного публициста, философа и педагога А. И. Герцена на природу международных отношений, в ней говорится об общих принципах науки международного права, которых он придерживался и активно отстаивал в своих трудах (с. 11–12).

Как это было принято в те годы, когда была написана диссертация, в последней, седьмой, главе шла речь о роли марксизма-ленинизма в развитии науки международного права (с. 12–13).

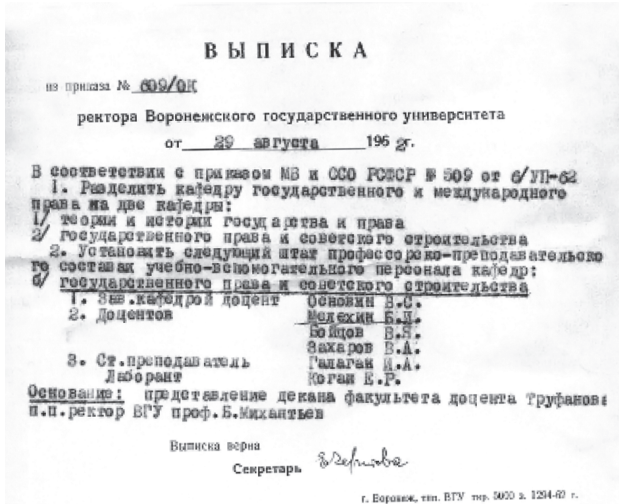
Диссертационное исследование Б. И. Мелёхина было написано в русле научной проблематики, разрабатываемой его научным руководителем – выдающимся профессором международного права Ф. И. Кожевниковым, чей вклад в науку международного права неоспорим. Тема кандидатской диссертации Б. И. Мелёхина отчасти в своей историко-правовой составляющей перекликается с темой докторской диссертации Ф. И. Кожевникова «Русское государство и международное право (до XX в.)».

После окончания обучения в аспирантуре в 1952 г. Б. И. Мелёхин был направлен в Томский государственный университет имени В. В. Куйбышева (ТГУ), где он проработал восемь лет, до 1960 г., сначала в должности преподавателя, а в 1957 г. ему было присвоено ученое звание доцента по кафедре теории и истории государства и права. В ТГУ он в разные годы читал курсы: «Теория государства и права», «Международное публичное право», «История международных отношений», «Буржуазное государственное право», «Международное частное право», «Экономика и политика зарубежных стран».

С 15 июня 1960 г. Б. И. Мелёхин начал работать на юридическом факультете Воронежского государственного университета. С 1960 по 1962 г. он был доцентом кафедры государственного и международного права.

В 1962 г. в результате разделения кафедры государственного и международного права на два самостоятельных подразделения – кафедру те-

ории и истории государства и права, а также кафедру государственного права и советского строительства, Б. И. Мелёхин стал доцентом *первого состава* кафедры государственного права и советского строительства.



Выписка из приказа ректора ВГУ от 29.08.1962 г. №609/ОК о разделении кафедры государственного и международного права, в которой установлен первый штатный состав кафедры государственного права и советского строительства (см.: Личное дело Мелёхина Б. И. в архиве ВГУ. Л. д. 22)

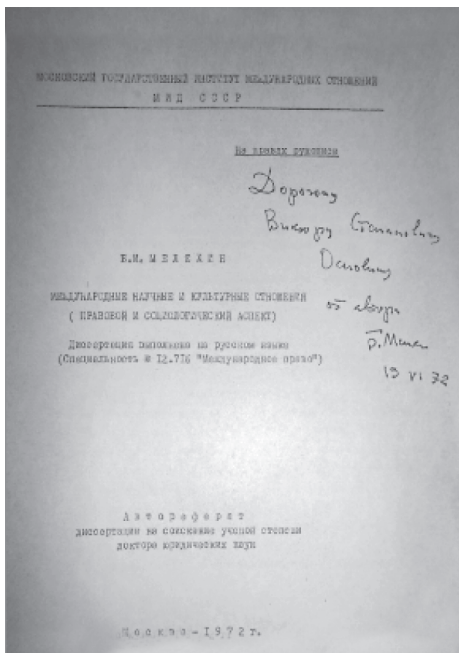
На момент образования в 1962 г. кафедра государственного права и советского строительства⁴ согласно штатному расписанию состояла из заведующего кафедрой доцента В. С. Основина, доцентов – Б. И. Мелёхина, В. Я. Бойцова, В. А. Захарова и старшего преподавателя И. А. Галагана; лаборантом кафедры была Е. Р. Коган. В 1964 г. во время творческого отпуса В. С. Основина, связанного с подготовкой докторской диссертации, Б. И. Мелёхин исполнял обязанности заведующего кафедрой.

При изучении опубликованных трудов Б. И. Мелёхина видно, что период его максимальной публикационной активности приходится на конец 50-х – середину 70-х гг. прошлого века. В 1968 г. была опубликована его монография «Культурное и научное общение народов. Правовое регулирование» (Воронеж, 1968).

В конце 1960-х – начале 1970-х гг. Б. И. Мелёхиным была подготовлена докторская диссертация на тему «Международные научные и культурные отношения (правовой и социологический аспект)» (М., 1972) по специальности «Международное право; международное частное право». На экземпляре автореферата докторской диссертации, хранящегося в ЗНБ ВГУ, можно прочитать дарственную надпись автора, адресованную

⁴ В 1993 г. кафедра получила новое наименование – кафедра государственного и административного права.

заведующему кафедрой государственного права и советского строительства профессору В. С. Основину: «Дорогому Виктору Степановичу Основину от автора. Б. Мелехин. 19.VI.72».



Титульный лист автореферата диссертации доцента Б. И. Мелёхина на соискание ученой степени доктора юридических наук с дарственной надписью профессору В. С. Основину (1972 г.)

народного культурного и научного общения, мировой оборот культурной и научной продукции, помощь и взаимопомощь в международных отношениях в области образования, культуры и науки.

В ЗНБ ВГУ хранится еще один автореферат докторской диссертации Б. И. Мелёхина на тему «Правовые проблемы регулирования международных научных и культурных отношений» (Гарту, 1974). В этом варианте автореферата несколько иначе сформулирована тема диссертации, но содержательно он мало отличается от автореферата 1972 г.

При сравнении двух авторефератов видно, что в 1972 г. специальность «международное право; международное частное право» имела шифр 12.716, а в 1974 г. – шифр 12.00.10. Как известно, летом 1972 г. была переработана номенклатура специальностей научных работников, изменились наименования и последовательность специальностей, а также их шифры.

К сожалению, докторская диссертация Б. И. Мелёхиным так и не была защищена. По словам профессора В. С. Основина, заведующего ка-

Первая часть диссертации – «Принципы и нормы международных культурных и научных отношений» – посвящена проблемам состояния и тенденций развития международных культурных и научных отношений, норм и принципов, которые их регулируют и координируют.

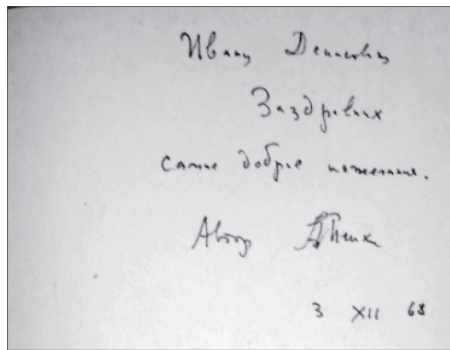
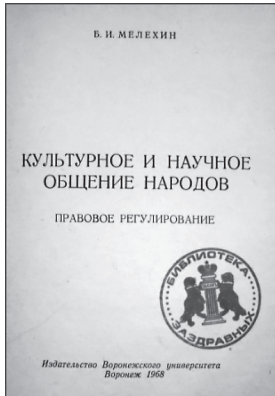
Во второй части диссертации – «Участники и органы международных культурных и научных отношений» – рассматриваются положение и роль основных участников международных культурных и научных отношений в целом и в частности, когда они выступают носителями прав и обязанностей по национальному или международному праву, т. е. являются участниками определенных правоотношений.

Третья часть диссертации – «Формы и методы международных культурных и научных отношений и их правовое регулирование». К этим формам в диссертации были отнесены: поездки за границу для между-

федрой государственного права и советского строительства, сказанным на одном из заседаний кафедры, так произошло «в связи с перестройкой системы защиты докторских диссертаций»⁵.

На юридическом факультете ВГУ Б. И. Мелёхин читал курсы: «Международное право», «Государственное право буржуазных государств», а также курс «Основы научной работы студентов». В 1990-е гг. читал также для иностранных студентов курсы: «Международное экономическое право», «Дипломатическое и консульское право».

Б. И. Мелёхин был одаренным педагогом, внимательно относился к студентам. Вот один из эпизодов, который стал известен во время подготовки этой статьи. В апреле 2018 г. во время общения со студентами государственно-правового профиля об истории кафедры конституционного и муниципального права было упомянуто имя Б. И. Мелёхина. Студент 3-го курса юридического факультета, председатель комитета по образованию, науке и молодежной политике Молодежного парламента Воронежской области Денис Владимирович Заздравных рассказал, что в 1968 г. его деду, Ивану Денисовичу Заздравных (1942–2011)⁶, в то время студенту юридического факультета ВГУ, Б. И. Мелёхин подарил свою только что вышедшую в свет монографию «Культурное и научное общение народов. Правовое регулирование» (Воронеж, 1968) с дарственной надписью на форзаце: *«Ивану Денисовичу Заздравных самые добрые пожелания. Автор. З. XII. 68»*.



Титульный лист книги Б. И. Мелёхина «Культурное и научное общение народов» (Воронеж, 1968) с экслибрисом И. Д. Заздравных и форзац книги с дарственной надписью Б. И. Мелёхина, адресованной И. Д. Заздравных

⁵ Личное дело Б. И. Мелёхина в архиве ВГУ. Л. д. 84.

⁶ После окончания учебы в ВГУ Иван Денисович Заздравных работал в органах прокуратуры, в 1983–1997 гг. – прокурором Павловского района Воронежской области. После ухода из прокуратуры на пенсию по выслуге лет в период с 1997 по 2011 г. работал нотариусом нотариального округа Павловского района Воронежской области. Информация об Иване Денисовиче Заздравных, а также книга Б. И. Мелёхина «Культурное и научное общение народов. Правовое регулирование» с дарственной надписью И. Д. Заздравных любезно предоставлена его внуком Д. В. Заздравных.

Б. И. Мелёхин осуществлял не только преподавательскую и научную деятельность, но и партийную и общественную работу. В разное время он был: председателем Правления общества «Знание» Центрального района г. Воронежа, внештатным лектором Обкома КПСС, членом партбюро факультета, руководителем школы основ марксизма-ленинизма на факультете; принимал активное участие в деятельности Советской ассоциации международного права.

Б. И. Мелёхин ушел из жизни 27 ноября 1996 г., похоронен в г. Воронеже на Юго-Западном кладбище.

Завершая биографический очерк о жизни и творчестве Б. И. Мелёхина, важно подчеркнуть, что он входил в число известных отечественных ученых в области международного права в советский период. Б. И. Мелёхин был одним первых сотрудников юридического факультета ВГУ, воссозданного в Воронежском государственном университете в 1958 г.

Основные публикации Б. И. Мелёхина

Конституционные принципы СССР / Б. И. Мелёхин // Особенности и значение Конституции СССР 1977 года : учеб. пособие. – Воронеж, 1979. – С. 88–96.

Международное значение Конституции СССР 1977 года / Б. И. Мелёхин // Особенности и значение Конституции СССР 1977 года : учеб. пособие. – Воронеж, 1979. – С. 201–215.

Правовые проблемы регулирования международных научных и культурных отношений : автореф. дис ... д-ра юрид. наук / Б. И. Мелёхин ; Воронеж. гос. ун-т. – Тарту ; [Воронеж], 1974. – 31 с.

Международные научные и культурные отношения (правовой и социологический аспект) : автореф. дис ... д-ра юрид. наук / Б. И. Мелёхин ; МГИМО МИД СССР. – М., 1972. – 40 с.

В. И. Ленин о культурном сближении народов и роль международного права / Б. И. Мелёхин // Ученые зап. Моск. ин-та междунар. отношений. Актуальные проблемы современного международного права. – 1971. – Вып. 1. – С. 246–260.

Культурное и научное общение народов. Правовое регулирование / Б. И. Мелёхин. – Воронеж : Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 1968. – 229 с.

Международные научные конгрессы и конференции (правовое регулирование) / Б. И. Мелёхин // Первая научная сессия ВГУ : тез. докл. и сообщений. – 1962. – С. 167–168.

Социалистический демократизм в осуществлении внешних функций государства / Б. И. Мелёхин // Советское государство и право в период развернутого строительства коммунизма : тез. докл. науч. конф. – Воронеж, 1962. – С. 15–16.

Роль народных масс в борьбе за международную законность / Б. И. Мелёхин // Труды Томского гос. ун-та имени В. В. Куйбышева. – Томск : Изд-во Томского ун-та, 1957. – Т. 137 : Пятая научная конференция ТГУ имени В. В. Куйбышева, посвященная 350-летию города Томска. – С. 41–58.

Основной экономический закон современного капитализма и нарушение международной законности империалистическими государствами / Б. И. Мелёхин // Труды Томского гос. ун-та имени В. В. Куйбышева. – Томск : Изд-во Томского ун-та, 1956. – Т. 127 : Сборник работ юрид. фак. – С. 39–56.

Роль ученых Московского университета и его выдающихся воспитанников в развитии науки международного права (1775–1917 годы) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Б. И. Мелёхин ; Моск. ордена Ленина гос. ун-т имени М. В. Ломоносова. – М., 1952. – 13 с.

Воронежский государственный университет

Сазонникова Е. В., доктор юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права

E-mail: sazon75@mail.ru

Тел.: 8 (473) 2-208-378; 8-951-557-64-04

Voronezh State University

Sazonnikova E. V., Doctor of Legal Sciences, Associate Professor of the Constitutional and Municipal Law Department

E-mail: sazon75@mail.ru

Tel.: 8 (473) 2-208-378; 8-951-557-64-04

УДК 342.511

НАДЛЕЖАЩАЯ ПРАВОВАЯ ПРОЦЕДУРА (*DUE PROCESS*)
ПРИ ИМПИЧМЕНТЕ ПРЕЗИДЕНТА БРАЗИЛИИ

Рикарду Перлинжейру

Федеральный университет Флуминенсе Нитерой (Рио-де-Жанейро)

Поступила в редакцию 10 сентября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются основания применения процессуального аспекта надлежащей правовой процедуры к институту импичмента в принципе, обосновывается, что степень доверия судебной власти к мнению Сената должна зависеть от того, насколько Сенат следует требованиям надлежащей правовой процедуры при исполнении своей судебной функции. Рассматриваются отдельные процедурные гарантии, которые должны соблюдаться при объявлении импичмента в конституционной системе, чтобы отсутствовали основания судебного пересмотра таких решений.

Ключевые слова: импичмент, надлежащая правовая процедура, Американская конвенция о правах человека.

Abstract: considered the reasons for applying the procedural aspect of due process to the institution of impeachment, argued that the degree of confidence of the judiciary in the opinion of the Senate should depend of the Senate complies with the requirements of due process in the execution of judicial function. Considered separate procedural guarantees that must be respected when impeachment is declared in the constitutional system so that there are no grounds for judicial review of such decisions.

Key words: impeachment, due process, American Convention on Human Rights.

ПРИМЕНИМОСТЬ ПРИНЦИПА НАДЛЕЖАЩЕЙ ПРАВОВОЙ
ПРОЦЕДУРЫ К ИМПИЧМЕНТУ

Надлежащая правовая процедура в Латинской Америке

Для создания исторической перспективы необходимо упомянуть, что «надлежащая правовая процедура» имеет корни в системе общего права Англии¹ и США². Необходимо также отметить, что под влиянием кон-

¹ Примерами законов, появившихся в английском общем праве, являются: Великая хартия вольностей (*Magna Carta*) 1215 г.; Статут о свободном субъекте (*Liberty of Subject Act*) 1354 г. // 28 Edward 3; Акт о соблюдении надлежащей правовой процедуры (*Observance of Due Process of Law Act*) 1368 г. // 42 Edward 3.

² См.: Перлинжейру Р. Историческая перспектива административной юстиции в Латинской Америке : борьба континентально-правовой традиции и влия-

ституционного права США³ принцип надлежащей правовой процедуры был формально закреплен в конституциях многих латиноамериканских стран. Таким образом, надлежащая правовая процедура является неотъемлемым условием реализации государственными административными органами функции рассмотрения и разрешения споров, когда их решение потенциально может ограничить гражданские свободы⁴.

Надлежащая правовая процедура при импичменте в Бразилии

Согласно бразильскому праву бессрочное отстранение от должности президента республики на основании так называемого «политического преступления» (*crime de responsabilidade*)⁵ подразумевает лишение индивидуального права (отстранение от должности и дисквалификация: запрет занимать другие аналогичные государственные должности). Поэтому, в соответствии с пунктами XXXV, LIV и LV ст. 5 Конституции Бразилии 1988 г., импичменту должно предшествовать справедливое разбирательство дела (*fair hearing*). С этим была согласна и сторона защиты, и сторона обвинения в деле об импичменте Президенту Дилме Русеф⁶; этот момент отражен и в постановлении Федерального верховного суда Бразилии⁷.

Может ли Сенат осуществлять квазисудебные полномочия?

Спорные процессуальные моменты в импичменте касаются того, в какой степени требуется соблюдение надлежащей правовой процедуры при рассмотрении дела Федеральным сенатом и условий, при которых несоблюдение гарантий надлежащей правовой процедуры может послужить основанием для судебного пересмотра решения.

Другими словами, необходимо ответить на следующие вопросы: должны ли соблюдаться гарантии надлежащей правовой процедуры, обязательные для судебного процесса, при рассмотрении дела Сенатом? Подлежит ли решение Сената об импичменте судебному контролю?

ния США // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 3(1). С. 22–26. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2606973

³ Решения Верховного суда США: от 19 февраля 1856 г. по делу *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* // 59 U.S. 272. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/59/272/case.html>; от 23 марта 1970 г. по делу *Goldberg v. Kelly* // 397 U.S. 254. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/397/254/case.html>

⁴ См.: Перлинжэйру Р. Историческая перспектива... С. 22–31.

⁵ Политические преступления (*crime de responsabilidade*) упоминаются в ст. 85 Федеральной конституции Бразилии. Закон № 1.079 от 10 апреля 1950 г. определяет их как «любое деяние, совершенное президентом Республики, которое нарушает Федеральную конституцию».

⁶ Обвинение (*denúncia*) Федерального сената Бразилии № 1/2016 от 6 сентября 2016 г.

⁷ Постановление Федерального верховного суда Бразилии от 8 декабря 2015 г. по запросу о наличии нарушения фундаментального принципа права (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF*) № 378.

Независимое и беспристрастное разбирательство дела как фундаментальное право человека

На основании прецедентного права Межамериканского суда по правам человека (МАСПЧ) можно сказать, что каждый человек имеет фундаментальное право на справедливое разбирательство его дела, но необязательно в обычном суде⁸. Хотя традиционно считается, что суды – это та ветвь власти, назначение которой – рассмотрение и разрешение споров⁹, Американская конвенция о правах человека (АКПЧ) разрешает исполнять эту функцию также законодательной и исполнительной ветвям власти. Но в любой ветви власти делать это должен компетентный, независимый и беспристрастный орган, чья компетенция установлена законом и который обеспечивает соблюдение иных процессуальных и материальных гарантий надлежащей правовой процедуры¹⁰. Аналогичный прецедент был установлен Верховным судом США в деле *Crowell v. Benson*: «штат может делегировать принадлежащие ему полномочия [по рассмотрению административных споров] таким образом, как он считает нужным, но при условии, что соблюдаются существенные требования надлежащей правовой процедуры и не превышаются полномочия штатов, ограниченные Федеральной конституцией»¹¹.

В модели административной юстиции Бразилии и других стран Латинской Америки пересмотром решений административных органов занимается в первую очередь судебная власть¹². В других моделях ответственными за такой пересмотр могут быть внесудебные органы, например, как в Уругвае и Мексике¹³, или эти полномочия могут быть разделены между исполнительной и судебной властью, как это было в Гондурасе в период действия Конституции 1965 г.¹⁴

Все указанные латиноамериканские модели реализуют принцип верховенства права посредством гарантий рассмотрения административных

⁸ Пункт 71 решения Межамериканского суда по правам человека от 31 января 2001 г. по делу «Конституционный суд против Перу» (*Case of the Constitutional Court v. Peru* – решение по существу, возмещение убытков, распределение расходов) // Serie C № 71. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.pdf

⁹ Автор использует термин «рассмотрение административных споров» как синоним английского выражения «administrative adjudication», французского выражения «jurisdiction administrative», немецкого «Verwaltungsgerichtsbarkeit», итальянского «giurisdizione amministrativa» и испанского «jurisdicción administrativa».

¹⁰ Пункт 108 решения Межамериканского суда по правам человека от 23 ноября 2010 г. по делу «Велес Лоор против Панамы» (*Vélez Loor vs. Panama* – предварительные возражения, решение по существу, возмещение убытков, распределение расходов) // Serie C № 218. URL: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_ing.pdf

¹¹ Пункт 9 решения Верховного суда США от 23 февраля 1932 г. по делу *Crowell v. Benson* // 285 U.S. 22, 57.

¹² См.: *Перлинзгейру Р.* Историческая перспектива... С. 18–21.

¹³ См.: Там же. С. 17–18.

¹⁴ См.: Там же. С. 16–17.

споров в соответствии со ст. 8 («Право на справедливое судебное разбирательство») и ст. 25 («Эффективная судебная защита») АКПЧ¹⁵.

Связь между полаганием судов на результаты рассмотрения споров административными органами и их квазисудебной природой

Хотя полномочия административных органов большей частью чисто исполнительные, эти органы также осуществляют разнообразную деятельность по рассмотрению и разрешению споров, которая может быть разделена на квазисудебные слушания дел с подобием судебного процесса и рутинное рассмотрение споров. Степень, в которой суды полагаются на решения административных органов по рассмотренным ими спорам (и которая установлена Конституцией), должна быть прямо пропорциональна степени, в которой эти решения были приняты в ходе квазисудебного процесса. Чем больше от судов требуется доверять административным решениям, тем важнее, чтобы в административном процессе обеспечивались гарантии, свойственные судебному процессу.

Например, в Бразилии у административных органов нет должной степени независимости, чтобы гарантировать соблюдение надлежащей правовой процедуры. В результате в бразильской модели разрешения административных споров решения этих органов могут быть обжалованы в суд, который в соответствии с п. XXXV ст. 5 Конституции Бразилии (право на эффективную судебную защиту) может пересмотреть их как по вопросам права, так и по вопросам факта.

Аналогичный подход можно найти в прецедентном праве Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ):

83. ... тот факт, что полномочиями по разрешению дела обладают профессиональные дисциплинарные органы, сам по себе не нарушает Конвенцию. Тем не менее при таких обстоятельствах Конвенция призывает к использованию хотя бы одной из следующих двух систем: профессиональные дисциплинарные органы сами соответствуют требованиям этой статьи либо они ей не соответствуют, но их решения подлежат последующему пересмотру «судебным органом, обладающим полной юрисдикцией», где предоставляются гарантии пункта 1 статьи 6 (см. *Альберт и Ле Комт против Бельгии (Albert and Le Compte v. Belgium)*, пункт 29; *Готран и другие против Франции (Gautrin and Others v. France)*, пункт 57).

84. ...Суд постоянно подчеркивал, что в соответствии с пунктом 1 статьи 6 необходимо, чтобы решения административных органов, которые сами по себе не удовлетворяют требованиям этой статьи, были предметом последующего контроля «судебным органом, обладающим полной юрисдикцией» (см. *Ортенберг против Австрии (Ortenberg v. Austria)*, пункт 31)¹⁶.

¹⁵ Пункт 10 решения Межамериканского суда по правам человека от 23 ноября 2010 г. по делу «Велес Лоор против Панамы».

¹⁶ Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект) / European Court of Human Rights

Рассуждая об этом, МАСПЧ утверждает, что, когда административный орган осуществляет чисто правоприменительные функции, он обязан следовать ст. 8 и 25 АКПЧ только в той степени, в какой это необходимо для обеспечения того, что его решение не будет произвольным, и не обязан обеспечивать те же процессуальные гарантии, что и судебные органы¹⁷. В обратном случае функции судебной власти и административных органов по рассмотрению споров будут идентичны по своим характеристикам и, следовательно, будут дублироваться¹⁸.

Полагание судов на решение Сената об импичменте

Латиноамериканская система рассмотрения административных споров являет собой иллюстрацию принципа, что решения административных органов, принятые без соблюдения надлежащей правовой процедуры, должны подлежать полному судебному пересмотру, как это принято в континентально-европейской правовой традиции. Однако в то же время национальные конституции различных латиноамериканских стран установили требования надлежащей правовой процедуры, как в странах общего права. В традиции общего права граждане имеют право на справедливое разбирательство их дела не только в суде, но и в рамках внесудебных (административных) процедур.

Имплементация требований надлежащей правовой процедуры в латиноамериканских странах затруднена из-за того, что внесудебные органы не обладают независимостью, необходимой для реализации данных гарантий. Следовательно, суды – это единственные независимые и беспристрастные органы, в которых граждане могут оспорить административные решения¹⁹.

В странах общего права принят достаточно отличный от латиноамериканского подход, когда суды склонны в большей степени доверять решениям административных органов по административным спорам. Примерами служит то, как принимают решения административные судьи в США, а также административные трибуналы в Англии и Австралии²⁰.

В связи с этим нужно заметить, что закрепленная в Конституции Бразилии модель процедуры импичмента Президента Республики является

32 [Европейский суд по правам человека]. 2013. P. 22. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_RUS.pdf

¹⁷ Пункт 118, 119 решения Межамериканского суда по правам человека от 19 сентября 2006 г. по делу «Клод Рейе и др. против Чили» (*Claude Reyes et al. v. Chile*). URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_ing.pdf

¹⁸ См.: *Asimow M. Five Models of Administrative Adjudication* [Пять моделей рассмотрения административных споров] // *American Journal of Comparative Law* [Американский журнал сравнительного правоведения]. 2015. № 63. P. 3–32. URL: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2502210

¹⁹ См.: *Перлинжэйру Р. Историческая перспектива...* С. 26–27.

²⁰ О различных моделях рассмотрения административных споров см.: *Asimow M. Op. cit.*; *Cane P. Controlling Administrative Power: An Historical Comparison* [Контролируя административную власть: исторический сравнительный анализ]. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 325–367.

моделью рассмотрения административных споров, чуждой для бразильского административного права.

Пункт 1 ст. 52 Конституции Бразилии устанавливает для политических преступлений (*crimes de responsabilidade*) судебный иммунитет, т. е. такую модель рассмотрения дела, когда суд не вмешивается в компетенцию Федерального сената, решающего вопрос об импичменте. Этот принцип был сформулирован в решении Верховного суда Бразилии: «Судебная власть не должна вмешиваться в осуществление Федеральным сенатом своих дискреционных полномочий в отношении сроков и возможности начала процесса импичмента или пересматривать решение по существу»²¹, аналогично тому, как Верховный суд США в деле «Никсон против Соединенных Штатов» постановил, что «жалоба ... о нарушении Сенатом ... пункта [Конституции] о рассмотрении дела об импичменте не подлежит рассмотрению в судебном порядке»²².

Несовместимость судебного иммунитета с Американской конвенцией о правах человека

Поскольку Конституция не разрешает судебной власти пересматривать решения об импичменте, вынесенные Сенатом, есть только два возможных варианта. Или в процессе импичмента реализуются требования надлежащей правовой процедуры, эквивалентные гарантиям справедливого разбирательства дела, или в конституционной системе Бразилии есть пробел, состоящий в том, что в исключительной компетенции Сената находится система рассмотрения споров, защищенная иммунитетом от судебного контроля, и на которую не распространяется конституционная норма о справедливом судебном разбирательстве (п. XXXV ст. 5 Конституции). Такой пробел в конституционном праве Бразилии недопустим с точки зрения МАКПЧ.

По мнению Межамериканской комиссии по правам человека (МАКПЧ):

Институт импичмента предусмотрен законами и подзаконными актами нескольких стран региона, и компетенцию реализовывать его имеют конгрессы, парламенты и [национальные] ассамблеи. Не умаляя их компетенцию, в межамериканской системе прав человека считается, что в любой карательной процедуре должны обеспечиваться минимальные процессуальные гарантии, особенно в ситуации, когда такая процедура может повлиять на права человека²³.

²¹ Постановление Федерального верховного суда Бразилии от 8 декабря 2015 г. по запросу о наличии нарушения фундаментального принципа права (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF*) № 378. См. также: Определение Федерального верховного суда Бразилии от 11 мая 2016 г. № 34.193/DF по жалобе о нарушении государственной властью закона и ходатайству о применении меры предварительной защиты (*Medida Cautelar/Mandado de Segurança*).

²² Решение Верховного суда США от 13 января 1993 г. по делу *Nixon v. United States* // 506 U.S. 224, 226.

²³ См.: IACHR Expresses concern over Impeachment of President of Brazil [МАКПЧ выражает озабоченность в связи с импичментом Президента Бразилии]

Верховный суд США постановил по аналогичному вопросу, в деле *Powell v. McCormack*, что принцип разделения властей не обязательно исключает судебный контроль по политическим вопросам, и что судебное вмешательство может быть необходимо в делах, затрагивающих толкование Конституции²⁴.

Таким образом, иммунитет от судебного контроля (запрет на судебный пересмотр) относится не к «политическим» вопросам права, а к некоторым вопросам факта, которые из-за своей глубоко технической природы могут быть вне сферы знания судей и поэтому не будут исследоваться или оцениваться в суде²⁵. Термин «политическое решение суда» в отношении к импичменту не следует понимать буквально. Категория прави-

(пресс-релиз) / IACHR, 2016. URL: http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/126.asp. Позднее, в 2017 г., МАКПЧ подала в МАСПЧ преюдициальный запрос, содержащий следующие вопросы: «В отношении разбирательства политических дел в отношении демократически и конституционно избранных президентов: 1. Какие конкретные гарантии надлежащей правовой процедуры, указанные в ст. 8 Американской конвенции о правах человека и ст. XVII Американской декларации прав и обязанностей человека, могут потребоваться в контексте разбирательства политических дел, проводимого законодательной властью в отношении демократически и конституционно избранных президентов? 2. Как право на судебную защиту, установленное ст. 25 Американской конвенции о правах человека и ст. XVII Американской декларации прав и обязанностей человека, применяется при разбирательстве политических дел, проводимом законодательной властью в отношении демократически и конституционно избранных президентов? 2.1. Требуется ли в соответствии со ст. 25 Американской конвенции о правах человека и ст. XVII Американской декларации прав и обязанностей человека судебный контроль процедур, использованных при разбирательстве политических дел, проводимом законодательной властью в отношении демократически и конституционно избранных президентов, и если да, то в каких пределах? 2.2. Требуется ли в соответствии со ст. 25 Американской конвенции о правах человека и ст. XVII Американской декларации прав и обязанностей человека судебный контроль итогового решения, принятого в ходе разбирательства политических дел, проводимом законодательной властью в отношении демократически и конституционно избранных президентов, и если да, то в каких пределах? 2.3. Как можно гарантировать, что объем и реальная практика судебного контроля, обозначенного в предыдущих вопросах, не поставят под сомнение принцип разделения властей и систему сдержек и противовесов, присущие демократии?» (Solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Запрос консультационного мнения Межамериканского суда по правам человека] / Inter-American Commission on Human Rights [Межамериканская комиссия по правам человека]. 15 oct. 2017. URL: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2017/Solicitud-OpinionConsultiva-JuicioPolitico-en.pdf>).

²⁴ Решение Верховного суда США от 16 июня 1969 г. по делу *Powell v. McCormack* // 395 U.S. 486, 521.

²⁵ См.: *Perlingeiro R. Due Process Prior to Administrative Decision and Effective Judicial Protection in Brazil: A New Perspective?* [Надлежащая правовая процедура, предшествующая принятию административного решения, и эффективная судебная защита в Бразилии : новая перспектива?] // *Vienna Journal on International Constitutional Law* [Венский журнал международного конституционного

тельствственных актов (*actes du gouvernement*), отвергнутая Отто Майером в его работе конца XIX в.²⁶, не может быть признана иммунной от судебного контроля при нынешнем понимании принципа верховенства права²⁷.

Пакас против Литвы: решение Европейского суда по правам человека и мнение Комитета по правам человека ООН

Решение ЕСПЧ по делу *Пакас против Литвы* (*Paksas v. Lithuania*), которое исключило применение ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) в деле об импичменте президента Литвы²⁸, не должно использоваться как парадигма для межамериканской системы защиты прав человека. Соответственно на межамериканскую систему не должно влиять сообщение Комитета по правам человека ООН, исключившего применение ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП) в данном деле об импичменте²⁹. Комитет прокомментировал, что «не является установлением прав и обязанностей [лиц] посредством гражданского процесса применение к ним мер как к лицам, являющимся объектом административного или парламентского контроля высшего уровня, как при процедуре импичмента»³⁰.

Право на справедливое разбирательство дела в административных спорах: сравнение позиций Европейского и Межамериканского судов по правам человека

Неприменимость прецедента, созданного в деле *Paksas v. Lithuania*, в условиях бразильского конституционного права объясняется историческим различием между межамериканской и европейской системами защиты прав человека в плане судебного контроля административных решений. Во-первых, строгое буквальное толкование п. 1 ст. 8 и ст. 25 АКПЧ (в отличие от ст. 6 и 13 ЕКПЧ и п. 1 ст. 14 МПГПП) допускает их применение по вопросам административного права³¹. Во-вторых, поскольку право на справедливое судебное разбирательство сейчас счи-

права]. 2016. № 10. P. 30–62. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2607016

²⁶ См.: Mayer O. Deutsches Verwaltungsrecht [Немецкое административное право]. Bd. 4. Leipzig: Duncker & Humblot, 1895.

²⁷ См.: *Perlingeiro R.* Contemporary Challenges in Latin American Administrative Justice [Современные вызовы, стоящие перед административной юстицией Латинской Америки] // BRICS Law Journal [Юридический журнал БРИКС]. 2016. № 3 (2). P. 21–56. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2836912

²⁸ Пункты 66–67 решения Европейского суда по правам человека от 6 января 2011 г. по делу «Пакас против Литвы» (*Paksas v. Lithuania*). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102617>

²⁹ Пункт 7.7 сообщения Комитета по правам человека ООН № 2155/2012 по делу «Роландас Пакас против Литвы» (*Rolandas Paksas v. Lithuania*) // U.N. Doc. CSCR/C/110/D/2155/2012. 2014.

³⁰ Там же. См. также п. 7.6, 7.8, 7.9 и 8.4.

³¹ Пункты 69–71 решения Межамериканского суда по правам человека от 31 января 2001 г. по делу «Конституционный суд против Перу» (*Case of the*

тается неотъемлемым элементом принципа верховенства права, любой процесс, в ходе которого не обеспечивается соблюдение надлежащей правовой процедуры, как, например, административный процесс, подлежит в соответствии со ст. 6 ЕКПЧ и ст. 14 МПГПП последующему полному судебному контролю³². В-третьих, элементы состава так называемого «политического преступления», являющегося условием импичмента согласно ст. 86 Конституции Бразилии, и санкции в виде отстранения от должности и запрета занимать иные государственные должности затрагивают сферу частной жизни обвиняемого³³.

Судебный контроль импичмента как чрезвычайная мера

С точки зрения межамериканской системы защиты прав человека судебный пересмотр решения Федерального сената об импичменте должен быть разрешен как чрезвычайная мера, в пределах, необходимых для восполнения несоблюдения при процедуре импичмента надлежащей правовой процедуры, аналогично применяемой в суде. В отношении дела Дилмы Русеф МАКПЧ указала: «В свете указанной озабоченности соблюдением требований надлежащей правовой процедуры, МАКПЧ считает особенно важным, чтобы компетентные судебные органы Бразилии реализовали в данном деле свои функции контроля и надзора»³⁴.

Аналогичный вывод можно сделать на основе Конституции США:

Действия Сената по объявлению импичмента, если они привели к нарушению базовых процессуальных принципов, можно оспорить в

Constitutional Court v. Peru) // 01 Series C № 142. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.pdf

³² «Хотя ее корни можно усмотреть в декларациях североамериканских колоний, факт состоит в том, что она предусматривает соблюдение надлежащей правовой процедуры при принятии административных решений. На самом деле, она лишь декларирует в статье 7, что действия судьи связаны существующими статутами («Ни один человек не может быть подвергнут обвинению, задержанию или заключению, иначе как в определенных законом случаях и согласно предписанным им формам»), в противоположность статье 12 Конституции Массачусетса 1780 года, распространившей запрет действий без предшествующего справедливого разбирательства на дела о лишении собственности» (см.: *Перлинжейру Р.* Историческая перспектива... С. 23).

³³ Руководство по статье 6 Конвенции. Право на справедливое судебное разбирательство (гражданско-правовой аспект) / European Court of Human Rights [Европейский суд по правам человека]. 2013. P. 22. URL: http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_RUS.pdf. В противном случае не превратится ли процесс импичмента в рудимент «особых отношений власти»? Об «особых отношениях власти» см. подробнее: *Forsthoff E.* Lehrbuch des Verwaltungsrechts [Учебник по административному праву]. Bd. I: Allgemeiner Teil [Общая часть]. 10th ed. München : C. H. Beck, 1973. P. 127 ; *Maurer H.* Allgemeines Verwaltungsrecht [Общее административное право]. 18. Aufl. München : C. H. Beck, 2011. P. 135–139 (§ 6, 24–29), P. 189–193 (§ 8, 27–32).

³⁴ IACHR Expresses concern over Impeachment of President of Brazil [МАКПЧ выражает озабоченность в связи с импичментом Президента Бразилии] (пресс-релиз) / IACHR, 2016. URL: http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2016/126.asp

суде, так же как любое иное грубое несоблюдение надлежащей правовой процедуры. Предусмотренные Пятой Поправкой гарантии надлежащей правовой процедуры – это категорический императив, работающий на благо любого лица в отношении любого действия любого правительственного органа³⁵.

В деле Никсон против Соединенных Штатов (*Nixon v. United States*) судья Верховного суда Саутер процитировал судей Верховного суда Уайта и Бейкера в своем особом мнении:

...Можно предвидеть различные необычные обстоятельства, при которых более глубокий контроль процедуры импичмента будет оправдан. Если бы манера действий Сената серьезно угрожала высокому качеству его решений, например, если бы он выносил обвинение на основании подбрасывания монеты или схожим образом решал, что служащий Соединенных Штатов – «плохой парень» (см. выше особое мнение судьи Уайта на с. 239), судебное вмешательство могло бы быть оправдано. В таких обстоятельствах действия Сената выходили бы за рамки его конституционных полномочий настолько далеко и, как следствие, влияли бы на Республику настолько сильно, что заслуживали бы судебный ответ, несмотря на соображения благоразумия, которые обычно требуют невмешательства. «Доктрина политического вопроса, инструмент поддержания правительственного порядка, не будет применяться так, чтобы способствовать только беспорядку» (см. выше особое мнение судьи Бейкера на с. 215)³⁶.

Аналогично в решении по одному из исков Дилмы Русеф против Сената судья Федерального верховного суда Бразилии Теори Заваски (*Teori Zavascki*) постановил, что «[судебное] вмешательство должно допускаться только в чрезвычайных случаях, в которых наличествует явная, особо серьезная юридическая «патология» в процессе импичмента»³⁷.

Исключения из исключительных судебных полномочий по пересмотру импичмента

Есть два заслуживающих внимания исключения из исключительных судебных полномочий по пересмотру решения об импичменте. Во-пер-

³⁵ *Isenbergh J.* Impeachment and Presidential Immunity from Judicial Process [Импичмент и иммунитет президента от судебного разбирательства] // *Yale Law and Policy Review* [Журнал права и политики Йельского университета]. 2000. № 18. P. 52. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193849. См. также: *Gerhardt M. J.* The Federal Impeachment Process: A Constitutional and Historical Analysis [Процесс импичмента на федеральном уровне : конституционный и исторический анализ]. Chicago : University of Chicago Press, 1996. P. 124–125.

³⁶ Решение Верховного суда США от 13 января 1993 г. по делу *Nixon v. United States* // 506 U.S. 224, 239.

³⁷ Определение Федерального верховного суда Бразилии от 8 сентября 2016 г. № 34.371 /DF по жалобе о нарушении государственной властью закона и ходатайству о применении меры предварительной защиты (*Medida Cautelar/Mandado de Segurança*).

вых, ст. 8 и 25 АКПЧ применимы только для защиты индивидуального права. Они не могут использоваться для контроля абстрактной законности решений органов государственной власти или для обеспечения эффективности основных принципов государственного устройства, таких как демократия, если только под угрозой не находятся индивидуальные интересы.

Это означает, например, что спорная часть решения об импичменте Дилмы Русеф о ее частичном оправдании, позволяющая ей, несмотря на ее импичмент, занимать другие государственные должности³⁸, может быть обжалована только в узких рамках конституционного судебного процесса. Это связано с тем, что другие органы, заинтересованные в судебном пересмотре частичного оправдания экс-президента Сенатом, не могут ссылаться на ст. 8 и 25 АКПЧ³⁹.

Другое исключение касается реализации индивидуальных прав, которая должна быть сбалансирована с преобладающими общественными интересами. Иными словами, даже в тех случаях, когда будет признано, что индивидуальное право заслуживает правовой защиты, частный заявитель должен будет пожертвовать этим правом в обмен на финансовую компенсацию, если реализация этого права будет наносить ущерб более широким общественным интересам⁴⁰. Например, отмена решения об импичменте может через некоторое время нанести вред общественным интересам, если создаст серьезный риск дестабилизации государственной программы, находящейся в процессе реализации.

ГАРАНТИИ НАДЛЕЖАЩЕЙ ПРАВОВОЙ ПРОЦЕДУРЫ ПРИ ИМПИЧМЕНТЕ

Теперь перейдем ко второй части статьи, которая перечисляет конкретные процессуальные гарантии, которые должны быть соблюдены при проведении процедуры импичмента. Эти гарантии включают пра-

³⁸ Вместе с тем Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) решил, что наказание в виде запрета занимать после импичмента любую выборную должность – это непропорциональное ограничение избирательного права, если только оно не основывается на риске того, что осужденный человек сможет подорвать демократический строй государства в определенный историко-политический период, особенно если закон не предусматривал такое наказание во время импичмента (см. решение Европейского суда по правам человека от 6 января 2011 г. по делу «Паксас против Литвы» (*Paksas v. Lithuania*). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102617>).

³⁹ О том, что суд не принимает заявления граждан, поданные в защиту прав третьих лиц, основываясь на общественных интересах в целом и институциональных прерогативах палат парламента делать это (см.: *Ministra decide em mandados de segurança contra divisão de sanções no impeachment* [Судья решил, что требование о применении мер предварительной защиты противоречит раздельному голосованию о санкциях при импичменте] / Supremo Tribunal Federal [Федеральный верховный суд] // *Notícias STF*. 8 сентября 2016 г. URL: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=324885>

⁴⁰ См.: *Perlingeiro R. Contemporary Challenges*. P. 33.

во на рассмотрение дела независимым, квалифицированным и беспристрастным арбитром; право на мотивированное решение и право обжаловать неблагоприятное решение.

Право на рассмотрение дела независимыми лицами

Члены парламента Бразилии имеют необходимый конституционный иммунитет, позволяющий им действовать независимо⁴¹, что помогает обеспечить беспристрастность. Поэтому в принципе допустимо, чтобы Федеральный сенат выполнял функции по рассмотрению споров, будучи ограниченным гарантиями надлежащей правовой процедуры, как при судебном разбирательстве. При таком варианте парламент сам сможет исправить все нарушения порядка импичмента, без необходимости обращаться к помощи суда. Однако на практике этот способ не работает.

Право на рассмотрение дела лицами с надлежащей юридической подготовкой

В соответствии с § 3 ст. 14 Конституции Бразилии, чтобы занять место в Федеральном сенате, юридического образования не требуется⁴². Этот факт ставит перед нами вопрос, можно ли считать рассмотрение административного спора кем-либо, кроме профессионального судьи, *справедливым судебным разбирательством*? Для сферы административного права положительный ответ на этот вопрос нехарактерен.

Тогда встает вопрос, соответствует ли принципу надлежащей правовой процедуры процесс, аналогичный тому, который был проведен над Дилмой Русеф и в котором непрофессиональные судьи рассматривали дело в отношении фактов затрагивающих, несмотря на гриф политического преступления, спорные юридические вопросы, требующие детального анализа финансового и административного права.

В таких ситуациях членам парламента, выступающим в роли судей, для эффективного разрешения правового спора необходимо иметь специализированные знания. Демонстрация этих знаний необходима, чтобы вызвать доверие к последующему решению, и чтобы у общества не создалось впечатления, что парламентарии не высказывали своего свободного мнения, а шли на поводу у советников и консультантов, у которых нет необходимого иммунитета, чтобы действовать независимо.

В идеале большинство сенаторов, участвующих в принятии решения, должны иметь юридическую подготовку⁴³, даже если отдельные члены парламента без юридического образования допущены к вынесению ре-

⁴¹ Статьи 53–56 Федеральной конституции Бразилии.

⁴² Там же, § 3 ст. 14.

⁴³ См.: *Perlingeiro R., Sommermann K.-P. Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions* [Евро-американский модельный кодекс административного судопроизводства : английская, французская, немецкая, итальянская, португальская и испанская версии]. Niterói: UFF publishing house [Издательство Федерального университета Флуминенсе], 2014. URL: ssrn.com/abstract=2441582

шения по спору, затрагивающему административно-правовые или финансово-правовые вопросы.

Право на беспристрастность лиц, рассматривающих дело

Федеральный верховный суд Бразилии так прокомментировал требование беспристрастности при проведении процесса импичмента:

Беспристрастный судья не должен подчиняться ничему, кроме права. Однако данную логику нельзя перенести на политико-правовые процессы, поскольку в этом случае арбитры, помимо подчинения закону, служат внешним интересам, включая интересы их избирателей. Это означает, что политическая задача вынесения решения об импичменте возникает в конечном итоге из представительских обязанностей членов парламента, которых нет у судей. ... В отличие от судебной сферы, *беспристрастность не является ключевой характеристикой парламента*. ... Конституция провозгласила, что при вынесении решения депутат парламента подчиняется и закону, и политическим интересам, и, если они не будут держать в уме оба фактора, это будет нарушением принципов демократии⁴⁴.

Вместе с тем, согласно ст. 8 АКПЧ, которая полностью применима к любым административным процедурам, результатом которых является решение, не обжалуемое в судебном порядке, члены парламента, выступающие в роли судей, должны быть беспристрастными без оговорок⁴⁵. Более того, из этой нормы логически следует, что обвиняемый должен иметь право оспорить и проверить беспристрастность каждого из лиц, выносящих решение⁴⁶.

Право на всестороннюю оценку вопросов факта и вопросов права

Федеральный верховный суд Бразилии, отвечая на вопрос об объеме судебного контроля, исходит из того, что импичмент – это преимущественно политический процесс⁴⁷. Поэтому судебная власть не должна ни препятствовать осуществлению Сенатом его дискреционных полномочий по оценке вероятности или справедливости выдвинутых обвинений, ни

⁴⁴ Пункты 85–86 постановления Федерального верховного суда Бразилии от 8 декабря 2015 г. по запросу о наличии нарушения фундаментального принципа права (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF*) № 378.

⁴⁵ Пункт 84 решения Межамериканского суда по правам человека от 31 января 2001 г. по делу «Конституционный суд против Перу» (*Case of the Constitutional Court v. Peru* – решение по существу, возмещение убытков, распределение расходов) // Serie C № 71. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.pdf

⁴⁶ См.: Там же.

⁴⁷ Пункты 85–86 постановления Федерального верховного суда Бразилии от 8 декабря 2015 г. по запросу о наличии нарушения фундаментального принципа права (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF*) № 378 ; определение Федерального верховного суда Бразилии от 11 мая 2016 г. № 34.193/DF по жалобе о нарушении государственной властью закона и ходатайству о применении меры предварительной защиты (*Medida Cautelar/Mandado de Segurança*).

пересматривать решение по существу⁴⁸. Тезис о том, что импичмент – это политический процесс и, следовательно, не подлежит рассмотрению в суде, будет соответствовать АКПЧ только если Сенат соблюдал надлежащую правовую процедуру и обеспечил процессуальные гарантии, свойственные судебному процессу⁴⁹. Это означает, что в случае обвинения, ведущего к импичменту, дискреционные полномочия Сената по оценке обстоятельств дела и их правового значения должны осуществляться в форме принятия мотивированного решения, которое разбирает все релевантные аргументы, выдвинутые стороной защиты⁵⁰.

Право на второй шанс

Право обжаловать неблагоприятное решение – это фундаментальное право человека, закрепленное международными конвенциями и подп. «h» п. 2 ст. 8 АКПЧ. Хотя изначально это право относилось только к приговорам по уголовным делам, сейчас право на обжалование стало обязательным условием юридической силы решения о привлечении к ответственности за административное правонарушение⁵¹.

Таким образом, в соответствии с Конституцией Бразилии, Федеральный сенат имеет единоличную компетенцию вынести импичмент президенту на основании совершенного им политического преступления, и поскольку вынесение такого обвинения эквивалентно рассмотрению административного спора в административном праве, оно должно происходить по принципам административной юстиции, которые требуют соблюдения надлежащей правовой процедуры так же, как при рассмотрении спора в суде.

Фундаментальным вопросом является определение того, способна ли институциональная структура Федерального сената обеспечить в полном объеме соблюдение гарантий надлежащей правовой процедуры как обязательное (*sine qua non*) условие того, что решение Сената об импичменте станет последним словом в данном процессе, причем и по вопросам права

⁴⁸ Постановление Федерального верховного суда Бразилии от 8 декабря 2015 г. по запросу о наличии нарушения фундаментального принципа права (*Arguição de descumprimento de preceito fundamental, ADPF*) № 378 ; определение Федерального верховного суда Бразилии от 11 мая 2016 г. № 34.193/DF по жалобе о нарушении государственной властью закона и ходатайству о применении меры предварительной защиты (*Medida Cautelar/Mandado de Segurança*).

⁴⁹ Пункт 77 решения Межамериканского суда по правам человека от 31 января 2001 г по делу «Конституционный суд против Перу» (*Case of the Constitutional Court v. Peru* – решение по существу, возмещение убытков, распределение расходов) // Serie C № 71. URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_ing.pdf

⁵⁰ Пункт 204 решения Межамериканского суда по правам человека от 13 октября 2011 г. по делу «Барбани Дуарте и др. против Уругвая» (*Barbani Duarte et al. v. Uruguay*). URL: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_ing.pdf

⁵¹ См.: *García Ramírez S.* El Debido Proceso: Criterios de la Jurisprudencia [Надлежащая правовая процедура : критерии судебной практики]. México : Editorial Porrúa, 2012. P. 45–46. URL: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30035.pdf>

(*de jure*), и по вопросам факта (*de facto*). Если обвиняемому были обеспечены данные гарантии, у него нет другого выхода, кроме как смириться с финальным решением Сената в отношении его. Однако, поскольку структура Сената не позволяет гарантировать соблюдение надлежащей правовой процедуры в понимании МАСПЧ, процесс импичмента должен считаться реально эквивалентным внесудебному дисциплинарному процессу, а такой процесс подлежит полному судебному контролю.

В свете вышесказанного, в таких неблагоприятных условиях, если обвиняемый отказывается признать решение, у него должно быть право на судебный пересмотр дела не только по процедурным основаниям, но и, что более важно, при наличии фактических и правовых ошибок. Судебный контроль должен осуществляться при условии, что, если осуществление президентом права оставаться в должности будет противоречить превалярующим общественным интересам, единственное, что он сможет потребовать – это финансовую компенсацию за невозможность реализации этого права. Для обеспечения этого бразильское национальное право должно быть дополнено нормами, разрешающими суду пересматривать решения об импичменте, как того требует прецедентное право МАСПЧ для защиты права на справедливое судебное разбирательство как фундаментального права человека.

В заключение следует сказать, что реальным практическим применением данной статьи было бы переосмысление нынешней конституционно-правовой модели импичмента и не только в Бразилии. Процессу импичмента присущ ряд недостатков, включая процедурные преграды, отсутствие беспристрастности и юридической квалификации у членов парламента, рассматривающих дело. Политический характер процесса импичмента и отсутствие права на обжалование – изъяны, вытекающие из природной непригодности парламента любого государства для осуществления функций разрешения споров на должном юридическом уровне, требуемом текущей ситуацией с международными правами человека, что невозможно было представить еще два века назад.

**ПРЕДСТАВИТЕЛЬНЫЕ ОРГАНЫ В СТРУКТУРЕ ОРГАНОВ
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ:
ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ**

Т. М. Бялкина

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 4 декабря 2018 г.

Аннотация: анализируются актуальные вопросы правового регулирования организации и деятельности представительных органов местного самоуправления в Российской Федерации, их взаимоотношений с иными органами муниципальной власти, а также проблемы практической реализации отдельных положений законодательства, призванных обеспечить ведущую роль данных выборных органов в организационной системе местного самоуправления.

Ключевые слова: местное самоуправление, население, представительные органы местного самоуправления, депутат, муниципальные выборы, полномочия представительных органов, ответственность представительных органов.

Abstract: the article analyzes the current issues of legal regulation of the organization and activities of representative bodies of local self-government in the Russian Federation, their relations with other municipal authorities, as well as the problems of practical implementation of certain provisions of the legislation designed to ensure the leading role of these elected bodies in the organizational system of local self-government.

Key words: local self-government, population, representative bodies of local self-government, Deputy, municipal elections, powers of representative bodies, responsibility of representative bodies.

Местное самоуправление как институт публичной власти, как форма народовластия, в соответствии с Конституцией РФ и Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ (далее – Федеральный закон № 131-ФЗ)¹, может осуществляться населением муниципального образования разными способами: и посредством форм непосредственной демократии, и через представительные и иные органы местного самоуправления.

Концептуальная идея местного самоуправления заключается в том, что основным его субъектом является население муниципального образования, поэтому приоритет и особую значимость законодатель придает формам прямого волеизъявления граждан, закрепляя широкий их перечень в пятой главе Федерального закона № 131-ФЗ. Причем данная глава предшествует главе об органах местного самоуправления, что также

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 40. Ст. 3822.

свидетельствует о приоритетности и особой значимости непосредственного участия населения в решении вопросов местного значения.

Однако практика современного местного самоуправления в условиях, когда основная часть жителей большинства государств, в том числе и России, проживают в городах, свидетельствует об обратном. Первостепенное значение для реализации демократической сущности данного института публичной власти приобретают формы представительной демократии. В этих условиях особенно важным становится деятельность представительных органов местного самоуправления, которые должны стать подлинными представителями интересов избравшего их населения. Поэтому так важно подчеркнуть особенности правового положения представительных органов в организационной структуре местного самоуправления, их главенствующее положение по отношению к иным органам местного самоуправления.

Представительные органы местного самоуправления относятся к числу *обязательных, выборных, коллегиальных* органов местного самоуправления, осуществляющих *наиболее важные* полномочия по вопросам местного значения, отнесенным к ведению соответствующего муниципального образования. Как правило, это нормотворческие полномочия. Представительный орган местного самоуправления наделен *исключительной компетенцией*.

Представительный орган поселения не формируется, если численность жителей поселения, обладающих избирательным правом, составляет **не более** 100 человек. В этом случае полномочия представительного органа осуществляются сходом граждан. Уставом поселения с численностью жителей более 100 и не более 300 человек может быть предусмотрено, что представительный орган не формируется, и его полномочия осуществляются сходом граждан.

В местном самоуправлении представительные органы выступают субъектами различных видов отношений, среди которых в качестве основных в рамках одного муниципального образования можно выделить следующие: во-первых, «население – представительный орган»; во-вторых, «представительный орган – иные органы местного самоуправления». В зависимости от этого можно выделять в качестве первоочередных различные характеристики представительного органа местного самоуправления. В силу постоянного изменения законодательства о местном самоуправлении целесообразно остановиться на том, насколько современная правовая основа деятельности муниципальных органов обеспечивает возможность представительному органу выполнять своё предназначения в указанных видах отношений.

Рассмотрим первый аспект: **население – представительный орган**. В данной системе отношений приоритетным субъектом является население, поскольку представительный орган формируется населением, получает власть от населения, призван быть выразителем интересов населения. Таким образом, представительный орган должен, исходя из интересов населения, определять стратегические цели и задачи разви-

тия муниципалитета, адекватно отражать их в планах и программах развития муниципального образования, утверждать основной финансовый документ – бюджет муниципального образования, необходимый для реализации этих планов и задач, а также осуществлять контроль за принятием решений, правильным и эффективным расходованием бюджетных средств. При этом депутаты представительного органа должны поддерживать тесные контакты с жителями муниципального образования – своими избирателями, учитывать их мнения, пожелания, замечания в ходе своей депутатской деятельности, разъяснять жителям необходимость и целесообразность принимаемых решений, формировать позитивную обстановку социального комфорта в муниципальном образовании, поддержки населением своей деятельности, что в конечном счете служит одним из важнейших факторов успешного развития муниципального образования.

Чтобы данная концепция могла быть воплощена на практике, необходимо, чтобы наука муниципального права обосновала, а законодательство о местном самоуправлении закрепило соответствующие нормы и институты. Иными словами, муниципальное право должно предоставить населению и практическим работникам органов местного самоуправления соответствующий правовой инструментарий.

Прежде всего, данным целям и задачам должна соответствовать избирательная система, применяемая на муниципальных выборах, для того чтобы обеспечить возможность населению сформировать орган муниципальной власти, в максимальной степени представляющий его интересы, подконтрольный и подотчетный населению.

У муниципалитетов должна быть возможность выбора соответствующей избирательной системы с учетом конкретных особенностей того или иного населенного пункта или территории. Как показала практика, в малочисленных муниципалитетах, особенно в сельских поселениях, нецелесообразно использование пропорциональной избирательной системы. В них представительство интересов населения наилучшим образом обеспечивает мажоритарная избирательная система. Однако на основании законов субъектов РФ в некоторых регионах России, даже в малочисленных поселениях стали вводить пропорциональную избирательную систему.

Много проблем возникало также при определении оптимальной избирательной системы для крупных муниципальных образований – городских округов и муниципальных районов. Федеральным законом от 20 марта 2011 г. № 38-ФЗ «О внесении изменений в ст. 35 и 38 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» в связи с применением пропорциональной избирательной системы на выборах депутатов представительных органов муниципальных районов и городских округов»² была установлена норма,

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 13. Ст. 1685.

согласно которой не менее половины депутатских мандатов в избираемом на муниципальных выборах представительном органе муниципального района, городского округа с численностью 20 и более депутатов распределяются в соответствии с законодательством о выборах между списками кандидатов, выдвинутыми политическими партиями (их региональными отделениями или иными структурными подразделениями), пропорционально числу голосов избирателей, полученных каждым из списков кандидатов.

Безусловная обязательность этой нормы, не учитывавшая местных особенностей сложившихся политических реалий, вызвала активную дискуссию среди экспертного сообщества и практиков. В ряде муниципальных районов стали даже отказываться от выборов и переходить на процедуру формирования этих органов из представителей поселений, чтобы в местную власть не «пришли чужаки», хотя в этом случае население муниципального района не принимает непосредственного участия в формировании представительного органа. Несмотря на то что данный вариант формирования представительного органа в муниципальных районах и в городских округах с внутригородским делением предусмотрен Федеральным законом «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», это все-таки не вполне вписывается в нормы Европейской хартии местного самоуправления, предусматривающей в ст. 3, что право местного самоуправления осуществляется советами или собраниями, состоящими из членов, избранных путем свободного, тайного, равного, прямого и всеобщего голосования.

Данная проблема стала предметом разбирательства в Конституционном Суде РФ, по итогам которого было принято постановление от 7 июля 2011 г. № 15-П по делу о проверке конституционности положений ч. 3 ст. 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и ч. 2 и 3 ст. 9 Закона Челябинской области «О муниципальных выборах в Челябинской области» в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации и граждан И. И. Болтушенко и Ю. А. Гурмана³. Учитывая особую значимость данного решения Конституционного Суда РФ для развития муниципальной демократии, полагаем возможным более подробно его процитировать.

В этом постановлении было отмечено, что законодатель, исходя из того что свободные и справедливые выборы, в том числе в органы местного самоуправления, как одна из основ конституционного строя Российской Федерации предполагают необходимость их проведения с разумной периодичностью в условиях состязательности и открытости, обязан устанавливать такое правовое регулирование в этой области, которое надлежащим образом гарантировало бы избирательные права граждан и легитимацию органов публичной власти, формируемых по итогам демо-

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 29. Ст. 4557.

кратических выборов, не допуская искажения результатов волеизъявления избирателей.

При этом законодательное регулирование видов избирательных систем, в рамках которых происходит формирование состава представительных органов муниципальных образований, должно соотноситься с конституционной природой местного самоуправления как наиболее приближенного к населению уровня публичной власти и предназначенного для осуществления совместной, под свою ответственность деятельности граждан на территории муниципального образования и решения именно вопросов местного значения с учетом исторических и иных местных традиций.

Поскольку в системе действующего правового регулирования при проведении выборов с применением пропорциональной избирательной системы выдвигать списки кандидатов могут исключительно политические партии, формируемые на общероссийском уровне, ч. 3 ст. 23 Федерального закона № 131-ФЗ закрепляется правомочие субъектов РФ устанавливать возможность проведения выборов в органы местного самоуправления на основе не только пропорциональной, но и мажоритарной и смешанной избирательных систем.

Пропорциональная избирательная система ориентирована на такое распределение депутатских мандатов, которое основывается на выявленном в результате голосования соотношении голосов, поданных избирателями за соответствующий список кандидатов. В своих конкретных очертаниях она достигает этой цели только в том случае, если число депутатских мандатов, получаемых каждым избирательным объединением (политической партией), будет адекватно полученной им поддержке избирателей. На практике применение пропорциональной и смешанной – мажоритарно-пропорциональной – избирательных систем оправдано прежде всего в крупных муниципальных районах и городских округах, представительные органы которых не так малочисленны, как в поселениях. При незначительном числе депутатов применение для формирования представительного органа муниципального образования правил пропорциональной избирательной системы не исключает получение недостоверных результатов, искажение волеизъявления избирателей, потерю или фактическую передачу голосов между списками кандидатов, что может поставить под сомнение легитимность сформированного в таких условиях выборного органа публичной власти.

На основании данного постановления Конституционного Суда РФ в Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ были внесены соответствующие изменения и дополнения в федеральное законодательство⁴, закрепившие следующие положения.

⁴ О внесении изменений в статью 35 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и статью 23 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: федер. закон от

Законом субъекта РФ в соответствии с настоящим Федеральным законом и другими федеральными законами могут быть определены условия применения видов избирательных систем в муниципальных образованиях в зависимости от численности избирателей в муниципальном образовании, вида муниципального образования и других обстоятельств.

Выборы депутатов представительных органов поселений (за исключением городских округов) с численностью населения менее 3000 человек, а также представительных органов поселений (включая представительные органы городских округов) с численностью менее 15 депутатов проводятся по одномандатным и (или) многомандатным избирательным округам.

В случае, если в избираемом на муниципальных выборах представительном органе муниципального образования часть депутатских мандатов распределяется в соответствии с законодательством о выборах между списками кандидатов, выдвинутых политическими партиями (их региональными отделениями или иными структурными подразделениями), пропорционально числу голосов избирателей, полученных каждым из списков кандидатов, распределению между указанными списками кандидатов подлежат не менее 10 депутатских мандатов.

Следующий аспект взаимодействия населения и представительного органа местного самоуправления – возможность избирателей после избрания депутатов представительного органа влиять на его работу. Формы и способы такого взаимодействия устанавливаются федеральными законами, законами субъектов РФ, уставами муниципальных образований и иными муниципальными правовыми актами. Законодательство предусматривает возможность внесения населением проектов правовых актов (правотворческая инициатива), рассмотрение проектов решений представительных органов по наиболее важным вопросам в ходе публичных слушаний и общественных обсуждений, выявления общественного мнения по итогам опросов и т. п. К сожалению, использование этих процедур на практике не всегда свидетельствует о «торжестве демократии», поскольку при принятии решений для представительного органа нередко главным, определяющим фактором становится отнюдь не мнение населения.

Как отмечает С. В. Васильева, подмена сущности разных форм консультативной демократии и демократии соучастия приводит к тому, что органы публичной власти часто упрощают и (или) формально подходят к процессу выявления и учета общественного мнения⁵. В связи с этим необходимо проанализировать причины сложившейся ситуации, повысить действенность правовых механизмов, направленных на обеспечение учета мнения населения.

16 октября 2012 г. № 173-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 43. Ст. 5786.

⁵ См.: *Васильева С. В.* Социальная легитимация власти как основа консультативной демократии и демократии соучастия // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 14. С. 4.

К сожалению, последние изменения федерального законодательства в части территориальной организации местного самоуправления привели к снижению роли населения в вопросах, связанных с изменением границ, преобразованием муниципальных образований. Так, в ст. 12 и 13 Федерального закона № 131-ФЗ почти не осталось положений, предусматривающих получение согласия населения по данным вопросам путем прямого голосования, оно заменено процедурой получения согласия населения представительным органом муниципального образования, что не вполне соответствует принципам реальной демократии. В законодательстве нет четкого механизма, каким образом представительный орган получает это согласие. Мнение его депутатов не всегда и не по всем вопросам обязательно совпадает с мнением большинства жителей муниципального образования, что подтвердила практика применения данных правовых норм⁶. Данный порядок более уместен, когда в законе идет речь об учете мнения населения. А вот согласие населения должно выражаться им непосредственно.

Соотношение представительной и непосредственной демократии в местном самоуправлении нуждается в дальнейшем изучении, устранении имеющихся в настоящее время правовых неопределенностей в этом вопросе, имеющих выход на практику, в том числе и судебную. К примеру, означает ли отнесение ч. 10 ст. 35 Федерального закона № 131-ФЗ к исключительной компетенции представительного органа местного самоуправления права на принятие некоторых решений, например планов и программ развития муниципального образования, невозможность принятия этих решений непосредственно населением путем референдума? Или это свидетельствует лишь о невозможности принятия этих решений другими органами местного самоуправления? Полагаем, что если тот или иной вопрос не входит в число запретов, исчерпывающим образом установленных в Федеральном законе от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», то население муниципального образования вправе решить его непосредственно.

Весьма существенным является вопрос об ответственности представительного органа местного самоуправления перед населением. Федеральный закон № 131-ФЗ закрепляет такой институт, как отзыв выборных лиц, в том числе депутатов представительных органов местного самоуправления, населением. Сама возможность отзыва является, безусловно, свидетельством приоритетного положения населения в отношениях со своими избранными, депутатами представительного органа. Однако то, каким образом сформулированы нормы о порядке проведения отзыва,

⁶ Этот вопрос стал предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ. В определении Конституционного Суда РФ от 6 марта 2008 г. № 214-О-П по жалобе гражданина Севашева А. В. на нарушение его конституционных прав частью 4 статьи 12 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» (Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 18. Ст. 2092) сформулированы правовые позиции по данному вопросу.

делает этот институт недействующим, поскольку выполнить эти требования практически нереально.

Во-первых, основаниями для отзыва депутата, члена выборного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления могут служить только его конкретные противоправные решения или действия (бездействие) в случае их подтверждения в судебном порядке. Судебная процедура подтверждения противоправности того или иного деяния депутата занимает довольно длительное время, не ясно, кто именно должен обращаться в суд в этом случае. К тому же, если виновность депутата доказана в судебном порядке, к чему проводить дорогостоящую процедуру отзыва вместо того, чтобы прекратить его полномочия в ином порядке. Для отзыва депутата избирателями следует предусмотреть иные основания, обусловленные именно тем, что люди перестали доверять этому человеку. Здесь уместно вспомнить слова Л. Тихомирова: «...народные представители должны являться непременно от совершенно определенных групп населения, получать от них наказания и находиться в течение заседаний в непрерывных сношениях с избирателями. Избиратели, будучи недовольными своим представителем, могут отозвать его и прислать на его место нового. В случае присылки явно непригодных людей (совершенно глупых, безобразников и т. п.) таковые не только могут быть Высочайшим повелением исключаемы из состава Думы, но избиратели получают выговор и подвергаются штрафу за нарушение обязанностей. Ибо основным цензом для членов Народной думы должна быть разумность и добропорядочность»⁷.

Во-вторых, депутат, член выборного органа местного самоуправления, выборное должностное лицо местного самоуправления считается отозванным, если за отзыв проголосовало не менее половины избирателей, зарегистрированных в муниципальном образовании (избирательном округе). В современных условиях российского местного самоуправления данное требование закона реализовать практически невозможно. Хотелось бы отметить, что Конституционный Суд РФ в постановлении от 2 апреля 2002 г. по делу о проверке конституционности отдельных положений Закона Красноярского края «О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления» и Закона Корякского автономного округа «О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления в Корякском автономном округе» в связи с жалобами заявителей А. Г. Злобина и Ю. А. Хнаева отметил, что за отзыв должно проголосовать, по крайней мере, не меньшее число граждан, чем то, которым отзываемое лицо было избрано, чтобы голосованием по отзыву не умалялось значение выявленного в ходе выборов волеизъявления избирателей и обеспечивалась охрана его результатов. Однако это не означает необходимости абсолютного большинства голосов избирателей,

⁷ Тихомиров Л. А. Самодержавие и народное представительство. Монархическая государственность. М., 1998. С. 53.

зарегистрированных в избирательном округе, поскольку депутаты часто избираются весьма небольшим процентом жителей в условиях, когда порог явки избирателей на выборы отменен.

В-третьих, в случае, если все депутатские мандаты или часть депутатских мандатов в представительном органе муниципального образования замещаются депутатами, избранными в составе списков кандидатов, выдвинутых избирательными объединениями, отзыв депутата не применяется. Де-факто это означает, что к ответственности своих избранников сможет привлекать лишь население небольших городских и сельских поселений.

Далее остановимся на характеристике второго аспекта отношений: **представительный орган – иные органы местного самоуправления.** Помимо представительного органа, к числу обязательных органов местного самоуправления, в соответствии со ст. 34 Федерального закона № 131-ФЗ, относятся глава муниципального образования, исполнительно-распорядительный орган местного самоуправления (местная администрация). Кроме того, в муниципальном образовании могут быть образованы контрольно-счетный и иные органы местного самоуправления.

Законодатель подчеркивает приоритетное значение представительного органа по сравнению с иными органами местного самоуправления, которое выражается по нескольким направлениям его деятельности. Представительный орган так или иначе *формирует остальные органы местного самоуправления*: избирает главу муниципального образования из своего состава или из числа кандидатов, представленных конкурсной комиссией, если уставом муниципального образования не предусмотрено его избрание непосредственно населением на муниципальных выборах; определяет структуру местной администрации и назначает на должность главу местной администрации; создает контрольно-счетный орган муниципального образования, а также определяет возможность создания иных органов местного самоуправления.

Представительный орган *выполняет нормотворческую функцию*, утверждая планы и программы развития муниципального образования, которые определяют цели и задачи деятельности остальных органов местного самоуправления.

Только представительный орган вправе решать наиболее важные вопросы местного значения, т. е. *наделен исключительной компетенцией*. В исключительной компетенции представительного органа муниципального образования находятся:

- принятие устава муниципального образования и внесение в него изменений и дополнений;
- утверждение местного бюджета и отчета о его исполнении;
- установление, изменение и отмена местных налогов и сборов в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах;
- утверждение стратегии социально-экономического развития муниципального образования;

– определение порядка управления и распоряжения имуществом, находящимся в муниципальной собственности;

– определение порядка принятия решений о создании, реорганизации и ликвидации муниципальных предприятий, а также об установлении тарифов на услуги муниципальных предприятий и учреждений, выполнение работ, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами;

– определение порядка участия муниципального образования в организациях межмуниципального сотрудничества;

– определение порядка материально-технического и организационного обеспечения деятельности органов местного самоуправления и некоторые другие вопросы.

Представительный орган *осуществляет контроль* за деятельностью иных органов и должностных лиц местного самоуправления. Представительный орган муниципального образования заслушивает ежегодные отчеты главы муниципального образования, главы местной администрации о результатах их деятельности, деятельности местной администрации и иных подведомственных главе муниципального образования органов местного самоуправления, в том числе о решении вопросов, поставленных представительным органом муниципального образования.

Представительный орган местного самоуправления *может привлечь к ответственности* главу муниципального образования и главу местной администрации. Так, в соответствии со ст. 74.1 Федерального закона № 131-ФЗ представительный орган может принять решение об удалении главы муниципального образования в отставку. Основаниями для удаления главы муниципального образования в отставку являются:

1) решения, действия (бездействие) главы муниципального образования, повлекшие (повлекшее) наступление последствий, предусмотренных п. 2 и 3 ч. 1 ст. 75 настоящего Федерального закона;

2) неисполнение в течение трех и более месяцев обязанностей по решению вопросов местного значения, осуществлению полномочий, предусмотренных настоящим федеральным законом, иными федеральными законами, уставом муниципального образования, и (или) обязанностей по обеспечению осуществления органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления федеральными законами и законами субъекта РФ;

3) неудовлетворительная оценка деятельности главы муниципального образования представительным органом муниципального образования по результатам его ежегодного отчета перед представительным органом муниципального образования, данная два раза подряд;

4) несоблюдение ограничений, запретов, неисполнение обязанностей, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», Федеральным законом от 3 декабря 2012 г. № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам», Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 79-ФЗ «О запрете отдельным категориям лиц

открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами»;

5) допущение главой муниципального образования, местной администрацией, иными органами и должностными лицами местного самоуправления муниципального образования и подведомственными организациями массового нарушения государственных гарантий равенства прав и свобод человека и гражданина в зависимости от расы, национальности, языка, отношения к религии и других обстоятельств, ограничения прав и дискриминации по признакам расовой, национальной, языковой или религиозной принадлежности, если это повлекло нарушение межнационального и межконфессионального согласия и способствовало возникновению межнациональных (межэтнических) и межконфессиональных конфликтов.

На основании ч. 11 ст. 37 Федерального закона № 131-ФЗ контракт с главой местной администрации может быть расторгнут по соглашению сторон или в судебном порядке на основании заявления представительного органа муниципального образования или главы муниципального образования – в связи с нарушением условий контракта в части, касающейся решения вопросов местного значения, а также в связи с несоблюдением ограничений, установленных ч. 9 настоящей статьи (глава местной администрации должен соблюдать ограничения, запреты, исполнять обязанности, которые установлены Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», Федеральным законом от 3 декабря 2012 г. № 230-ФЗ «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам», Федеральным законом от 7 мая 2013 г. № 79-ФЗ «О запрете отдельным категориям лиц открывать и иметь счета (вклады), хранить наличные денежные средства и ценности в иностранных банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, владеть и (или) пользоваться иностранными финансовыми инструментами»).

Таким образом, федеральное законодательство закрепляет ведущую роль представительного органа как выразителя воли населения, реализующего принадлежащую населению публичную муниципальную власть, в отношениях с иными органами местного самоуправления муниципального образования. К сожалению, практика российского местного самоуправления во многих муниципальных образованиях весьма далека от данной законодательной модели. Часто бывает, что для местной администрации и иных органов местного самоуправления приоритетной является позиция органов государственной власти, прежде всего высшего должностного лица и органов исполнительной власти субъекта РФ. В условиях общероссийской тенденции укрепления исполнительной вертикали органы местного самоуправления, в частности местные администрации, оказались фактически подчиненными органам исполнительной власти субъектов РФ, а главы муниципалитетов, местных

администраций порой чаще бывают на различных совещаниях и заседаниях государственно-властных структур, чем в представительных органах местного самоуправления. Причин такого положения довольно много: это и финансово-экономическая зависимость муниципалитетов от органов государственной власти, их перегруженность государственными полномочиями, переданными им федеральными законами и законами субъектов Федерации, некоторыми другими обстоятельствами. Эта ситуация вызывает в памяти ассоциации с существовавшим в советское время принципом «двойного подчинения исполкомов».

В отношениях с работниками местной администрации депутаты представительного органа также не чувствуют себя носителями муниципальной власти, они во многом зависят от «доброй воли» работников исполнительно-распорядительного органа. Они не всегда могут получить у них нужную им информацию, да и просто попасть на прием к чиновникам местной администрации. Это особенно характерно для сельских поселений, в некоторых из них роль представительного органа сводится к простому утверждению решений, подготовленных местной администрацией.

Отмеченные и иные проблемы практического воплощения правового статуса представительных органов местного самоуправления должны волновать не только представителей науки муниципального права и обсуждаться в рамках мероприятий научно-теоретического характера, но и быть предметом рассмотрения представителей самого муниципального сообщества, объединений муниципальных образований, органов государственной власти всех уровней, с тем чтобы представительные органы стали на самом деле важнейшим элементом структуры органов местного самоуправления, а российское местное самоуправление обрело характер подлинного института народовластия, как это и предусмотрено Конституцией РФ.

Воронежский государственный университет

54

*Бялкина Т. М., доктор юридических наук, заведующая кафедрой конституционного и муниципального права
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 and Municipal
Law Department
E-mail: tbyalkina@yandex.ru
Tel.: 8-908-136-03-26*

УДК 342.26

**АДМИНИСТРАТИВНО-ТЕРРИТОРИАЛЬНАЯ РЕФОРМА
В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ:
КОНЦЕПТУАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ ПОДХОДЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ**

К. Б. Шадыбеков

*Академия государственного управления
при Президенте Кыргызской Республики*

Поступила в редакцию 8 сентября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются исторические, правовые предпосылки административно-территориальной реформы в Кыргызской Республике. Анализируются концептуальные подходы поэтапной подготовки и реализации, проблемы и особенности национального контекста административной реформы.

Ключевые слова: административно-территориальная реформа, государственные органы, местная администрация, местное самоуправление.

Abstract: *the article considers historical, legal preconditions for administrative-legal reform in the Kyrgyz Republic. There are analyzed conceptual approaches to gradual preparation and implementation, issues and specifics of national context of administrative reform.*

Key words: *administrative-territorial reform, state bodies, local administration, local self-government.*

Административно-территориальная организация государственного устройства является одним из существенных признаков государственности, поэтому не случайно, что этому вопросу во все времена уделяли особое внимание.

Со времени обретения суверенитета и независимости административно-территориальная реформа является актуальной для Кыргызской Республики. В отдельные периоды своего развития национальная политическая воля начать территориальную реформу становилась наиболее высокой, однако различные субъективные и объективные обстоятельства постоянно отодвигали либо убеждали политическое руководство подходить к этому вопросу поэтапно, минимизируя возможные риски и последствия.

По истечении более четверти века суверенного развития данный вопрос так и остается политически актуальным и концептуально открытым для республики. Прежде чем рассмотреть существовавшие за эти годы концептуально-правовые подходы, остановимся на некотором понятийном содержании сущности административно-территориальной реформы.

В структуре государственности, как отмечают в науке и литературе, важна организация государственной власти, способы взаимоотношений между разными территориальными уровнями управления государства. Поэтому административно-территориальная реформа непосредствен-

но затрагивает государственное устройство, которая понимается как «внутренняя организация государственной власти и принцип деления государства на отдельные части, показывающий взаимоотношения центральных и местных государственных органов»¹.

В других источниках дается иная формулировка: «порядок взаимоотношений центральных государственных органов власти и управления с органами региональной власти и местного самоуправления»². Либо же «территориальная организация государственной власти, соотношение государства как целого с его составными частями»³.

Если рассмотреть термин «административно-территориальная реформа» семантически, разложив его на отдельные смысловые единицы, то в основе термина будут три понятия: администрация, территория, реформа. Согласно словарям, «администрация» характеризует особенность управления; «территория» – пространство (земля), в пределах которой действует управление, а «реформа» – преобразование, изменение.

Исходя из этого, сформулируем понятие «административно-территориальная реформа» как изменение процесса управления территориями, преобразование центральных и территориальных органов власти по повышению их взаимодействия в достижении стратегических задач развития, обеспечения безопасности и управляемости государства в целом и его составными частями.

Административно-территориальное устройство часто отражает определенные национальные особенности естественного, исторического, национального и иного характера государства. Причем ключевыми являются такие, как:

– административный признак – особенность управления и взаимоотношения центра и территорий, степень централизации или децентрализации;

– территориальный признак – способ территориального деления и внутренняя территориальная структура (строение) государства.

По внутреннему строению, т. е. территориальному признаку, государства различаются отсутствием или наличием количества территориальных звеньев (ступеней) управления в большинстве своем от двухступенчатого уровня до четырех или выше.

По взаимоотношению центра и территорий (административному признаку) отличаются с максимальной зависимостью от центра и относительной самостоятельностью, децентрализованным государственным управлением и развитым местным самоуправлением.

В Кыргызстане административно-территориальное устройство складывалось в процессе исторического развития государства с учетом интересов населения в тот или иной период. Проведение административно-тер-

¹ Государственное и муниципальное управление : терминологический словарь / под общ. ред. К. Б. Шадыбекова. Бишкек, 2014. С. 356.

² Сырых В. М. Основы правоведения : учеб. пособие. М., 1998. С. 13.

³ Теория государства и права : учеб. для вузов / отв. ред. В. Д. Перевалов. М., 2006. С. 100.

риториальных реформ в стране имеет длительную историю, со времени вхождения в состав Российской империи – и в дальнейшем – одной из республик Советского Союза. В частности, в 1923 г. в СССР началась административно-территориальная реформа, вместо прежнего территориального деления (губернии, уезды, волости) по всему союзу были введены новые административно-территориальные единицы (края, области, округа, районы), границы которых устанавливались в соответствии с экономическими особенностями отдельных территорий.

Целью реформы было сокращение числа административно-территориальных единиц, упрощение и удешевление аппарата управления. Эти территориальные преобразования затронули и Кыргызстан⁴.

Предметом настоящей статьи является рассмотрение концептуальных подходов к проведению административно-территориальной реформы суверенной страны, поэтому за основу возьмем период суверенного, независимого развития Кыргызской Республики с 1991 г., как время ухода от централизованной советской опеки и принятия самостоятельных управленческих решений.

В Кыргызстане, являющимся унитарным государством, административно-территориальное деление включает в себя области, районы, города и села. Организация управления представляет собой четырехзвенную систему: республика – область – район – первичный уровень (город, село). В частности, современный Кыргызстан насчитывает 7 областей – Чуйская, Иссык-Кульская, Баткенская, Ошская, Джалал-Абадская, Нарынская, Таласская, а также 2 города республиканского подчинения – г. Бишкек со статусом столицы и г. Ош. В республике 40 районов, порядка 31 города, примерно 1834 сельских населенных пунктов, входящих в 459 айылных (сельских) округов⁵.

⁴ Кыргызстан неоднократно занимался административно-территориальным обустройством. В частности, с начала советской территориальной реформы в 1923 г., в Кыргызстане, если брать территориальный региональный уровень, также возникли округа (1924–1926 гг.); после были образованы семь кантонов (Джалал-Абадский, Каракольский, Нарынский, Ошский, Таласский, Фрунзенский, Чуйский) с 52 волостями. В 1938 г. вновь вернулись к округам, с 1939 по 1959 г. – к областям (в количестве шести), которые в 1959 г. были упразднены, за исключением одной Ошской, к 1990 г. вернулись снова к шести областям, в 1999 г. появилось уже семь областей. Не менее частые изменения происходили и на районном уровне: в 1929 г. в республике было 23 района, в 1939-м – 45, в 1964-м – 21, в 1980-м – 40, в 1990 г. – 43 района, ныне – 40 районов (см.: История Киргизской ССР. Т. 1. Фрунзе, 1968 ; *Нурбеков К.* История государства и права Киргизской ССР. Ч. 1. Фрунзе, 1965 ; *Карашев А. А., Тарбинский О. С.* Местное самоуправление в Кыргызстане и за рубежом : словарь-справочник. Бишкек, 2002).

⁵ До 2008 г. число поселковых и сельских административно-территориальных единиц насчитывало 472 единицы, после уменьшилось до 459 в результате принятия соответствующего закона. Территории, имевшие, с одной стороны, статус самостоятельной административной единицы, а с другой – входившие в состав административных границ города, были законодательно оптимизированы в пользу утраты административной самостоятельности.

По сути, административно-территориальное деление республики не претерпело существенных изменений со времен Советского Союза, когда территориальными единицами считались: области, районы, города, поселки, территории сельских Советов, включающих одно или несколько сел. Вместе с тем в последние годы широко обсуждаются проблемы оптимизации государственного устройства, ибо многоступенчатый механизм управления требует определенного совершенствования. Однако поиск эффективной системы территориального устройства, определения оптимального сочетания «естественных» и «искусственных» территорий до сих пор является политически открытым вопросом.

За годы независимости в Кыргызстане предпринимались попытки кардинального реформирования административно-территориальной системы страны несколько раз – в 90-х гг. прошлого столетия, в 2005–2010 гг. и позднее, в 2012–2017 гг. Фактически процесс реформирования административно-территориального устройства носил перманентный характер в виде частичных изменений на тех или иных уровнях управления, проведения территориальных реорганизаций.

Анализ публичного пространства свидетельствует, что в основном обсуждение ведется вокруг перехода с ныне четырехзвенного территориального управления (если рассматривать формулу центр–область–район–город, село) к трехзвенному уровню (центр–регион–город, село). К примеру, по мнению видного общественного деятеля Т. Э. Омуралиева, идеи и предложения к реформе территорий можно группировать следующим образом: а) упразднение области; б) упразднение района; в) создание нового территориального образования вместо упразднения областей и районов.

В самом начале суверенного развития основанием для обновления административно-территориального устройства республики стало время обретения независимости, развал советской политической конструкции и необходимость замены одних институтов власти и управления (преимущественно партийных) на другие.

Этот период по результатам изучения политико-правового пространства можно охарактеризовать условно как *внедрение концепции муниципализации или децентрализованного подхода* к административно-территориальному устройству страны.

Базисом децентрализованного подхода стало местное самоуправление, получившее признание в конце советского периода и мощную политическую поддержку в начале становления кыргызской суверенной государственности.

Статус независимого Кыргызстана потребовал пересмотра многих направлений развития страны и, как следствие, принятия 5 мая 1993 г. Конституции нового образца, которая впервые конституционно закрепила местное самоуправление как один из публичных институтов управления и власти.

Конституционная реформа, направленная на реформирование общественной жизни и, следовательно, системы местной власти подвигло

власти на кардинальные перемены в этой сфере. Началом стали указы Президента Кыргызской Республики «О реформе местного самоуправления в Кыргызской Республике» от 18 августа 1994 г. и «Об утверждении Положения «Об основах организации местного самоуправления в Кыргызской Республике» от 22 сентября 1994 г. Согласно им планировалось осуществить реформу территориальной власти и управления в два этапа.

Первый этап включал в себя переформатирование органов власти на уровне городов, поселков и сел, ибо именно на этом первичном уровне проживает и обеспечивается жизнедеятельность населения, т. е. местное сообщество, объединенное общими интересами в решении вопросов местного значения через свои представительные и другие органы. Преобразования на областном и районном уровне по Указу о реформе местного самоуправления от 18 августа 1994 г. должны были пройти вторым этапом, поскольку местное самоуправление на уровне районов, областей и города Бишкека осуществляется на основе объединений местных сообществ и производно от них, вопросы его реорганизации могут быть решены только после формирования местного самоуправления на базовом уровне. Поэтому районы и области Кыргызской Республики признавались согласно Положению «Об основах организации местного самоуправления в Кыргызской Республике», утвержденному Указом Президента КР от 22 сентября 1994 г., «территориальными объединениями местных сообществ» (п. 3 Положения).

С учетом новых принципов территориальной организации управления строилась и дальнейшая административно-территориальная политика. С 1995 по 2001 г. на всех административно-территориальных единицах первичного уровня (города, поселки, села) местные органы власти и управления были преобразованы в органы местного самоуправления, введена выборность руководителей местного самоуправления, создана ресурсная база местного самоуправления за счет передачи в муниципальную собственность государственных объектов, проведена бюджетная децентрализация, закреплена законодательной базой организационная, финансово-экономическая устойчивость новых институтов территориальной власти.

Концепция муниципализации и децентрализации власти нашла отражение в программных документах страны, став стратегическим ориентиром и одним из основных направлений реформирования системы публичного управления в центре и на местах. В частности, такими стратегическими документами стали: утвержденная Указом Президента Кыргызской Республики от 2 августа 1999 г. «Концепция развития местного самоуправления в Кыргызской Республике на 1999–2001 годы». Комплексные основы развития Кыргызской Республики до 2010 года, принятая в 2001 г. на Национальном собрании, где в главе 4.1 определили «проводить целенаправленную политику децентрализации и реорганизации исполнительной власти...». В реализацию этой политики Указом

Президента Кыргызской Республики 17 декабря 2002 г. была утверждена Национальная стратегия «Децентрализация государственного управления и развитие местного самоуправления до 2010 года».

Для продолжения территориальных реформ на уровне района и области требовалось изменить конституционную норму: фразу «Исполнительную власть в областях, районах и городах осуществляет местная государственная администрация» (ст. 76 Конституции КР от 5 мая 1993 г.) изменили на референдуме в феврале 2003 г., исключив понятия «область», «район»: «Исполнительную власть на территории соответствующей административно-территориальной единицы осуществляет местная государственная администрация». Таким образом, была подготовлена конституционная почва для начала второго этапа реформ.

Для исполнения задуманной идеологии 13 марта 2004 г. был принят Указ Президента Кыргызской Республики «О проведении в Иссык-Кульской области пилотного проекта «Децентрализация государственного управления и развитие местного самоуправления», на основе которого в двух районах (Джеты-Огузский и Тонский районы Иссык-Кульской области) необходимо было осуществить пилотный проект. Суть его заключалась в упразднении районных государственных администраций и районных кенешей (районных советов депутатов) и организации управления в районе на принципах самоуправления. Указом утверждалось Положение «Об органах самоуправления районного (вторичного) территориального уровня», согласно которому в пилотном районе для управления делами районного значения на децентрализованных началах должны были образовываться органы самоуправления вторичного территориального уровня, состоящие: а) из представительного органа – районного кенеша, формируемого из числа депутатов сельских и поселковых кенешей района; б) коллегиального органа – правления района; в) исполнительного органа – районного исполнительного комитета. Полномочным представителем государственной власти на самоуправляемой районной территории становился бы глава областной государственной администрации – губернатор области.

Вместе с тем субъективные и объективные обстоятельства 2005 г. (смена власти) стали препятствием для продолжения концепции муниципализации. После 2005 г. вопросы административно-территориального устройства снова стали предметом обсуждений и выработки альтернатив территориальной реформы, поэтому в рамках работы Комиссии по выработке предложений по оптимизации административно-территориального устройства Кыргызской Республики⁶ прорабатывались различные варианты. Комиссия предложила несколько основных решений оптимизации административно-территориального устройства страны:

– сохранение действующего административно-территориального устройства с перераспределением функций между уровнями управления;

⁶ Распоряжение Президента Кыргызской Республики от 26 марта 2007 г. № 62.

- сохранение областного уровня с упразднением районного звена управления;
- сохранение районного уровня с упразднением областного звена управления;
- упразднение областного и районного звеньев управления, создание новой административно-территориальной единицы на базе укрупненных районов.

Из них приоритетным для рассмотрения был предложен вариант административно-территориального устройства на базе трех уровней управления: центр – средний уровень – низовой уровень. В качестве среднего уровня считалось целесообразным принять новую административно-территориальную единицу с примерными названиями в виде: округ, район (как более привычное название), аймак, улус, кантон. Условные «округа» планировалось образовать на базе укрупнения существующих районов с полным упразднением таких административно-территориальных единиц, как области.

Академические круги, принимавшие участие в этом вопросе (Т. Койчуев, Т. Бобушев, Т. Дыйканбаева и др.), выдвинули идею поставить в основу административно-территориального обустройства концепцию экономического районирования, укрупнения территорий на принципах экономической специализации и хозяйственных связей. В частности, с учетом современной специализации хозяйств, особого сочетания отраслей и перспектив развития производительных сил в пределах республики предлагалась следующая схема экономического районирования страны: а) Северный экономический район (в рамках Таласской, Чуйской и Иссык-Кульской областей); б) Центральный экономический район (в пределах Жалал-Абадской и Нарынской областей); в) Южный экономический район (в рамках Ошской и Баткенской областей). Эти экономические районы рассматриваются как республиканские территориальные округа, имеющие больше экономико-территориальное чем политико-административное значение. По мнению ученых, в ходе административно-территориальной реформы могут быть преобразованы 7 областей в 3 республиканских территориальных округа, 40 районов в 18 региональных территориальных структур управления. Либо же создание среднего звена управления в виде 16 административных округов (аймака) с учетом того, что административно-территориальное деление должно обеспечивать целостность административно-территориальной единицы в хозяйственном отношении, а также соответствовать возможностям местной власти осуществлять управление в данном масштабе.

В предлагаемой модели особая роль, на взгляд ученых, должна была принадлежать формированию «коридоров экономического роста» и созданию территориально-производственных комплексов. Концепция экономического районирования базировалась на территориальном управлении производством и распределении ресурсов, на обеспечении возможности создания новых крупных хозяйственных комплексов и проведение внутритерриториальной специализации.

Предложения Комиссии по оптимизации административно-территориального устройства стали основой для принятия Указа Президента Кыргызской Республики «О концептуальных подходах к реорганизации системы административно-территориального устройства в Кыргызской Республике» от 4 июля 2007 г. № 333.

Стержневой частью данного подхода стала *концепция функционального перераспределения* с оптимальным сочетанием роли централизованного государственного управления и децентрализованного местного самоуправления. Одновременно, как говорилось в Указе, – «данная реформа предполагает взвешенный подход, обеспечение преемственности власти, недопущение ослабления управляемости территориями и потери функций при реорганизации структур управления. Следует также учесть, что нынешние административные границы регионов исторически сложились десятки лет назад, основаны на идентичности традиций и уклада жизни местных сообществ»⁷.

Фундаментальными принципами должны были стать: поэтапное реформирование территорий путем их укрупнения на основе экономического районирования в направлении перехода к трехступенчатой системе управления. В частности, согласно указу, проведение реформы административно-территориального устройства Кыргызской Республики должно пройти в три этапа:

I этап – 2007–2008 гг. – административная реформа на областном уровне, заключающаяся в сокращении числа областных структур государственных органов путем перераспределения задач и функций, разграничения государственных и муниципальных услуг, отделения функций политики от функций хозяйствования;

II этап – 2009–2010 гг. – административная реформа посредством укрупнения административно-территориальных единиц на основе объединения отдельных районов и территорий отдельных айльных кенешей с учетом соблюдения принципов экономического районирования и доступности государственных и муниципальных услуг для граждан;

III этап – 2010–2011 гг. – совершенствование административно-территориального устройства Кыргызской Республики с переходом от четырехуровневой системы управления к трехуровневой на основе перераспределения задач и функций.

Анализ реализации запланированных задач свидетельствовал, что основные усилия государства пришлось на I этап реформы, когда были ликвидированы многие областные структуры управления. Однако со временем отдельные из них трансформировались в межрегиональные структуры управления, а некоторые были восстановлены. Вопросы последующего этапа коснулись фактически только ряда айльных (сельских) аймаков (округов), вошедших в состав городов республиканского и областного значения.

⁷ О концептуальных подходах к реорганизации системы административно-территориального устройства в Кыргызской Республике : указ Президента КР от 4 июля 2007 г. УП № 333.

Между тем первым сигналом, что заявленный концептуальный подход станет декларационным, можно считать принятие практически через год после анонсирования указом административно-территориальной реформы Закона Кыргызской Республики «Об административно-территориальном устройстве Кыргызской Республики» от 25 апреля 2008 г. № 65.

Закон впервые в истории суверенной республики узаконил понятие, принципы и порядок административно-территориального устройства Кыргызской Республики. Так, законом определялось, что «административно-территориальное устройство Кыргызской Республики – это деление территории на административно-территориальные единицы в целях организации эффективного государственного управления и местного самоуправления». К таким административно-территориальным единицам согласно ст. 4 закона относились: область, район, город, аильный округ.

Исторический шанс законодательно заложить новую территориальную философию был заменен на фактическое признание существующих реалий административно-территориального устройства. В итоге концепция функционального перераспределения также не достигла своей цели, частичные преобразования, субъективные обстоятельства и отсутствие сильной политической воли стали причиной отмены в 2010 г. соответствующего указа.

Очередная попытка подойти к административно-территориальной реформе представилась после 2010 г.: конституционная реформа, новое политическое обустройство снова заострили внимание на вопросах государственного устройства. Так, распоряжением Премьер-министра Кыргызской Республики от 27 августа 2011 г. № 413 анонсируется образование рабочей группы по подготовке концептуальных предложений по проведению административно-территориальной реформы в Кыргызской Республике.

В рамках деятельности группы были проанализированы причины неудач и незавершенности предыдущих реформ. Вероятнее всего, отмечалось в выводах группы, это было связано с высоким уровнем противодействия со стороны местных элит, социальное положение которых тесно связано с их местом в иерархии власти. Были сформулированы основные проблемы системы административно-территориального устройства страны:

- отсутствие единой, доступной и качественной системы оказания государственных услуг населению;
- функциональная и ресурсная слабость органов местного самоуправления;
- отсутствие институтов выявления и реализации в государственном управлении национальных интересов и интересов территориальных, этнических, профессиональных и других сообществ;
- функциональная необоснованность и избыточный характер правительственных структур и центральных органов управления;
- наличие с точки зрения целей развития необоснованных и ненужных территориальных уровней управления;

– отсутствие практически реализуемой стратегии и механизмов управления развитием регионов.

Впервые были обозначены проблемы, затрагивающие широкий комплекс управленческих и стратегических рамок развития. Отсюда и тезис о необходимости синхронизации реформ на верхнем и территориальном уровне управления, т. е. система управления по всем вертикалям от центрального аппарата ведомства до территориального подразделения должна быть интегрирована в реформу административно-территориального устройства⁸.

Предложенный концептуальный *принцип сбалансированного управления* лег в основу новой Концепции реформирования административно-территориального устройства Кыргызстана, утвержденной решением Правительства в 2012 г.

Предстоящая административно-территориальная реформа должна быть направлена, в первую очередь, на создание оптимальной системы государственного управления, усиление потенциала регионов и повышение благосостояния населения, в том числе с учетом укрупнения территориальных единиц, выбора мест управленческих центров, доступности оказываемых государственных и муниципальных услуг населению, финансового обеспечения новых административно-территориальных единиц.

Для достижения цели была поставлена задача синхронизировать проведение административной и административно-территориальной реформ с вопросами оптимизации кадровой политики в сфере государственной и муниципальной службы, гармонизации законодательства, а также обеспечения последовательности действий по переходу к модели организации управления на территории страны, отвечающей целям ее развития.

В Концепции был учтен прежний опыт территориального реформирования, поэтому признавалось, что административно-территориальная реформа «достаточно длительная, сложная работа, требующая усилий всего общества», когда «поспешные и непродуманные решения могут привести к значительным экономическим и социальным потерям»⁹.

Предложенная модель территориальной реформы фактически могла считаться подготовительной, создающей условия для последующего финального завершения административно-территориального устройства.

⁸ Одним из вариантов организации территориального управления группой предлагался переход на двухуровневую систему устройства: центральный и первичный уровни (города, айылные аймаки (сельские округа), т. е. уровень местного самоуправления). В этой конструкции должны были быть упразднены все промежуточные звенья территориального управления (области и районы). А для реализации функций развития регионами и обеспечения контроля предлагалось образовать соответствующие Дирекции по развитию.

⁹ Концепция административно-территориальной реформы в Кыргызской Республике : утверждена постановлением Правительства КР от 23 марта 2012 г. № 198.

Поэтому она предусматривала, так же как и предыдущие, поэтапный характер, но уже с конкретными действиями по вертикали и горизонтали управления, развитию потенциала регионов, ликвидации бюрократических барьеров для бизнеса, устранению излишнего и неэффективного административного регулирования, развитию эффективного государственно-частного партнерства на местном уровне.

Первый этап административно-территориальной реформы (2012–2014 гг.) предполагал: образование института полномочного представителя Правительства Кыргызской Республики в регионе; упразднение районных кенешей (районных советов); преобразование поселков городского типа; совершенствование деятельности народных курултаев; финансовую децентрализацию; обеспечение доступности государственных и муниципальных услуг для населения; повышение ответственности и оптимизация функций на территориальных уровнях управления; совершенствование оценки и мониторинга реализации государственных программ и эффективности управления; создание устойчивой системы повышения кадрового потенциала.

На II этапе реформы (2014–2016 гг.) было запланировано осуществление таких мер, как укрупнение аильных аймаков; укрупнение районов; оптимизация органов управления на областном уровне.

И III этапом (2017 г.) должно было стать законодательное закрепление нового административно-территориального устройства.

Сбалансированный подход к реформе начал масштабно реализовываться по всей вертикали власти и управления, в частности удалось:

- образовать институты полномочных представителей Правительства Кыргызской Республики в областях с соответствующими аппаратами на базе государственных администраций областей;

- преобразовать 19 поселков городского типа, из них шесть – в города, 13 – в аильные аймаки;

- закрепить законодательно бюджетную децентрализацию и двухуровневую бюджетную систему;

- начать реформу системы предоставления услуг населению;

- упразднить многие учреждения на областном уровне;

- внедрить систему мониторинга и оценки эффективности, интегрировать в единые процедуры системы государственной и муниципальной службы;

- ввести новые принципы оплаты труда для государственных и муниципальных служащих, заложить основы для организации межтерриториальной ротации и др.

Практически создавались условия для последующих действий по административно-территориальной реформе.

Между тем новая система административно-территориального устройства, особенно переход к ней, будет сопровождаться определенными рисками. Наиболее существенным из них, как отмечалось в самой Концепции, является противодействие реформе и новым отношениям

со стороны определенных групп общества. Более того, именно законодательные риски были отнесены Концепцией к одним из основных барьеров, которые возникнут при ее реализации. Ибо сложное политическое устройство уже требовало консолидации всех политических сил, прежде всего Парламента страны в проведении территориальной реформы.

Кроме того, по мнению автора и многих независимых экспертов, участвовавших в этом процессе (А. В. Третьяков, А. Н. Мадеюев, В. Б. Богатырев, Ж. Т. Балтагулов, О. С. Тарбинский, С. К. Мурзаев и др.), вышеуказанные и другие факторы в большинстве определяли низкую динамику подобных реформ, которые довольно часто упирались в завершение очередного выборного цикла. Выборный цикл, имея особое влияние на политическое пространство, по понятным причинам, не позволял доводить до конца такие инициативы. И на этот раз выборные процессы по формированию нового Парламента 2015 г., а в последующем выборы Президента 2017 г. отложили на неопределенное время решение важной для целей развития страны, но политически острой административно-территориальной реформы.

Объявленный Президентом 2018 год – годом развития регионов и их специализации, существующая политика развития городов-точек роста, двухуровневая бюджетная система, возможная концентрация функций и ресурсов на уровне районов и другие действия, становятся, как нам представляется, предпосылками к подготовке новой волны административно-территориальной реформы. Поэтому все предыдущие попытки можно признать определенной капитализацией времени, методологии, ресурсов, базисных условий и профессионального потенциала для более успешного и системного продолжения территориальной реформы.

Академия государственного управления при Президенте Кыргызской Республики

Шадыебеков К. Б., кандидат юридических наук, доцент, заведующий отделом государственной службы Аппарата Правительства Кыргызской Республики

*E-mail: shadybekov@mail.ru
Тел.: 0(996)770901109;
0 (996) (312) 62-53-42*

Academy of Public Administration under President of the Kyrgyz Republic

Shadybekov K. B., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor Head of Civil Service Department of Government's Office of the Kyrgyz Republic

*E-mail: shadybekov@mail.ru
Tel.: 0(996)770901109;
0 (996) (312) 62-53-42*

УДК 342.57

**ОБЩЕСТВЕННЫЕ ПРЕФЕКТУРЫ – ВАЖНЫЙ ИНСТИТУТ
ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА
(НА ПРИМЕРЕ РАБОТЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ПРЕФЕКТУР г. ТАМБОВА)**

Е. В. Ламонов

*Мичуринский государственный аграрный университет,
Тамбовский государственный университет имени Г. Р. Державина*

Поступила в редакцию 3 сентября 2018 г.

Аннотация: актуальность статьи обусловлена возрастающей ролью институтов гражданского общества, общественного самоуправления в защите прав и свобод граждан, в осуществлении общественного контроля за деятельностью органов государственной власти, участии граждан в решении значимых для них местных проблем. Дается характеристика новому зарождающемуся институту общественного самоуправления – общественным префектурам: их структуре, задачам и полномочиям. Обращается внимание, что происходящий на этой общественной площадке диалог между властью и населением даст большую возможность для реализации гражданских инициатив, позволит оперативно выявлять, доносить до местной и региональной властей возникающие проблемы и вместе их решать. Приводятся первые результаты деятельности этих префектур.

Ключевые слова: общественное самоуправление, префектуры, народ, власть, полномочия, контроль.

Abstract: the relevance of the article is due to the growing role of civil society institutions, public self-government in protecting the rights and freedoms of citizens, in exercising public control over the activities of public authorities, participation of citizens in solving significant local problems. The article describes a new emerging institution of public self-government - public prefectures: their structure, tasks and powers. Attention is drawn to the fact that the dialogue between the authorities and the population that takes place on this public platform will provide a great opportunity for the implementation of civil initiatives, will promptly identify, inform the local and regional authorities and solve problems together. The first results of these prefectures are given.

Key words: public self-government, prefectures, people, power, authority, control.

67

Являясь жителями конкретного населенного пункта, района, двора, для граждан важным является благоустроенность их места проживания, состояние жилищ, дворов, дорог, качество предоставляемых коммунальных услуг и справедливость платежей за них, состояние общественного порядка. И от того, насколько положительно решаются вышеуказанные проблемы, зависит отношение населения к власти, к оценке ее работы. Поэтому важно развивать общественное самоуправление, обеспечивающее непосредственное участие граждан в решении совместно с органами местного самоуправления социально значимых для них местных проблем.

Не случайно Президент РФ В. В. Путин, определяя задачи по созданию современной среды для жизни, преобразованию городов и поселков, обратил внимание на то, что «очень многое будет зависеть, конечно, от городских, местных властей, от их открытости передовым идеям. От готовности откликаться на запросы жителей разных поколений, семей с детьми, пенсионеров, инвалидов. Мнение людей, каким быть их городу или поселку, должно быть решающим»¹.

Президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическим и приоритетным проектам 18 апреля 2017 г. был утвержден паспорт приоритетного проекта по основному направлению стратегического развития Российской Федерации «Формирование комфортной городской среды»².

Целью проекта является создание условий для системного повышения качества и комфорта городской среды на всей территории Российской Федерации. Реализация данного приоритетного проекта предусматривает более активное участие граждан в формировании и реализации муниципальных программ по благоустройству дворовых территорий, объектов городской среды, мест массового отдыха населения, событийном наполнении благоустраиваемых пространств. При этом особое внимание отводится инструментам общественного контроля по вопросам благоустройства.

Большое значение в развитии территориального общественного самоуправления, под которым понимается «самоорганизация граждан по месту их жительства на части территории поселения, внутригородской территории города федерального значения, городского округа, внутригородского района для самостоятельного и под свою ответственность осуществления собственных инициатив по вопросам местного значения» имело принятие Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»³.

Анализ деятельности Территориального общественного самоуправления (ТОС) за прошедший период позволяет сделать вывод о том, что данный институт территориального общественного самоуправления является «серьезным ресурсом как для повышения гражданской активности, так и для решения проблем муниципальных образований»⁴, ориен-

¹ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации от 1 марта 2018 г. URL: <http://www.kremlin.ru> (дата обращения: 03.05.2018).

² Паспорт приоритетного проекта «Формирование комфортной городской среды»: утв. Президиумом Совета при Президенте РФ по стратегическому развитию и приоритетным проектам от 18 апреля 2017 г. № 5. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ *Бондалетов В. В.* Территориальное общественное самоуправление как институт непосредственной демократии: условия и проблемы становления // Социальная политика и социология. 2013. № 4, т. 2. С. 240.

тирован «на активное включение в него граждан в целях реализации их интересов и потребностей на территории конкретных муниципальных образований»⁵.

Вместе с тем, по словам председателя комитета по информационной политике г. Тамбова Е. А. Крупиной, «...при разработке важнейших вопросов жизнедеятельности муниципального образования, при принятии и реализации важных управленческих решений по вопросам местного значения потенциал общественного мнения используется не полностью»⁶.

По инициативе губернатора Тамбовской области А. В. Никитина была создана рабочая группа, которая выработала новую структуру общественного самоуправления. Первым звеном станут различные общественные объединения и советы, например совет дома, ТСЖ, органы общественной самодеятельности. Следующая ступень – общественная префектура. Третье звено реформированной системы общественного самоуправления в Тамбове – это социально ориентированная некоммерческая организация⁷.

Определенным импульсом к созданию общественных префектур сыграл проект по благоустройству дворовых территорий «Наш двор», в процессе реализации которого активное участие приняли представители общественности, жители дворов, где проводилось благоустройство. По мнению губернатора А. В. Никитина, в ходе реализации этого проекта «мы увидели... люди действительно хотят управлять своим домом, двором, иными небольшими структурами. У них есть здравые идеи, и они хорошо знают ситуацию на местах»⁸.

Однако, по словам первого заместителя главы администрации области О. О. Иванова, «существовавшие на тот момент советы территорий никак себя не проявили, не смогли организовать взаимодействие с муниципальными властями»⁹.

В связи с этим во второй половине 2017 г. в г. Тамбове были созданы три общественные префектуры: «Летный городок», «Олимпийский парк», «Центральная», положения о которых были утверждены администраци-

⁵ Судакова С. В. Социальная активность граждан как важный ресурс успеха местного самоуправления // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2015. № 4. С. 30.

⁶ Местное самоуправление и политический процесс : материалы круглого стола // Вестник Тамбовского гос. ун-та. Серия: Гуманитарные науки. 2013. № 11. С. 418–419.

⁷ См.: Ирина Тен рассказала о новой структуре общественного самоуправления в Тамбове. URL: <https://tambov.er.ru/news/2017/6/23/i> (дата обращения: 26.04.2018).

⁸ Общественные префектуры : станет ли тамбовский опыт всероссийским. URL: <https://www.chitalnya.ru/regional/18139> (дата обращения: 26.04.2018).

⁹ Цит. по: Интервью с первым заместителем главы администрации Тамбовской области, руководителем аппарата главы администрации О. Ивановым. URL: <https://regnum.ru> (дата обращения: 26.04.2018).

ей г. Тамбова¹⁰, а в 2018 г.: «Уютная», «Рылеева», «Западная» и еще одна – в г. Уварово.

Как видно из положений о вышеуказанных общественных префектурах их задачей является: создание условий для обеспечения взаимодействия граждан, проживающих на территории, на которой создана данная префектура, и органов местного самоуправления, а также содействие в решении проблем жителей данной территории; учет общественного мнения при формировании муниципальных программ и бюджета города; анализ общественного мнения по важнейшим социальным, политическим и экономическим вопросам, обсуждаемым на федеральном, региональном и местном уровнях и затрагивающим интересы большинства населения города; содействие развитию территориального общественного самоуправления и др.

Общественная префектура состоит из префекта, заместителей префекта, секретаря, руководителей рабочих групп и членов общественной префектуры.

К числу полномочий общественной префектуры относятся:

- участие в реализации проектов по благоустройству;
- рассмотрение вопросов местного значения, касающихся интересов жителей территории, внесение предложений по решению вопросов местного значения в администрацию г. Тамбова, Тамбовскую городскую Думу;
- организация населения для участия в работах по благоустройству и соблюдению санитарно-гигиенических норм по месту жительства, озеленению данной территории;
- обсуждение проектов муниципальных правовых актов органов местного самоуправления по наиболее важным вопросам жизнедеятельности города;
- осуществление общественного контроля за качеством выполненных службами жилищно-коммунального хозяйства ремонтных работ в жилищном фонде, на объектах социальной инфраструктуры данной территории, а также работ по благоустройству территорий;
- участие в организации социокультурной работы с населением и др.

Таким образом, анализ задач и полномочий общественных префектур позволяет сделать вывод о том, что органы общественного самоуправления будут играть важную роль в общественном контроле за качеством предоставляемых услуг ресурсоснабжающими организациями, управляющими компаниями; при проведении капитального ремонта домов, благоустройств дворовых территорий, дорог; в вовлечении граждан в социально активную деятельность, в более эффективное сотрудничество с органами власти, что, с одной стороны, даст большую возможность для реализации гражданских инициатив, а с другой – повысит прозрачность деятельности властей и доверие к ним населения.

¹⁰ См.: Постановления администрации г. Тамбова: от 20 июля 2017 г. № 4364 ; от 19 октября 2017 г. № 6295 ; от 29 декабря 2017 г. № 8159. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

Несмотря на то что с момента образования общественных префектур прошло не так много времени, однако уже сейчас можно говорить о первых результатах деятельности этой новой формы общественного самоуправления.

Так, активисты префектуры «Рылеева» при самом активном участии жителей провели инвентаризацию дворов и территории в целом, создали специальный реестр, в котором отражены все проблемные территории. По мнению префекта А. Власкина, «Реестр станет «живым» документом, который будет меняться по мере возникновения других болевых точек, а также по мере решения существующих вопросов. И буквально в первые же дни некоторые пункты из реестра выбыли: вывезли спиленные деревья с дворовой территории, убрали песок с тротуара возле домов, оставшийся там еще с зимы. В ближайших планах – общественный контроль выполнения работ и подготовка к отопительному сезону»¹¹.

В Летке, где префектура была создана раньше других, жители могут отдыхать сразу в двух благоустроенных скверах. Отремонтированы наиболее проблемные дороги и тротуары¹². По словам первого заместителя главы администрации Тамбовской области О. О. Иванова, «первая общественная префектура организовала за лето и осень ... такой объем работы по благоустройству Летки, который этот микрорайон не знал за последние лет двадцать, если не больше»¹³.

В качестве примера успешной работы префектур губернатор А. В. Никитин привел префектуру «Олимпийская». «Действительно, неравнодушные жители префектуры «Олимпийская» гордятся своими успехами: они смогли защитить территорию парка от застройки, добились благоустройства территории, а сегодня под общественным контролем идет подготовка к установке малых архитектурных форм»¹⁴. В качестве положительного примера деятельности общественной префектуры необходимо привести выстраивание конструктивного диалога между населением и застройщиком. Так, по словам генерального директора строительной компании «Жупикиов»: «У нас уже товарищеское общение... Мы встречаемся практически каждую неделю, подводим итоги, у нас есть план-график совместный»¹⁵.

Следует отметить эффективную работу префектуры «Олимпийская» и по решению проблем ЖКХ. Так, в результате обращения активистов этой

¹¹ В префектуре «Рылеева» знают, с каких дворов начинать. URL: <https://vtambe.ru> (дата обращения: 14.08.2018).

¹² См.: В Тамбове подвели промежуточные итоги работы общественных префектур. URL: <http://vtambov.ru> (дата обращения: 02.08.2018).

¹³ Интервью с первым заместителем главы администрации Тамбовской области, руководителем аппарата главы администрации О. Ивановым. URL: <https://regnum.ru> (дата обращения: 26.04.2018).

¹⁴ А. В. Никитин: «У общественных префектур на Тамбовщине есть серьезные перспективы». URL: [//news.gambler.ru](http://news.gambler.ru) (дата обращения: 08.09.2018).

¹⁵ В Тамбове подвели промежуточные итоги работы общественных префектур. URL: <http://vtambov.ru> (дата обращения: 02.08.2018).

префектуры после отключения горячей воды в ряде домов микрорайона в надзорные органы, прокуратуру, их личного общения с руководителем ресурсопоставляющей компании в домах снова появилась горячая вода¹⁶.

В префектуре «Центральная» благодаря активной позиции местных жителей в рамках приоритетного проекта «Формирование комфортной городской среды», с учетом мнения и пожелания граждан, был благоустроен сквер по ул. Пензенской, в котором все сделано для удобства людей. Кроме того, членом общественной префектуры предложено реализовать общегородской проект «Тысяча деревьев» и высадить по всему Тамбову молодые саженцы¹⁷.

В начале августа 2018 г. состоялась встреча первого заместителя главы администрации области, руководителя аппарата главы администрации области О. Иванова с префектами общественных префектур областного центра. На этой встрече префекты представили отчеты-презентации, поделились дальнейшими планами и высказали ряд предложений по совершенствованию работы. По словам О. Иванова, «сегодня мы убедились, что общественная префектура это не фикция, а инструмент, который реально работает»¹⁸. На этой встрече был образован совет префектов.

Создание данного коллегиального органа поможет префектам обмениваться опытом, своими лучшими практиками, объединяться для решения общих вопросов, вместе генерировать идеи.

Образованный совет префектов с участием заместителя председателя Тамбовской областной Думы, председателя комитета городского хозяйства, председателя комитета по развитию потребительского рынка товаров и услуг 23 августа 2018 г. обсудили организацию торговли в Тамбове, а также новый проект «1000 деревьев»¹⁹. Участники совета сошлись во мнении, что реализация данной инициативы возможна только в тесном сотрудничестве города и префектур.

Председатель Государственной Думы РФ В. В. Володин в ходе рабочего визита в начале сентября 2018 г. в Тамбов отметил значимость работы общественных префектур Тамбова, которые активно участвуют в реализации программ благоустройства города. Беседуя с общественными префектами Тамбова спикер Государственной Думы РФ сказал: «Очень

¹⁶ См.: Активисты Олимпийской префектуры добились горячей воды, подачу которой незаконно прекратили неделю назад. URL: <https://newtambov.ru> (дата обращения: 02.08.2018).

¹⁷ См.: Спикер Госдумы Вячеслав Володин положительно оценил комплексный подход к благоустройству территорий, применяемый в Тамбове. URL: <https://www.tambov.gov.ru> (дата обращения: 04.09.2018).

¹⁸ Общественные префекты Тамбова будут давать друг другу советы. URL: <https://sm-news>. (дата обращения: 02.08.2018). См. также: В Тамбове создан совет общественных префектур. URL: <https://www.tambov.gov.ru> (дата обращения: 02.08.2018).

¹⁹ См.: Префекты обсудили организацию торговли в Тамбове. URL: <https://www.onlinetammbov.ru> (дата обращения: 23.08.2018).

правильный подход, когда институты гражданского общества вовлечены в этот процесс»²⁰.

Таким образом, одним из важных критериев оценки России как демократического правового государства является возможность реального участия народа в осуществлении власти как через органы государственной власти и местного самоуправления, так и непосредственно, путем участия в решении повседневных вопросов, проблем, возникающих на территории их проживания, в их микрорайоне, дворе, поскольку «демократию в современном мире следует рассматривать не только как власть народа, но и как участие граждан и их объединений в осуществлении этой власти»²¹.

Вхождение в состав префектур председателей советов многоквартирных домов; ТОС, правлений ТСЖ, ЖСК, ЖК, граждан, проживающих на территории общественной префектуры, участие в работе данного института общественного самоуправления представителей исполнительной и законодательной власти области и города, вот та «сцепка», объединение в едином общественном органе представителей населения, исполнительной и законодательной власти, протекающий открытый диалог между ними на этой общественной площадке, которая позволит, на наш взгляд, более оперативно выявлять, доносить до местной и региональной власти возникающие проблемы, не позволяя власти уходить в сторону, а вместе с населением их решать. Это также будет способствовать развитию у граждан коммуникативных и организаторских навыков, проявлению социальной активности, «формированию нового общественного сознания»²².

С момента образования общественных префектур в г. Тамбове прошло не так много времени, однако можно констатировать, что деятельность общественных префектур Тамбова вносит значимый вклад в развитие местного самоуправления, в решение социально значимых задач города. Уже сегодня видно, что «работа, проводимая префектами, идет на пользу всем: и администрации города, и, самое главное, жителям. Она позволяет четче и точнее увидеть существующие в городе проблемы, а, значит, найти пути их решения»²³, а по словам губернатора области «префектуры уже доказали свою эффективность и вызвали интерес и симпатию у тамбовчан. За короткое время удалось решить важные вопросы: от дорожного ремонта малых улиц до строительства новых парков и сохранения

²⁰ Спикеру Госдумы Вячеславу Володину показали Олимпийский парк на севере Тамбова. URL: <https://newtambov.ru> (дата обращения: 04.09.2018).

²¹ Хевсаков В. В. Непосредственная демократия и субъекты прямого народовластия в Российской Федерации. М., 2008. С. 17.

²² Киреева Е. Ю. Трансформация механизмов участия институтов гражданского общества в обновлении власти // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 1. С. 12.

²³ Самородин Д. (первый заместитель главы администрации г. Тамбова): к концу года префектур в Тамбове станет больше». URL: <https://vtambove.ru> (дата обращения: 27.04.2018).

зеленых зон. Именно этот механизм способен дать в руки жителей ключ к решению очень важных вопросов»²⁴.

²⁴ А. В. Никитин: «У общественных префектур на Тамбовщине есть серьезные перспективы». URL: [https://news://rambler.ru](https://news.rambler.ru) (дата обращения: 08.09.2018).

Мичуринский аграрный университет

Ламонов Е. В., кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры правового воспитания института экономики и управления, доцент кафедры уголовного права и процесса Тамбовского государственного университета имени Г. Р. Державина

E-mail: elamn@mail.ru

Tel.: 8-905-047-96-38

Michurinsky Agrarian University

Lamonov E. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Legal Education of the Institute Economy and Management Department, Associate Professor of the of Criminal Law and Process Department and the Tambov State University named after G. R. Derzhavin

E-mail: elamn@mail.ru

Tel.: 8-905-047-96-38

УДК 342.25

**НОВЕЛЛЫ ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
О ТЕРРИТОРИАЛЬНОЙ ОРГАНИЗАЦИИ
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ:
ПРАКТИКА РЕАЛИЗАЦИИ**

С. С. Кустов

Новосибирский государственный университет экономики и управления

Поступила в редакцию 1 октября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются изменения в федеральном законодательстве о территориальной организации местного самоуправления за период с 2014 по 2017 г. Федеральный закон от 27 мая 2014 г. № 136-ФЗ добавил два новых вида муниципальных образований: городской округ с внутригородским делением и внутригородской район. Федеральный закон от 3 апреля 2017 г. № 62-ФЗ законодательно закрепил процедуру объединения всех поселений, входящих в состав муниципального района с городским округом, с последующим упразднением муниципального района. На основе сравнительного анализа законодательства и материалов судебной практики делается вывод о том, что Федеральный закон № 62-ФЗ законодательно урегулировал только один из способов образования городских округов на базе муниципальных районов, сложившихся в практике субъектов РФ.

Ключевые слова: территориальная организация, местное самоуправление, население муниципального образования, городской округ с внутригородским делением, внутригородской район.

Abstract: the following paper analyzes changes introduced into the federal legislation on territorial organization of local self-government over a period from 2014 to 2017. Federal law dated 27 May 2014 No. 136-FZ introduced two new types of municipal entities: urban district with intraurban division and intraurban district. Federal law dated 3 April 2017 No. 62-FZ formalized in legislation the procedure of consolidation of all the residences, which form a part of the municipal area including an urban district, with an upcoming elimination of a municipal district. Based on the comparative analysis of the legislation and cases of judicial practice we draw a conclusion that Federal law No. 62-FZ formalized in legislation only one method of organization of the urban districts on the basis of municipal district which were developed in the practice of territorial entities of RF.

Key words: territorial organization, local self-government, local community, urban district with intraurban division, intraurban district.

75

Последние изменения, вносимые в Федеральный закон от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»¹ (далее – Федеральный закон № 131-ФЗ) в 2014 и 2017 гг., позволяют говорить, что одним из приоритетных направлений реформирования законодательства о местном самоуправлении является область территориальных основ местного самоуправления.

¹ Рос. газета. 2003. 8 окт.

Принятие Федерального закона от 27 мая 2014 г. № 136-ФЗ² (далее – Федеральный закон № 136-ФЗ) ознаменовало начало нового этапа в реформировании местного самоуправления в России³. Указанные новеллы добавили два новых вида муниципальных образований: городской округ с внутригородским делением и внутригородской район. В некоторых субъектах РФ были учреждены данные муниципальные образования (Челябинская и Самарская области, Республика Дагестан) в других регионах были созданы предпосылки для их образования (Свердловская область).

Внесенные изменения позволяют говорить, что действующая модель территориальной организации местного самоуправления трансформируется. С одной стороны, была применена двухуровневая модель организации местного самоуправления на городские округа, что в духе Федерального закона от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ. С другой стороны, в территориальной организации местного самоуправления появляются элементы вариативности, это проявляется в следующем. Во-первых, создание городских округов с внутригородским делением не является обязательным и реализуется на усмотрение субъектов РФ. Во-вторых, Федеральным законом № 136-ФЗ предусмотрен механизм закрепления за внутригородскими районами дополнительных вопросов местного значения из числа вопросов местного значения городского округа, а также разграничение полномочий между органами местного самоуправления внутригородского района и городского округа. Однако надделение внутригородских районов статусом муниципальных образований имеет ряд негативных последствий. Это приведет к увеличению управленческого персонала, и поэтому значительная часть средств бюджетов внутригородских районов пойдет на обеспечение деятельности органов местного самоуправления. Вместе с тем возникает проблема финансовой самостоятельности и обеспеченности внутригородских районов. По справедливому замечанию О. И. Баженовой, «бюджет внутригородского района двухуровневого городского округа мало чем отличается от сметы территориальной администрации района в городе в городском округе без двухуровневого деления»⁴.

2018. № 4

² О внесении изменений в статью 26.3 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: федер. закон от 27 мая 2014 г. № 136-ФЗ // Рос. газета. 2014. 30 мая.

³ См.: Шугрина Е. С. Новый этап муниципальной реформы или контрреформирование контрреформ? // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 4. С. 68–71; Бялкина Т. М. Новая муниципальная реформа: изменение подходов к правовому регулированию компетенции местного самоуправления // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 8 (45). С. 1609–1614.

⁴ Баженова О. И. Современные проблемы организации муниципальной власти в городских округах: состояние и перспективы // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 7. С. 59.

Согласно ч. 7.1 ст. 13 Федерального закона № 131-ФЗ, наделение или лишение городского округа статусом городского округа с внутригородским делением осуществляется законом субъекта РФ с учетом мнения населения. Однако форма учета мнения населения устанавливается не Федеральным законом № 131-ФЗ, а уставом муниципального образования и законом субъекта РФ.

В ряде субъектов РФ были приняты подобные законы. Так, в Ульяновской области⁵, Республике Дагестан⁶ предусмотрено проведение публичных слушаний. В Свердловской области могут проводиться народные слушания, публичные консультации или социологические исследования⁷. В Республике Татарстан мнение населения выражает представительный орган городского округа с учетом результатов публичных слушаний⁸. В Астраханской области мнение населения выражается представительным органом городского округа⁹.

Однако итоги выявленного мнения населения носят рекомендательный характер. Видится, что подобный подход приведет к несоразмерному ограничению права населения на осуществление местного самоуправления. По словам И. В. Выдрин, «общий подход региональных законодателей сводится к выработке таких форм учета мнения граждан, которые были бы минимально затратными и носили бы исключительно рекомендательный характер»¹⁰.

⁵ Об учете мнения населения городского округа Ульяновской области по вопросу об изменении статуса городского округа Ульяновской области в связи с наделением его статусом городского округа с внутригородским делением либо лишением его статуса городского округа с внутригородским делением : закон Ульяновской области от 4 августа 2014 г. № 125-ЗО // Ульяновская правда. 2014. 7 авг.

⁶ Об учете мнения населения городского округа «город Махачкала» Республики Дагестан по вопросу об изменении статуса городского округа «город Махачкала» Республики Дагестан в связи с наделением его статусом городского округа с внутригородским делением : закон Республики Дагестан от 11 ноября 2014 г. № 79 // Дагестанская правда. 2014. 15 нояб.

⁷ О выявлении мнения населения городского округа, расположенного на территории Свердловской области, в связи с наделением его статусом городского округа с внутригородским делением либо лишением городского округа статуса городского округа с внутригородским делением : закон Свердловской области от 5 ноября 2014 г. № 94-ОЗ // Собр. законодательства Свердловской области. 2015. № 11 (2014). Ст. 1617.

⁸ О местном самоуправлении в Республике Татарстан : закон РТ от 28 июля 2004 г. № 45-ЗРТ // Ведомости Государственного совета Татарстана. 2004. № 7, ч. 2.

⁹ Об отдельных вопросах правового регулирования местного самоуправления в Астраханской области : закон Астраханской области от 12 ноября 2014 г. № 71/2014-ОЗ // Сборник законов и нормативных правовых актов Астраханской области. 2014. № 54.

¹⁰ *Выдрин И. В.* О праве граждан на осуществление местного самоуправления в контексте реформирования городских округов // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 11(60). С. 59.

Конституционный Суд РФ в определении от 6 марта 2008 г. № 214-О-П сформулировал правовую позицию, согласно которой «законодатель связан необходимостью обеспечения выявления достоверного мнения населения. Законодатель вправе установить дифференцированный порядок учета мнения населения в отношении объективно различных по своей социально-правовой природе и последствиям изменений границ территорий, в которых осуществляется местное самоуправление. Должен исходить из того, что территориальные изменения, напрямую затрагивающие интересы большинства населения территории... требуют непосредственного волеизъявления населения»¹¹. Суд сформулировал ряд критериев, которыми должен руководствоваться законодатель при выборе формы учета мнения населения. Ключевым критерием выступает, насколько то или иное муниципально-территориальное изменение затрагивает интересы большинства населения муниципального образования.

Наделение городского округа статусом городского округа с внутригородским делением сочетает в себе две процедуры: 1) изменение статуса муниципального образования; 2) создание внутригородских районов, т. е. образование территорий, на которых будет осуществляться местное самоуправление. Подобные изменения затрагивают интересы всего населения муниципального образования, поэтому применение публичных слушаний и иных подобных форм не позволит выявить мнения большинства населения. В связи с этим нельзя рассматривать как адекватную форму учет мнения населения. Представляется, что в случае производства данного муниципально-территориального изменения необходимо получать согласие населения путем проведения голосования по вопросам преобразования муниципального образования, которое предусмотрено ст. 24 Федерального закона № 131-ФЗ.

Неоднозначность подхода федерального законодателя подтверждается судебной практикой. Показательна позиция Челябинского областного суда, высказанная в решении от 27 августа 2014 г. Заявитель оспаривал ряд положений законодательства Челябинской области в части наделения г. Челябинска статусом городского округа с внутригородским делением. В городе для учета мнения населения были проведены публичные слушания, участниками которых стали 252 человека. Суд, отказывая в удовлетворении требований, между тем обратил внимание на следующие обстоятельства: «Суд соглашается с доводами заявителя о том, что по смыслу ст. 130 Конституции РФ наиболее адекватной формой учета мнения населения является референдум. Референдум во всяком случае должен быть проведен по требованию населения в соответствии с действующим законодательством и уставом муниципального образования.

¹¹ По жалобе гражданина Севашева Александра Васильевича на нарушение его конституционных прав частью 4 статьи 12 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2008 г. № 214-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. № 5.

Если такое требование о проведении референдума не было заявлено, то для учета мнения населения по вопросу наделения городского округа статусом городского округа с внутригородским делением достаточно проведения публичных слушаний¹².

Вопрос о конституционности положений ч. 7.1 ст. 13 Федерального закона № 131-ФЗ был рассмотрен Конституционным Судом РФ в определении от 29 сентября 2015 г. № 2002-О. Гражданин С. Ю. Вахрушев оспаривал конституционность данных законоположений и ряда положений законодательства Челябинской области. По мнению заявителя, ч. 7.1 ст. 13 Федерального закона № 131-ФЗ не отвечает требованиям формальной определенности и соразмерности и не гарантирует адекватный учет мнения населения при наделении городского округа статусом городского округа с внутригородским делением, поскольку не установлен конкретный способ учета мнения населения в данном случае. Конституционный Суд признал жалобу недопустимой, а также указал, что гражданин С. Ю. Вахрушев является не надлежащим субъектом обращения в суд в защиту коллективного права местного сообщества¹³.

Федеральный закон от 3 апреля 2017 г. № 62-ФЗ¹⁴ (далее – Федеральный закон № 62-ФЗ) изложил ч. 3.1 ст. 13 Федерального закона № 131-ФЗ в новой редакции, законодательно закрепил процедуру объединения всех поселений, входящих в состав муниципального района с городским округом, с последующим упразднением муниципального района. Например, в мае 2018 г. в Московской области городское поселение Свердловский и сельское поселение Анискинское Щелковского муниципального района было объединено с городским округом Лосино-Петровский¹⁵.

Согласие населения муниципальных образований в случае производства подобного муниципально-территориального изменения выражается представительными органами преобразуемых муниципальных образований. Участие населения в производстве данных преобразований ограничивается только обязательным проведением публичных слушаний в соответствии с п. 4 ч. 3 ст. 28 Федерального закона № 131-ФЗ. По мнению А. Н. Костюкова, «согласие гражданина подменяется согласием предста-

¹² Решение Челябинского областного суда от 27 августа 2014 г. по делу № 3-58/2014. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 29 сентября 2015 г. № 2002-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2016. № 1.

¹⁴ О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: федер. закон от 3 апреля 2017 г. № 62-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 15 (ч. 1). Ст. 2137.

¹⁵ Об объединении городского поселения Свердловский, сельского поселения Анискинское Щелковского муниципального района с городским округом Лосино-Петровский и внесении изменений в некоторые законы Московской области о статусе и границах муниципальных образований Московской области: закон Московской области от 23 мая 2018 г. № 69/2018-ОЗ // Ежедневные новости. Подмосковье. 2018. 5 июня.

вительных органов объединяемых муниципальных образований, интересы которых зачастую не вполне совпадают с интересами населения»¹⁶.

Конституционный Суд РФ в определении от 6 марта 2008 г. № 214-О-П указал, в каких случаях допустимо выражение мнения населения муниципального образования по вопросам муниципально-территориальных изменений представительным органом муниципального образования. По мнению Конституционного Суда, «...учитывая конституционно-правовые характеристики представительного органа муниципального образования, федеральный законодатель был вправе наделить его полномочием выступать от имени населения, в том числе при решении вопроса изменения границ муниципального образования, напрямую не затрагивающего интересы большинства населения данного муниципального образования»¹⁷.

Объединение всех поселений, входящих в состав муниципального района с городским округом, с последующим упразднением муниципального района затрагивает интересы всего населения преобразуемых муниципальных образований, поэтому выражение согласия населения представительными органами муниципальных образований, нельзя рассматривать в качестве адекватной формы получения согласия населения. Видится, что в данном случае наиболее оптимальной формой получения согласия населения является проведение голосования по вопросам преобразования муниципального образования, которое закреплено в ст. 24 Федерального закона № 131-ФЗ.

Федеральный закон № 62-ФЗ урегулировал только один из способов преобразования муниципальных районов в городские округа, которые были сформированы в практике субъектов РФ¹⁸. Остается полностью не урегулированным преобразование муниципального района в городской округ путем объединения всех поселений, входящих в состав муниципального района в одно городское поселение, которое в дальнейшем наделяется статусом городского округа, а муниципальный район упраздняется. Именно такой способ является наиболее распространенным в практике субъектов РФ. По сути, данный способ представляет собой одновременную комбинацию нескольких видов преобразований муниципальных образований, предусмотренных и непредусмотренных Федеральным законом № 131-ФЗ. Поэтому данный способ не имеет четкой законодательной основы. Из этого следует принципиальный вывод о том, что у населения муниципального образования отсутствуют должные гарантии участия в производстве подобных муниципально-территориальных изменений.

¹⁶ Костюков А. Н. Исчезающие народовластие... // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 8. С. 64.

¹⁷ По жалобе гражданина Севашева Александра Васильевича на нарушение его конституционных прав частью 4 статьи 12 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2008 г. № 214-О-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. № 5.

¹⁸ См.: Худoley Д. М., Худoley К. М. Муниципальный район или городской округ? // Рос. юрид. журнал. 2015. № 5. С. 41–42.

Например, именно таким способом в Московской области в 2017 г. были образованы городской округ Шатура и городской округ Истра¹⁹.

Однако вопрос о законности производства подобных муниципально-территориальных изменений в судебной практике не подвергается сомнению. Это подтверждается решениями судов общей юрисдикции²⁰ и Верховного Суда РФ²¹, вынесенными в 2017–2018 гг., в которых была дана оценка подобных преобразований, произведенных в Московской и Сахалинской областях.

Показательны материалы следующего дела: Ф. Н. Крушевский обратился в суд с административным иском о признании недействующим Закона Сахалинской области от 26 декабря 2016 г. № 120-ЗО, которым Углеродское городское поселение, Шахтерское городское поселение, Бошняковское сельское поселение объединены в городское поселение без изменения границ Углеродского муниципального района, данное поселение наделено статусом городского округа.

По мнению административного истца, оспариваемые законоположения противоречат ст. 11, 13, 17, 35 Федерального закона № 131-ФЗ. Административный истец полагал, что «...преобразование поселений посредством их объединения и наделение статусом городского округа прошло без выяснения мнения населения, которое должно было проводиться путем голосования избирателей, проживающих на территории объединяющихся городских и сельских поселений...».

Решением суда первой инстанции было отказано в удовлетворении заявленных требований. Верховный Суд согласился с позицией суда первой инстанции и в апелляционном определении от 21 февраля 2018 г. по делу № 64-АПГ17-20 отметил, что «...вопреки утверждениям административного истца приведенный порядок объединения Углеродского городского поселения, Шахтерского городского поселения, Бошняковского сельского поселения, при котором имело место согласие населения поселений, выраженное представительным органом каждого из объединяемых поселений, не может быть признан не соответствующий требованиям Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ...»²².

Видится, что в данном деле, суд формально оценил данные преобразования и не учитывал, что фактически происходило одновременное

¹⁹ См.: Об организации местного самоуправления на территории Шатурского муниципального района : закон Московской области от 21 февраля 2017 г. № 20/2017-ОЗ // Ежедневные Новости. Подмосковье. 2017. 7 марта ; Об организации местного самоуправления на территории Истринского муниципального района : закон Московской области от 22 февраля 2017 г. № 21/2017-ОЗ // Там же.

²⁰ Решение Московского областного суда от 8 ноября 2017 г. по делу № За-744/2017. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²¹ Апелляционные определения Верховного Суда РФ: от 16 октября 2017 г. по делу № 4-АПГ17-28 ; от 20 сентября 2017 г. по делу № 4-АПГ17-23 ; от 15 ноября 2017 г. по делу № 4-АПГ17-34 ; от 21 февраля 2018 г. по делу № 64-АПГ17-20. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²² Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 21 февраля 2018 г. по делу № 64-АПГ17-20. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

комбинирование нескольких видов преобразований муниципальных образований, в том числе которые не предусмотрены Федеральным законом № 131-ФЗ. Кроме того, после каждого преобразования (объединения поселений; наделения городского поселения статусом городского округа) необходимо было получать согласие населения на данные преобразования. Однако, как усматривается из материалов указанного дела, согласие населения было получено только один раз (при объединении поселений были назначены и проведены публичные слушания, согласие населения оформлено решениями представительных органов местного самоуправления преобразуемых муниципальных образований).

Представляется, что массовое преобразование муниципальных районов в городские округа в субъекте РФ приведет к отсутствию должного баланса между поселенческим и территориальными принципами территориальной организации местного самоуправления, и к ликвидации поселенческого уровня местного самоуправления. Однако данный уровень территориальной организации местного самоуправления в соответствии с ч. 1 ст. 131 Конституции РФ является первичным.

В практике конституционного правосудия отмечается особая роль поселенческого уровня местного самоуправления. В своих решениях Конституционный Суд РФ сформулировал правовую позицию, согласно которой «...на первичном (базовом) уровне местное самоуправление осуществляется в поселениях, создаваемых с учетом естественного расселения людей и поэтому являющихся наиболее близкими к населению публично-территориальными единицами, главная задача которых – удовлетворение его основных жизненных потребностей, т. е. непосредственное решение вопросов местного значения»²³.

Поэтому в случае, если в субъекте РФ все муниципальные районы будут преобразованы в городские округа, это приведет к ликвидации поселенческого уровня местного самоуправления и переходу от двухуровневой к одноуровневой модели организации местного самоуправления в регионе. Однако существование двухуровневой системы организации местного самоуправления является одним из концептуальных положений Федерального закона № 131-ФЗ.

По данным Министерства юстиции России по состоянию на начало 2018 г., в двух субъектах РФ (Магаданская и Сахалинская области) вся территория регионов распределена между городскими округами²⁴.

²³ По делу о проверки конституционности частей 4, 5 и 5.1 статьи 35, частей 2 и 3.1 статьи 36 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и части 1.1 статьи 3 Закона Иркутской области «Об отдельных вопросах формирования органов местного самоуправления муниципальных образований Иркутской области» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : постановление Конституционного Суда РФ от 1 декабря 2015 г. № 30-П // Рос. газета. 2015. 14 дек.

²⁴ Доклад о состоянии и основных направлениях развития местного самоуправления в Российской Федерации (данные за 2017 – начало 2018 г.). URL: <http://minjust.ru/ru/press/news/monitoring-razvitiya-sistemy-mestnogo-samoupravleniya> (дата обращения: 20.09.2018).

Кроме того, образование городского округа на базе муниципального района не будет способствовать обеспечению единства городского хозяйства. Однако данное требование является обязательным при установлении границ городского округа. Пунктом 15.1 ч. 1 ст. 11 Федерального закона № 131-ФЗ установлено, что границы городского округа устанавливаются с учетом необходимости создания условий для развития его социальной, транспортной и иной инфраструктуры, обеспечения органами местного самоуправления городского округа единства городского хозяйства, а также для осуществления на всей территории городского округа отдельных государственных полномочий, переданных указанным органам федеральными законами и законами субъектов РФ. Следовательно, если в состав городского округа будут входить населенные пункты, которые объединены территориально, включая сельские территории, площадь такого городского округа будет значительной, поэтому будет трудно обеспечить единство городского хозяйства и равномерное развитие инфраструктуры городского округа.

Таким образом, анализ новаций федерального законодательства о местном самоуправлении за период с 2014 по 2017 г. позволяет выявить тенденцию в федеральном законодательстве, направленную на изменение и совершенствование правового статуса городских округов, порядка их образования, а также изменение форм и степени участия населения муниципального образования в производстве муниципально-территориальных изменений. Внесенные Федеральным законом № 136-ФЗ изменения позволяют говорить, что процесс создания городских округов с внутригородским делением недостаточно проработан, многое оставлено на усмотрение субъектов РФ. Федеральным законом № 62-ФЗ был урегулирован только один из способов преобразования муниципальных районов в городские округа, которые были сформированы в практике субъектов РФ. Остается полностью не урегулированным преобразование муниципального района в городской округ, путем объединения всех поселений, входящих в состав муниципального района в одно городское поселение, которое в дальнейшем наделяется статусом городского округа, а муниципальный район упраздняется. Производство такого преобразования не имеет четкой законодательной основы и поэтому у населения муниципального образования отсутствуют должные гарантии участия в производстве подобных муниципально-территориальных изменений.

Новосибирский государственный университет экономики и управления

Кустов С. С., старший преподаватель кафедры административного, финансового и корпоративного права

E-mail: sergio2412@yandex.ru

Тел.: 8-952-901-41-95

Novosibirsk State University of Economics and Management

Kustov S. S., Senior Lecturer of the Administrative, Financial and Corporate Law Department

E-mail: sergio2412@yandex.ru

Tel.: 8-952-901-41-95

УДК 340: 340.11

ГОСУДАРСТВО И ПРАВО
В УСЛОВИЯХ СМЕНЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ СИСТЕМ:
ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ

Е. С. Дерябина

Пермский филиал Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Поступила в редакцию 16 июля 2018 г.

Аннотация: основной целью исследования является обоснование возможности применения системной методологии в процессе изучения отечественного государства и права как в условиях стабильной исторической ситуации, так и переходной. В связи с этим обращается внимание на наличие важного свойства любой системы, в том числе общественной – релятивности. Делается вывод, что общественная система, наделенная свойством релятивности, при определенных обстоятельствах позволяет вырваться внутри самой себя и ее подсистемах (в частности, государственно-правовой надстройке) несистемным элементам. В условиях смены общественных систем складывается особый механизм функционирования государственно-правовой надстройки, что позволяет говорить о необходимости выделения как общих, так и особенных типологических черт государства и права переходного периода в истории России новейшего времени.

Ключевые слова: общественная система, тип государства, системная методология, системность, несистемность, межсистемность, целостность, релятивность, переходный период.

Abstract: the possibility of applying the system methodology in the process of studying the domestic state and law, both in a stable historical situation and in transition, is considered and justified. Attention is drawn to the presence of an important property of any system, including public – relativity. It is concluded that the social system, endowed with the property of relativity, under certain circumstances allows to mature non-system elements within itself and its sub-systems (in particular, the state-legal superstructure). In the context of changing social systems, a special mechanism of functioning the state-legal superstructure is formed, which makes it possible to talk about the need to identify both general and special typological features of the state and the law of the transitional period in the modern history of Russia.

Key words: social system, type of state, system methodology, system, nonsystem, intersystem, integrity, relativity, transitional period.

Изучение сущности государства и права, особенностей их функционирования в переходных исторических ситуациях невозможно без определения базового метода исследования. В нашем случае таким методом исследования выступает общенаучный системный метод. Необходимо отметить, что применение системной методологии в юриспруденции не яв-

ляется абсолютно новым явлением. Однако достаточно традиционно использование системного метода предполагает рассмотрение государства и права лишь как «целостных явлений» и «сложных системных образований», взаимосвязанных между собой¹. В связи с этим хотелось бы остановиться не только на общепринятых постулатах, но и выйти за их рамки, чтобы ответить на ряд принципиальных методологических вопросов:

– В чем заключается принципиальная разница между стабильной (системной) и переходной (межсистемной) исторической ситуацией?

– Какое влияние оказывают данные исторические ситуации на проявляемую сущность и функционирование государства и права?

– Если государство и право всегда «целостные явления», то правомерно ли выделять особый тип государства и права переходного периода?

– Существуют ли отличительные особенности системных изменений в государственной и правовой надстройке при переходе от одной общественной системы к другой?

Ответы на поставленные вопросы могут быть найдены в процессе анализа не только имеющихся подходов в системной методологии, но и в рассмотрении некоторых аспектов в развитии самой государственно-правовой надстройки переходного периода. В связи с этим сопутствующими методами исследования будут выступать исторический и сравнительно-правовой. Данные методы позволят применить основные положения системной методологии в историческом контексте в процессе выделения общих черт государства и права переходного периода, а также в процессе сравнения государственно-правовой надстройки в двух переходных исторических ситуациях (февраль-октябрь 1917 г. – конец 80-х – начало 90-х гг. XX в.).

Основные положения отечественной системной методологии

Первоначально необходимо обратиться к базовым положениям отечественной системной методологии. В работах И. В. Блауберга, В. Н. Садовского, Э. Г. Юдина на основе общепhilософского метода материалистической диалектики акцентируется внимание на главном признаке любой системы – ее целостности. Авторы полагают, что «порождение свойств целого» возможно только из свойств, взаимосвязанных элементов и, наоборот, «порождение свойств элементов возможно из характеристик целого»². Выделяется также важное свойство любой системы – наличие источника ее преобразований в ней самой. Поэтому теоретически допускается возможность проявления «индивидуальных характеристик и степеней свободы» у каждого элемента системы³. Но, какова степень этой свободы, относительно чего она может проявиться внутри системы, каким образом одни системообразующие элементы начинают отвергаться

¹ См.: Морозова Л. А. Теория государства и права : учебник. М., 2002. С. 20.

² Блауберг И. В., Садовский В. Н., Юдин Э. Г. Системный подход в современной науке // Проблемы методологии системного исследования. М., 1970. С. 16.

³ См.: Там же. С. 17.

другими – представители данного направления в системной методологии не дают ответа на указанные вопросы.

Обращаясь к работам Людвиг фон Берталанфи, В. Н. Садовский солидаризируется с австрийским ученым по поводу необходимости выделения «формальных системных свойств»: целостности, суммативности, механизации, централизации, иерархичности построения⁴. Берталанфи предположил, что если «целостность» как свойство системы проявляется в воздействии на все ее элементы, то это объективно ведет к изменению самой системы. Обнаруженная «суммативность» системы одновременно проявляется в зависимости от «изменения любого элемента от него самого» и «изменения всей системы от суммы изменений независимых друг от друга ее элементов»⁵.

На основе выводов Берталанфи в системной методологии появилась идея о существовании линейных и нелинейных систем. Именно «нелинейные системы могут иметь множество неустойчивых стационарных состояний, которые находятся в отношении альтернативности»⁶. Таким образом, сторонники системной методологии связывают «линейные системы» с их целостностью и стабильностью существования, а «нелинейные системы» – с неустойчивостью, многовариантностью развития.

Неоспоримым является тезис и о том, что целостность как свойство стабильной системы отражается в «единстве формы и содержания», в сохранении зависимости ее частей⁷. Поэтому основой целостности является «качественная определенность предмета»⁸. Но в данном исследовании нас интересует вопрос о причинах, способствующих изменению этой «качественной определенности». Деление систем на «линейные» (стабильные), «нелинейные» (нестабильные) не позволяет понять причины и сущность переходности.

Более глубокое понимание сущности любой системы и таящихся в ней объективных противоречий, мы находим в работах А. И. Умова, критикующего как узкую трактовку системы («система как совокупность взаимодействующих объектов»), так и широкую (когда «все предметы оказываются системами») ⁹. А. И. Умов полагает, что для определения системы необходимо использовать категории «вещи», «отношения» и «свойства». Анализ данных категорий выводит исследователей на основной методологический вопрос: «какие именно свойства делают отношения системообразующими?»¹⁰. Описание системы через категорию «отношения» при-

⁴ См.: Садовский В. Н. Людвиг фон Берталанфи и развитие системных исследований в XX веке // Системный подход в современной науке. М., 2004. С. 16.

⁵ Там же. С. 16.

⁶ Там же. С. 30.

⁷ См.: Сетров М. И. Принципы системности и его основные понятия // Проблемы методологии системного исследования. М., 1970. С. 54.

⁸ Там же.

⁹ Умов А. И. Людвиг фон Берталанфи и параметрическая общая теория систем // Системный подход в современной науке. М., 2004. С. 39.

¹⁰ Там же. С. 39.

водит автора к пониманию наличия свойства «относительности» у любой системы. Выводится также тезис о том, что «одна и та же совокупность объектов может быть системой по одному концепту и не быть системой по другому концепту»¹¹. Таким образом, признание наличия свойства релятивности у любой системы помогает осознать диалектическую парадигму – «любая система есть тождество с собой и свое собственное отрицание, есть одновременно система и не-система»¹². Необходимо отметить, что данный постулат тоже не является абсолютно новым. Еще Гегель выделял «двойное преломление... целокупной рефлексии» изучаемого понятия: «вовне, рефлексия в другое, и ... внутрь, рефлексия в себя»¹³.

Д. Г. Красильников в процессе анализа разных точек зрения в отношении методологической характеристики сущности системы приходит к выводу о наличии у любой системы двух свойств: «системности» и «несистемности»¹⁴. Такое представление о системе стало возможным, благодаря выделяемому А. И. Уемовым системному свойству – релятивности. По мнению Д. Г. Красильникова, в отношении самой себя «система выступает именно как система, как некое особое качество». Вместе с тем данная система, все ее элементы и подсистемы «в отношении другого системного качества... выступают как несистемность, ибо отрицают его»¹⁵.

Государство и право являются надстроечными подсистемами (элементами) той или иной общественной системы. Благодаря системной методологии представляется возможным изучение свойств данных подсистем в условиях качественного перехода одной общественной системы к другой. Категории «системности» и «несистемности» помогают анализировать существование, развитие, кардинальное изменение конкретной общественной системы и ее подсистем (в том числе государственно-правовой надстройки) как «процесс становления системного качества через столкновение и борьбу... с элементами несистемными»¹⁶. Парадокс, связанный с вызреванием несистемных элементов внутри качественно-определенной общественной системы, развитие этих ино-системных элементов в качестве доминантов, наиболее наглядно объясним в процессе сравнения двух переходных ситуаций в истории России новейшего времени.

О переходных периодах и типологии государства и права

В рамках данного исследования нас интересуют переходные ситуации в истории России новейшего времени (февраль-октябрь 1917 г. – конец 80-х – начало 90-х гг. XX в.), характеризующиеся отсутствием целостной общественной системы. В таких исторических ситуациях вместо

¹¹ Там же. С. 40.

¹² Красильников Д. Г. Межсистемные политические ситуации в XX веке : проблемы теории и истории. Пермь, 2001. С. 35.

¹³ Гегель. Энциклопедия философских наук. Т. 3 : Философия духа. М., 1977. С. 39.

¹⁴ См.: Красильников Д. Г. Указ. соч. С. 35.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Там же. С. 36.

проявления единства и упорядоченности наблюдается сосуществование элементов как минимум двух противоположных общественных систем, не обладающих одним из базовых системных качеств – целостностью. Старые «детерминанты, закономерности развития перестают действовать, а новые... еще только формируются и не распространяются»¹⁷ на весь круг общественных отношений. Альтернативность развития исторического процесса, включая государственно-правовую надстройку, в этом случае неизбежна.

Современные трактовки переходных ситуаций отличаются во многом по объекту исследования. В отношении государства и права авторы, как правило, выделяют особые черты, свойственные их развитию в переходный период. Я. В. Бакарджиев рассматривает переходный период как «процесс радикальной трансформации ее государствообразующих систем (политической, правовой, экономической, социальной и т. д.), т. е. переход этих систем от одного состояния (исторического типа или модели общественного устройства) к качественно новому состоянию...»¹⁸. С. В. Поленина определяет переходный период как «время, когда правовая надстройка претерпевает существенные изменения, в основе которых лежит коренная трансформация экономической, политической и социальной сфер жизни страны»¹⁹. Н. С. Малейн выделяет в качестве особенности переходного периода сосуществование «элементов прежнего, настоящего и будущего общественного строя»²⁰.

Более глубокая трактовка переходных процессов обосновывается в работах В. В. Сорокина, также обращающего внимание на «коренные качественные преобразования» в данный период, связывая их со сменой общественно-политического строя²¹. Однако В. В. Сорокин считает, что «переходному состоянию не соответствует определенный переходный тип государства, поскольку переходное государство не имеет признака типологической завершенности»²². На основании данной логики отрицается и «типологически однородная, качественно определенная правовая система»²³.

С общеправовой позиции Д. Г. Красильников предлагает характеризовать подобные переходные ситуации как «межсистемные». Под «межсистемностью» автор понимает то, «что частично соответствует «конкурирующим» системным качествам и не соответствует им»²⁴. Д. Г. Красильников настаивает на рассмотрении переходности «как системы»,

¹⁷ Красильников Д. Г. Указ. соч. С. 37.

¹⁸ Бакарджиев Я. В. Переходный период в развитии государства и правовой системы // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2014. № 4 (41). С. 69.

¹⁹ Закон в переходный период : опыт современной России (круглый стол) // Государство и право. 1995. № 10. С. 28.

²⁰ Там же. С. 38.

²¹ См.: Сорокин В. В. Теория государства и права переходного периода : учебник. Барнаул, 2007. С. 103.

²² Там же. С. 137.

²³ Там же. С. 268.

²⁴ Красильников Д. Г. Указ. соч. С. 38.

обладающей «самостоятельным качеством». Осмысление данного парадокса строится на понимании «диалектического противоречия системности и несистемности как двух свойств любой системы»²⁵. Таким образом, обладая этими свойствами, любая система при определенных обстоятельствах теоретически может прийти к саморазрушению. Многое зависит от целеполагания системных и несистемных элементов, от степени соответствия их тактической и стратегической направленности, от качественного доминирования в обществе. Если в структурированной целостной системе доминант системных качеств подавляют несистемные, то в переходной (межсистемной) ситуации доминирование системного-несистемного качества отсутствует. Более того, каждый из элементов систем (по отношению к себе) и несистем (по отношению к своей противоположности) одновременно. Данная точка зрения с позиции объективных законов диалектики выглядит более убедительно.

В связи с этим встает необходимость пересмотра доминирующего подхода в отечественной теории государства и права о нежелательности выделения особого типа государства и типа правовой системы переходного периода. Обратная точка зрения присутствует в работах В. М. Якушина, В. Е. Гулиева, Д. И. Чеснокова, М. В. Захаровой. В данном методологическом вопросе важно определиться с типологическим критерием. В стабильной общественной системе типологическая чистота государства и права определяется доминирующими системообразующими факторами: базовым экономическим укладом, стратегическим развитием государственно-правовой надстройки в соответствии с данным укладом. В переходный период данная типологическая чистота отсутствует. Но проявляется другой типологический критерий, характеризующийся повторяемостью и устойчивостью: одновременное соответствие и несоответствие (отрицание) элементов государственно-правовой надстройки стратегическому развитию двух (а иногда и более) конкурирующих общественных систем. Таким образом, в процессе развития системной методологии, признавая «межсистемную» переходность как особое качественное состояние, актуализируется выделение межсистемного типа государства и права. В этом случае не целостность, а релятивность (относительность) будет являться определяющим качеством анализируемых общественных систем. Соглашаясь с определением «межсистемности» Д. Г. Красильникова, можно проследить как отличительные особенности, так и типологическую повторяемость межсистемного типа государства и права в историческом контексте.

Применительно к государственно-правовой надстройке, переходная (межсистемная) ситуация может проявляться через смену общественно-политического строя (как следствие – конституционного строя) и внесение изменений в правовую идеологию (как следствие – будет кардинально меняться не только система законодательства, но и содержание самой правовой системы, а значит, и сущности права).

²⁵ Там же. С. 39.

Таким образом, общей (родовой) типологической чертой государственно-правового механизма переходного периода является полное или частичное (формируемое в процессе развития) соответствие его элементов базисному развитию одной общественной системы (свойство системности) и стратегическое отрицание конкурирующей общественной системы с возможностью временного (тактического) ее принятия (свойство не-системности). Данная типологическая черта может вариативно проследиваться в отечественном историческом контексте.

Некоторые особенности функционирования отечественной государственно-правовой надстройки в феврале-октябре 1917 г.

В истории России переходная (межсистемная) ситуация наблюдалась дважды: в феврале 1917 – начале 1918 г. и в конце 80-х – начале 90-х гг. XX в. Остановимся лишь на некоторых аспектах анализа государства и права в эти периоды, опираясь на выделенные принципы системной методологии. Следует отметить, что помимо проявления общей типологичности, наблюдались отличительные особенности функционирования государственно-правовой надстройки в условиях двух «межсистемных» ситуаций.

В 1917–1918 гг. формирующаяся советская общественная система боролась с остатками как феодальной (самодержавной) системы, так и буржуазной. В конце 80 – начале 90-х гг. происходило разрушение советской общественной системы и формирование плюралистической (рыночной) системы. В обоих случаях первоначально трансформировалась государственно-политическая система и как следствие вносились качественные изменения в систему права и систему законодательства, что неизбежно приводило к изменению содержания всей правовой системы.

Многоукладность общественной системы в условиях самодержавия увеличивала вариативность ее развития в период двоевластия. Стоит согласиться с мнением Г. А. Герасименко, оценивающего Временное правительство и Петроградский совет как «центры притяжения и отталкивания различных слоев населения... Борьба за власть между ними была неизбежной»²⁶. Многоаспектность этой борьбы усиливалась наличием разнородных общественно-политических блоков – от буржуазно-помещичьего до леворадикального, принимавших в той или иной степени участие в государственно-властных структурах или в системе местного самоуправления. Г. А. Герасименко справедливо отмечает, что в «условиях революции власть на местах находилась в подвижном, неопределенно-переходном (многовариативном. – Д. Е.) состоянии. За нее боролись самые различные организации и учреждения: общественные исполнительные комитеты, комиссары Временного правительства, советы, городские думы, земские управы и т. д. В одних местах было полное безвластие, в других – власть оказывалась в ведении какого-либо органа,

²⁶ Герасименко Г. А. Исторический выбор // Политические партии в российских революциях в начале XX века / под ред. Г. Н. Севастьянова. М., 2005. С. 9.

в третьих – двоевластие, в четвертых – троевластие, а в пятых – претендентов на власть было столько, сколько более или менее активно действовало организаций и учреждений»²⁷.

Указанная многовариативность зародилась еще внутри буржуазно-самодержавной общественной системы по Своду основных государственных законов от 23 апреля 1906 г., закрепившего ограниченную конституционную монархию дуалистического типа. Наличие в составе всех четырех созывов Государственной Думы фракции от социал-демократической рабочей партии подтверждает мнение Д. Г. Красильникова о необходимости выделения двух свойств любой системы – системности и несистемности. Их взаимообусловленность и одновременная конфронтация привели к качественному скачку в развитии буржуазно-самодержавной общественной системы – свержению самодержавия и установления периода двоевластия. Однако если в условиях системной исторической ситуации 1906 – начала 1917 г. действовал единый механизм государственного управления, правовая система обеспечивала его упорядоченность и устойчивость, имеющиеся несистемные элементы не были доминирующими, то в переходный (межсистемный) период двоевластия системные и несистемные элементы приобретают качественно иное в отношении друг друга: каждый из элементов был системен в отношении себя и несистемен в отношении другого; целостность внутри элементов, подсистем отсутствовала; ни один из государственно-властных центров (Временное правительство и Петроградский совет) не могли в полном объеме реализовать свои властные полномочия.

С. Г. Кара-Мурза, отмечая уникальность русской революции 1917 г., выделяет проявление в ней «формирования двух типов государственности – буржуазно-либеральной республики и советской власти»²⁸. Отсутствии системной самодостаточности способствовало тактическому объединению разнонаправленных политических сил. Так, 2 марта 1917 г. П. Н. Милоков в своей речи на митинге в честь образования Временного правительства отмечал важность объединения кадетов с «правыми» ради решения общей задачи – «создать новую народную власть на месте старой»²⁹. В той же речи бывший член Временного комитета Государственной Думы охарактеризовал А. И. Гучкова как своего «политического врага в течение всей жизни Государственной Думы», с которым он готов сотрудничать ради выполнения указанной задачи³⁰. Подобная позиция прослеживалась и в тактических действиях партии эсеров, которая под-

²⁷ Там же. С. 14.

²⁸ *Кара-Мурза С. Г. Партии в 1917 году. От февраля к октябрю // Политические партии в российских революциях в начале XX века / под ред. Г. Н. Севастьянова. М., 2005. С. 296.*

²⁹ *Революционное движение в России после свержения самодержавия / под ред. Л. С. Гопоненко. М., 1957. С. 411.*

³⁰ *Об образовании Временного правительства : речь члена Временного комитета Государственной Думы П. Н. Милокова на митинге в Таврическом дворце // Революционное движение в России после свержения самодержавия. С. 412.*

держивала Временное правительство, «оставляя за собой право изменить свое отношение к нему при отклонении от выполнения намеченной им программ»³¹. Таким образом, тактическая и стратегическая направленность общественно-политических сил в условиях двоевластия не совпадала. Это объективно проявлялось на уровне принятия государственно-политических решений как со стороны Временного правительства, так и со стороны Петроградского совета. Поскольку Временное правительство и Петроградский совет были неоднородными по своему составу, то даже в стратегической направленности общественно-политических сил, представленных в них, не было системного единства.

В целом степень стихийности в обществе, механизме государственного управления, правовой сфере в феврале-октябре 1917 г. была значительно выше, чем в конце 80 – начале 90-х гг. XX в. По-видимому, это связано с большей экономической и политической многоукладностью разрушающейся буржуазно-самодержавной общественной системы. Неуправляемость ситуацией прослеживалась уже в первых циркулярах Временного комитета Государственной Думы. Например, одной из задач комитета объявлялось создание организационных начал в стихийном народном движении – «В организации – спасение и сила. Слушайте Временный комитет Государственной Думы»³².

Институт комиссаров Временного правительства также не способствовал централизации в системе государственного управления. Несмотря на наделение комиссаров функциями «надзора за законностью деятельности всех лиц и мест», включая «начальников милиции»³³, властные решения Временного правительства не всегда реализовывались на местах. Стихийность в принятии решений прослеживалась на всех уровнях. Например, из постановления Временного правительства от 3 апреля 1917 г. очевиден факт «произвольного смещения на заводах и предприятиях технического персонала» рабочими³⁴. Месяцем раньше Петроградский совет рабочих и солдатских депутатов призвал «устранить это Временное правительство либеральной буржуазии и объявить себя Временным революционным правительством»³⁵.

³¹ О доверии Временному правительству : резолюция конференции петроградских социалистов-революционеров от 2 марта 1917 г. // Революционное движение в России после свержения самодержавия. С. 415.

³² Великие дни российской революции // Бюро российской прессы. Пг., 1917. URL: <http://agitclub.ru/hist/1917fevr/revolution1917.htm> (дата обращения: 09.02.2018).

³³ Телеграмма председателя Временного правительства Г. Е. Львова губернским комиссарам об их правах и обязанностях от 1 апреля 1917 г. // Революционное движение в России после свержения самодержавия. С. 449.

³⁴ О недопустимости смещения рабочими администрации предприятий : постановление Временного правительства от 3 апреля 1917 г. // Революционное движение в России после свержения самодержавия. С. 450.

³⁵ Резолюция Петроградского совета рабочих и солдатских депутатов от 3 марта 1917 г. // Там же. С. 458.

Таким образом, полноценной системы органов государственного управления в период двоевластия не было и не могло быть создано. Отказ от прежнего конституционного устройства, предусмотренного Сводом основных государственных законов от 23 апреля 1906 г., и как следствие – отсутствие какого-либо конституционного акта (хотя бы временного) не способствовали созданию доминирующей системности в области государственного управления. Декларация Временного правительства от 3 марта 1917 г. не содержала в себе стратегических системных правовых идей по поводу будущего конституционного устройства. Поэтому указанный документ нельзя отнести к серии конституционных актов.

В научной и публицистической литературе происхождение власти Временного правительства в большинстве своем выводится из актов Николая II от 2 марта 1917 г. «Об отречении от престола» и Михаила Романова от 3 марта 1917 г. «Об отказе от трона». Но с юридической точки зрения принятие подобных решений не было предусмотрено Основными законами Российской империи. Отсутствие формально-юридической легальности власти Временного правительства также ослабляло наращивание определенных системных качеств в государственной политике данного органа.

И. Г. Церетели, давая оценку всем обращениям Временного правительства, объективно отмечал, что «оно ищет опоры не в физической (формально-юридической. – Д. Е.), а в моральной силе»³⁶. Такое идеалистическое представление о государственных функциях усиливало размытость системной направленности Временного правительства и, наоборот, способствовало постепенному структурированию элементов, направленных на стратегическое развитие советской общественной системы.

Хаос в государственно-политической сфере в какой-то степени компенсировался сохранением многих законодательных актов императорской России, отмена которых должна была произойти постепенно после созыва Учредительного собрания. Возможность применения дореволюционных законов, не противоречащих революционному правосознанию, подчеркивает стабилизирующий характер права и более длительный процесс системных изменений в нем в условиях продолжающегося переходного периода после социалистической революции 1917 г.

**Некоторые особенности функционирования отечественной
государственно-правовой надстройки в конце 80 –
начале 90-х гг. XX в.**

Несколько иная переходная (межсистемная) ситуация в отношении механизма государственного управления складывалась в конце 80 – начале 90-х гг. XX в. В отличие от плюралистической, многоукладной общественной системы начала XX в. советская общественная система носила монистический характер. Поэтому переходная (межсистемная) ситуация конца 80 – начала 90-х гг. XX в. была связана с разрушением политического, экономического монизма и процессом формирования плюрали-

³⁶ Церетели И. Г. Кризис власти. М., 1992. С. 45.

стической политической и экономической систем. Данный фактор способствовал более низкой степени хаоса в государственно-политической сфере. Монизм в области политики и экономики разрушался постепенно, на основе конституционных реформ. Если в период двоевластия отсутствовал официальный конституционный акт, то в конце 80 – начале 90-х гг. XX в. формально юридически продолжала действовать Конституция СССР 1977 г. Несистемные институциональные элементы, которые в последующем разрушат советскую общественную систему, вводились в действующую союзную конституцию постепенно и легально.

Анализ этапов конституционной реформы не является предметом данного исследования. Остановимся лишь на некоторых конституционных актах того времени, чтобы показать, что данная общественно-политическая ситуация вписывается в «межсистемную». Это необходимо сделать в силу того, что не все современные исследователи указанного переходного периода связывают его с кардинальной сменой общественно-политической системы. По мнению В. В. Сорокина, «политические реформы 1985–1990 гг. ... не представляли собой глубоких и качественных изменений общественно-политического строя (в отличие от февраля-октября 1917 г. – *Д. Е.*), так как прежняя модель властеотношений сохранялась»³⁷.

На наш взгляд, уже первая союзная конституционная реформа, начавшаяся 1 декабря 1988 г., заложила основы качественных системных изменений. Закон об изменениях и дополнениях Конституции СССР и закон о выборах народных депутатов СССР оказали прямое влияние на последующее разрушение системы государственного управления в СССР. В качестве высших органов государственной власти СССР вместо одного Верховного Совета СССР учреждалось сосуществование двух органов – Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. На основе внесенной поправки в ст. 108 действующей Конституции СССР, Съезд становился высшим органом государственной власти, что давало ему право принимать к своему рассмотрению и решать любой вопрос, отнесенный к ведению Союза ССР. Поправка к ст. 111 закрепляла за Верховным Советом СССР функции постоянно действующего законодательного и контрольного органа государственной власти СССР, избираемого Съездом из числа народных депутатов СССР (и подотчетного ему. – *Д. Е.*)³⁸.

Если обращение к съездовской системе строилось во многом на основе советской государственно-правовой традиции, то новые принципы формирования Верховного Совета на беспартийной и партийной основе, а также наделение его постоянными законодательными полномочиями превращали данный орган в прообраз будущего парламента по европей-

³⁷ Сорокин В. В. Теория государства и права переходного периода : учебник. Барнаул, 2007. С. 29.

³⁸ Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) СССР : закон СССР от 1 декабря 1988 г. № 9853-ХІ // Ведомости Верховного Совета СССР. (далее – Ведомости ВС СССР). 1988. № 49. Ст. 727.

скому образцу. Закрепление дублирования законодательных полномочий на уровне Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР, с одной стороны, является сохранением советской правовой традиции 18–20-х гг. XX в., а с другой – проявлением переходных процессов в государственной надстройке. Исключение из ст. 6 Конституции СССР положения о руководящей и направляющей роли КПСС³⁹, позволило формировать данные выборные органы на широкой многопартийной основе. Все это поначалу способствовало созданию временного баланса между системными и несистемными политическими силами. Поэтому не всегда решения Верховного Совета СССР соответствовали решениям Съезда народных депутатов СССР и наоборот.

Учреждение поста Президента СССР на основе ст. 127 Конституции СССР как Главы Советского государства, гаранта соблюдения прав и свобод граждан, Конституции и законов СССР⁴⁰ качественно меняло структуру механизма (аппарата) государства, так как данный институт не являлся типичным для советской общественной системы.

В условиях процесса «суверенизации» союзных республик была сделана попытка усиления власти Президента СССР. На основе п. 4 ст. 127 от 26 декабря 1990 г. Закона СССР «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) СССР в связи с совершенствованием системы государственного управления» предусматривалось главенство Президента в системе органов государственного управления для обеспечения их взаимодействия с высшими органами государственной власти СССР⁴¹. Правительство СССР – Совет Министров СССР – на основании ст. 128 переименовывался в Кабинет министров СССР. Сохраняя исполнительно-распорядительные полномочия, данный орган находился в прямом подчинении Президента СССР⁴².

Однако попытки усилить вертикаль союзной государственной власти не увенчались успехом. Указанный фактор объясняется особенностями переходной (межсистемной) ситуации конца 80 – начала 90-х гг. XX в.

Во-первых, конституционная реформа, преследующая цель реформировать советскую общественную систему, радикальным образом ее изменила, легализовав несистемные для нее институты: институт президентства на выборной основе; парламентскую систему на многопартийной основе; институт ответственного правительства (Кабинета министров) перед Съездом народных депутатов; лишение Комитета конституционного надзора СССР права осуществлять наблюдение за конституциями и

³⁹ Об учреждении поста Президента СССР и внесении изменений и дополнений в Конституцию (Основной закон) СССР : закон СССР от 14 марта 1990 г. № 1360-I // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 12. Ст. 189.

⁴⁰ Там же.

⁴¹ Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного закона) СССР в связи с совершенствованием системы государственного управления : закон СССР от 26 декабря 1990 г. № 1861-I. URL: http://Constitution.garant.ru/DOC_85464.htm (дата обращения: 10.02.2018).

⁴² Там же.

законами союзных республик. Это существенный, но неполный перечень качественных системных изменений на конституционном уровне.

Во-вторых, кризис советской общественной системы был напрямую связан с кризисом в КПСС, утратившей политическую монополию на власть. Но разрушение советской общественной системы началось с процесса инициирования со стороны КПСС политики «гласности» и внесения изменений в Конституцию СССР 1977 г. Таким образом, несистемные элементы, отрицающие советскую общественную систему, зародились не только в обществе, но и, прежде всего, в самой КПСС, которая пронизывала всю вертикаль государственно-политической системы, вторгаясь и в область иных общественных отношений. В отличие от переходной ситуации февраля-октября 1917 г., «изменения системы в СССР первоначально начались при отсутствии массовых настроений»⁴³.

В-третьих, изменение экономической основы советской общественной системы было инициировано на уровне республиканского законодательства с подачи союзной власти. В рамках конституционной реформы 1990 г., из Конституции СССР исключались положения о социалистической собственности как экономической основы союзного государства⁴⁴. Ранее нами уже отмечалась политическая несостоятельность союзных органов государственной власти, одним из проявлений которой была правовая идеология уступок⁴⁵. Так, Закон СССР от 6 марта 1990 г. № 1305-1 «О собственности в СССР» в п. 3 ст. 4 позволял союзным и автономным республикам устанавливать «иные, не предусмотренные настоящим Законом, формы собственности»⁴⁶. Союзные республики, воспользовавшись предоставленным правом, достаточно быстро стали вносить изменения в свое гражданское законодательство, в том числе закрепляя право частной собственности на различные виды объектов недвижимости⁴⁷. Таким образом, если в условиях уже существовавшей многоукладной экономики февраля-октября 1917 г., вопрос о внесении изменений в правовое регулирование права собственности откладывался Временным правительством до Учредительного собрания, то в переходный период конца 80 – начала 90-х гг. он решался на уровне как конституционного союзного законодательства, так и республиканского. Слабость союзной государственной

⁴³ *Ольшанский Д. В.* Массовые настроения и их функционирование в политических процессах : автореф. дис. ... д-ра полит. наук. М., 1990. С. 14–15.

⁴⁴ Об учреждении поста Президента СССР и внесении изменений и дополнений в Конституцию (Основной закон) СССР : закон СССР от 14 марта 1990 г. № 1360-1 // Ведомости СНД СССР и ВС СССР. 1990. № 12. Ст. 189.

⁴⁵ См.: *Дерябина Е. С.* Особенности отечественного гражданского законодательства в конце 80 – начале 90-х гг. XX века // Вестник Перм. ун-та. Юридические науки. 2015. Вып. 4 (30). С. 8.

⁴⁶ URL: http://www.lawmix.ru/docs_cccp/1126 (дата обращения: 07.05.2018).

⁴⁷ О собственности на территории РСФСР : закон РСФСР от 14 июля 1990 г. URL: http://www.lawmix.ru/docs_cccp/1126 (дата обращения: 07.05.2018) ; О дополнительных полномочиях местных Советов народных депутатов РСФСР в условиях перехода к рыночным отношениям : закон РСФСР от 21 ноября 1990 г. № 343-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1990. № 26. Ст. 322.

власти после конституционных реформ конца 80 – начала 90-х гг. XX в. способствовала ускорению процесса формирования несистемных элементов в государственном аппарате, правовой политике союзных республик. Данные процессы неизбежно приводили к разрушению союзного государства и оформлению новых государственных образований.

Общие типологические черты государства и права переходного периода

Несмотря на разницу происходящих общественных процессов, в описываемых двух исторических ситуациях прослеживаются некоторые общие черты государства и права переходного периода, с учетом выделенного ранее типологического (родового) критерия.

Во-первых, начало системных изменений проявлялось в качественном реформировании государственного механизма, что объективно способствовало изменению формы правления, а в последующем и формы государственно-политического режима.

Во-вторых, в основу как официального, так и общественного право-понимания была положена преимущественно естественно-правовая теория. Декларативное обращение к основным концептам данной теории наблюдалось как в феврале-октябре 1917 г., так и в конце 80 – начале 90-х гг. XX в. По мнению Ю. Хабермаса, именно в условиях революционных изменений «формируется чувствительность к легитимному притязанию маргинализированных и непривилегированных групп населения (к естественным правам и свободам. – Д. Е.), которые хотят быть включенными в либеральные жизненные отношения»⁴⁸. На данную особенность обращает внимание и В. В. Сорокин⁴⁹.

В-третьих, фрагментация государственной власти усиливала органы власти на местах: до принятия Конституции РСФСР 1918 г. местные сельские советы признавали незаконными некоторые решения вышестоящих советских органов власти; в годы перестройки республиканские органы власти могли не признавать решения союзных органов.

В-четвертых, несанкционированное правотворчество на местах, неисполнение нормативных актов, принимаемых верховной властью – было возможным из-за неработающей системы правовых средств государственного принуждения.

В-пятых, быстро меняющиеся общественные отношения опережали их правовое регулирование. Поэтому в переходные периоды, как правило, издавались временные правовые акты. Большой массив таких актов усложняло их применение.

В-шестых, несмотря на преобразующий характер правового регулирования, в переходные периоды действовало значительно число коллизионных правовых норм.

⁴⁸ Хабермас Ю. Эссе к конституции Европы. М., 2013. С. 39.

⁴⁹ См.: Сорокин В. В. Своеобразие российского права в переходный период // Известия Алтайского гос. ун-та. 1999. № 2 (12). С. 89.

В-седьмых, первоначально публично-правовая сфера для законодателя являлась более приоритетной, чем частно-правовая. Поэтому наблюдалось противоречие между декларативным закреплением основных естественно-правовых идей и возможностью их реализации гражданами.

Безусловно, выделяемые типологические черты государства и права переходного периода не являются исчерпывающими. Дальнейшее изучение различных областей правового регулирования может привести к более глубокому осмыслению особенностей государства и права в условиях смены общественных систем.

Переходные процессы объективно оказывают влияние на качественно иное функционирование механизма государства и права. Но, как правило, системные изменения начинаются либо с реформирования, либо с кардинальной ломки государственно-политических институтов. В подобном случае право больше выполняет обслуживающую роль. Во многом это связано с тем, что осмысление и закрепление меняющихся общественных отношений требует определенного времени. Необходимо также отметить, что право более консервативно в отличие от государственно-политической системы. Данное свойство права, с одной стороны, может тормозить происходящие системные изменения, а с другой – временно обеспечивать функционирование качественно меняющейся государственно-политической и правовой надстройки посредством сохранения некоторого преимуществва. Изучение особенностей сущности права как ядра правовой системы в переходные периоды является самостоятельным предметом научного исследования.

Таким образом, применение системной методологии в совокупности с историческим и сравнительно-правовым методами возможно не только при описании целостных, стабильных систем, но и в процессе осмысления качественных изменений в государственно-правовой надстройке переходного (межсистемного) периода. Принципиальная разница подходов касается не формы, а содержания в использовании категориального аппарата системной методологии. Категории «системность», «несистемность», «межсистемность» помогают осуществить более глубокий анализ государства и права в процессе смены общественных систем путем выделения как общих (родовых) типологических черт, так и исторических особенностей.

Пермский филиал Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Дерябина Е. С., кандидат исторических наук, доцент кафедры гражданско-
го и предпринимательского права

E-mail: esderyabina@mail.ru

Тел.: 8-982-460-34-73

National Research University «Higher School of Economics» (Perm Branch)

Deryabina E. S., Candidate of Historical Sciences, Associate Professor of the Civil and Business Law Department

E-mail: esderyabina@mail.ru

Tel.: 8-982-460-34-73

**ВЗГЛЯДЫ П. И. НОВГОРОДЦЕВА И Г. РАДБРУХА
НА ДЕМОКРАТИЮ:
СРАВНИТЕЛЬНО-КРИТИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ**

Н. А. Шавеко

*Удмуртский филиал Института философии
и права УрО РАН (г. Ижевск)*

Поступила в редакцию 6 июня 2018 г.

Аннотация: *статья посвящена рассмотрению взглядов двух выдающихся философов права неокантианского направления – П. И. Новгородцева и Г. Радбруха – на демократию, выявление их сходств и отличий, достоинств и недостатков. Исследование проведено в соответствии с важнейшими методами историко-правового познания: историко-генетический, историко-сравнительный, формально-юридический, системный. Впервые систематическому исследованию подвергаются взгляды Г. Радбруха на демократию, а также проводится сравнение теоретических построений П. И. Новгородцева и Г. Радбруха, анализируется зарубежная научная литература. Статья содержит теоретическое осмысление проблем, с которыми сталкивается реализация идеи демократии в современном обществе.*

Ключевые слова: *неокантианство, Новгородцев, Радбрух, философия права, демократия.*

Abstract: *the article is devoted to the views on democracy of two prominent philosophers of the neo-Kantian philosophy of law – P. I. Novgorodtsev and G. Radbruch, identifies their similarities and differences, advantages and disadvantages. The study was conducted in accordance with the most important historical and legal methods: historical-genetic, historical-comparative, formal-legal, systematic. The article for the first time systematically studies the views of G. Radbruch on democracy, the first time compares theoretical constructions of P. I. Novgorodtsev and G. Radbruch, analyzes the international scientific literature. The article contains a theoretical understanding of the problems faced by the implementation of the idea of democracy in contemporary society.*

Key words: *neo-Kantianism, Novgorodtsev, Radbruch, philosophy of law, democracy.*

П. И. Новгородцев и Г. Радбрух – два выдающихся философа права неокантианского направления первой половины XX в. В отечественной литературе П. И. Новгородцев известен своим анализом феномена демократии и его конструктивной критикой. Демократия, по П. И. Новгородцеву, мыслится как относительный идеал, т. е. форма правления, при определенных условиях отвечающая требованиям абсолютного идеала. В свою очередь Г. Радбрух как демократический мыслитель в нашей литературе совершенно не исследован, так как соответствующие его труды не переведены на русский язык. Несмотря на то что Радбрух в отличие от Новгородцева релятивизировал проблему правового идеала и поставил

ее разрешение в зависимости от ценностей, истинность которых доказать нельзя, демократия, по Г. Радбруху, является абсолютной ценностью, так как стоит над этим релятивизмом и обеспечивает ценностный выбор каждого гражданина. В творчестве Г. Радбруха можно найти множество положений, которые по своей сути представляют контраргументы к критике демократии со стороны П. И. Новгородцева.

Демократические идеи П. И. Новгородцева

П. И. Новгородцев строит критику демократии на анализе теории общественного договора Ж. Ж. Руссо, суть которой, по мнению российского ученого, состоит в обосновании верховенства общей народной воли и наиболее полно выражающей эту волю непосредственной демократии.

При этом, как известно, Ж. Ж. Руссо различал общую волю и волю всех, подчеркивая, что общая воля есть полное единодушие членов общества и гармония интересов, а не простой результат подсчета голосов. Вот почему при голосовании в народном собрании у граждан «спрашивают вовсе не о том, одобряют ли они предложение или отвергают его, а о том, согласно ли это предложение с общей волей, которая есть и их воля». Задача голосующего – не выразить свое частное мнение, а отгадать содержание общей воли, и, по мнению Ж. Ж. Руссо, естественно, предположить, что общая воля будет правильнее понята именно большинством¹. Таким образом, принятие решения большинством голосов является лишь средством определения объективно справедливого правила для конкретной ситуации (общая воля, по Ж. Ж. Руссо, априори справедлива и постоянна и представляет собой лишь формальную схему, голый принцип действия), и уместность этого средства, как показывает П. И. Новгородцев, можно оспаривать. Приведенные положения учения Ж. Ж. Руссо, с учетом последующей критики этого учения в части теории народного суверенитета и непосредственной демократии, делают возможным последующее развитие данного учения в русле кантианского подхода к правовому идеалу.

Уже сам Ж. Ж. Руссо, по П. И. Новгородцеву, осознавал многие трудности своей доктрины. Во-первых, полное согласие интересов и единодушные волю «возможно лишь в мечте и идее, но невысказано в действительности»². Поэтому французский мыслитель требовал полного (всеобщего) согласия граждан только в отношении договора о создании общества³. Во-вторых, Ж. Ж. Руссо отстаивал необходимость периодических народных собраний, но видел существенные трудности в реализации этой идеи «если государство не будет слишком мало» (велики затраты времени, денег, организационных и других ресурсов); вместе с тем малому государству чрезвычайно сложно защищаться от внешних опасностей, если не изменить радикальным образом всю мировую систему⁴.

¹ См.: *Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания // Новгородцев П. И. Избранные труды.* М., 2010. С. 59–60.

² Там же. С. 57.

³ См.: *Руссо Ж. Ж. Об общественном договоре.* М., 1938. С. 92.

⁴ См.: Там же. С. 39.

Последующее развитие просвещенной мысли, показывает П. И. Новгородцев, выявило и другие недостатки теории общественного договора Ж. Ж. Руссо. Так, во времена Великой французской революции встал вопрос о том, действительно ли общественное мнение является лучшим выразителем общественной воли. Поскольку у людей той эпохи была «вера в спасительную силу политических учреждений», была активно воспринята идея представительной демократии в духе Ш. Л. Монтескье, согласно которой «политики по призванию» лучше понимают интересы народа, чем сам народ (у них есть соответствующее образование и время для изучения специальных вопросов и, кроме того, материальная независимость), хотя при этом не забывается роль гражданского согласия для стабильности общества (морального одобрения обществом правовых установлений)⁵. Г. Гегель писал: «В общественном мнении заключено все ложное и истинное, найти в нем истинное есть задача великого человека»⁶. Но если это так, то главным оказывается не мнение народа, а нечто, стоящее над ним. «Будучи по способу своего образования более пассивным, чем активным, общественное мнение, во-первых, не может быть прочным и устойчивым, во-вторых, не может быть определенным и ясным и, в-третьих, не может охватывать область политических вопросов во всей полноте их практической постановки»⁷.

В то же время критика возможна и в адрес представительной демократии. Здесь П. И. Новгородцев отмечает, что способность депутата понять и найти народную волю нуждается в доказательстве, в частности должен быть выявлен критерий этой народной воли. Дебаты, происходящие в парламенте, могут привести к компромиссу, которого изначально не желал ни один избиратель и ни один депутат, и такое подобие «народной воли» будет явно «созданным», а не «найденным» или «понятым»⁸.

Особого внимания мыслителя удостоились также следующие проблемы:

1. Дискуссионность выбора оптимального избирательного ценза (права на голос при выборах представительного органа); выражение в процессе выборов воли только более деятельной (голосующей и агитирующей) части народа; кроме того, депутаты представляют лишь меньшинство населения, если на выборы явилось меньше половины избирателей, а принимающее решения большинство депутатов, будучи лишь частью депутатского корпуса, представляет и того меньшее число людей; неучет мнения чуть ли не большинства избирателей при мажоритарной избирательной системе (не говоря уже о джержимендеринге); несовершенство методов распределения мест в парламенте по результатам голосования при пропорциональной избирательной системе; – в итоге парламент априори не отражает мнения большинства населения.

⁵ См.: Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания. С. 43, 96–131.

⁶ Гегель Г. В. Философия права / Соч. М. ; Л., 1934. Т. 7. С. 338–339.

⁷ Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания. С. 141.

⁸ См.: Там же. С. 167.

2. Необходимость выбора лишь между несколькими партиями или кандидатами, программы которых могут быть одинаково далеки от воли избирателя, и при этом строгая дисциплина внутри партий, господство партийной «машинь», деспотизм партийных комитетов, препятствующие свободному волеизъявлению народных избранников; – в итоге воля народа заменяется волей партии или ее руководства.

3. Предварительное формирование общественного мнения немногими лицами; победа при голосовании воли, которой лишь удается выдать себя за волю большинства; скорее формирование, чем отражение народной воли парламентом; обусловленное объективными причинами смещение центра политической жизни из парламента в правительство; – в итоге властные решения принимаются лишь немногими лицами, и отнюдь не экспертами.

4. Отсутствие голосования за конкретную тактику той или иной партии, сосредоточение внимания только на целях (программе) партии; скорее отрицающий те или иные конкретные действия, чем предписывающий их характер общественного мнения; – иными словами, априорная аморфность, изменчивость и неясность общественного мнения.

Изложенное демонстрирует, что представительство имеет «самостоятельное и даже руководящее значение по отношению к общественному мнению», а «представительные учреждения... слишком склонны превращаться в особое сословие, в касту, которая вместо общественных интересов блюдет лишь свои собственные»⁹. К этому, как представляется, нужно добавить проблему лоббизма.

«Невозможно, – пишет Новгородцев, – точно и неискаженно выражать то, что само по себе неясно и неопределенно. Точно так же нельзя ожидать, чтобы при огромном влиянии партий... народная воля отражалась в представительстве в своем неприкосновенном виде»¹⁰. Но мы можем пойти дальше и спросить: действительно ли представители народа лучше, чем сам народ, знают его подлинные интересы? Депутат обладает временем, средствами, образованием, чтобы профессионально выявлять общую волю, но где гарантия того, что он будет это делать?

Тем не менее русский ученый ценит достижения современной представительной демократии, отмечая, что между старым и новым олигархизмом лежит целая пропасть, а исполнительная власть в Англии тем больше независима от парламента, чем непосредственное ее связь с народом. И всё же, представительство остается только средством, которое даже в своем совершенном воплощении может оказаться негодным. Больше надежд П. И. Новгородцев возлагает на такую форму непосредственной демократии, как референдум. Противники референдума, отмечает ученый, говорят о том, что представители более способны отразить народные интересы; сторонники референдума не всегда отрицают это, но тогда выше, чем народные интересы, ценят народное мнение, потому

⁹ Новгородцев П. И. Кризис современного правосознания. С. 152–153, 182.

¹⁰ Там же. С. 155.

что решение, не согласное с этим мнением, обречено на фиаско. Новгородцев решает эту проблему следующим утверждением: «Количество интересов – не принцип, но это фактор, с которым приходится считаться»¹¹.

По нашему мнению, здесь уместно вспомнить критику института выборов представительного органа, которую можно отнести и к референдуму: во-первых, народное мнение аморфно и неопределенно (поэтому на референдум выносятся вопросы с заранее установленными четкими вариантами ответов, которые могут и не отражать реальные взгляды голосующего и которые неизбежно разрабатываются специалистами, а не народом); во-вторых, народное мнение случайно и непостоянно, подвержено пропаганде и внушению, в итоге оно встает на сторону тех, кто имеет время, деньги и желание вести агитацию; в-третьих, на референдум может явиться менее половины имеющих право голоса, к тому же неясно, кому следует предоставить это право; в-четвертых, на референдум выносятся только общие вопросы о целях, а не специальные вопросы о средствах (между тем цель не всегда оправдывает средства). Наконец, добавим, в-пятых, референдум требует больших финансовых затрат и не может проводиться часто. Таким образом, референдум далеко не всегда отражает реальное народное мнение (которое по обсуждаемому вопросу вообще может отсутствовать). Конечно, он не всегда выражает подлинный народный интерес. Получается, что аргументы против референдума практически те же, что и аргументы против выборного представительного органа.

Для П. И. Новгородцева безусловно то, что проблема справедливого избирательного права и совершенного представительного учреждения полностью никогда не разрешится. Мы можем развивать внепарламентскую народную инициативу, но «какие бы новые изменения ни пережили современные конституции, никогда они не приведут к торжеству идеи общей воли, совмещающей в гармоническом единстве желания всего народа»¹².

Демократия, по П. И. Новгородцеву, не должна быть предметом страха или поклонения, она изменчива и не вечна. Она есть лишь средство для установления справедливости, она «сильна только тогда, когда над ней стоит справедливость», при этом народная воля как синоним справедливости сводится к «некоторым идеальным принципам», которые единогласно одобрили бы все разумные существа, а не к большинству голосов; вообще «и большинство, и меньшинство одинаково могут быть неправы». Главное, чем может и должно быть ограничено государство при принятии законов, чтобы не отождествляться с фактической силой, это общее осознание неотчуждаемых прав человека, непосредственно вытекающих из правового идеала¹³. Много позже О. Хёффе сказал: «Демократия, до-

¹¹ Там же. С. 236.

¹² Там же. С. 206–208.

¹³ См.: Новгородцев П. И. Государство и право // Вопросы философии и психологии. 1904. № 5 (75). С. 512–515.

пускающая решения большинства даже по вопросам основополагающих прав человека, наносит ущерб своей легитимности»¹⁴.

Итак, стремление к фактическому единогласию народа есть химера, принятие решения большинством голосов может быть годным или негодным средством достижения справедливости, критерии же определения достойных лиц, призванных решать за весь народ, спорны (в древности таким критерием была старость, но сейчас взгляды изменились). Поэтому единственным выходом является формулировка «идеальных принципов», и далее поиск и совершенствование тех средств, которые при данных условиях позволяют лучше реализовать данные принципы.

Принимая во внимание сказанное, П. И. Новгородцев положительно относится к тому, что демократия стала ассоциироваться с идеей правового государства и прав личности: «С этой точки зрения демократия означает возможно полную свободу личности, свободу ее исканий»¹⁵. Такое понимание демократии логически предполагает права не только большинства, но и меньшинства, и в отстаивании прав меньшинств русский ученый солидаризируется с Рузвельтом: каждый человек должен иметь одинаковую с другими стартовую возможность проявить свою сущность»¹⁶. В этом мыслитель видит зрелость демократической идеи (свобода и равенство), переход от демократии политической к демократии социальной¹⁷. Правовое государство, по его мнению, подразумевает государство социальное¹⁸. Так, «государство должно стремиться по возможности дать всем равные стартовые возможности, без чего равенство перед законом является юридической фикцией»¹⁹, одновременно «во имя охраны свободы право должно взять на себя заботу о материальных условиях ее осуществления»²⁰.

Взгляды П. И. Новгородцева на демократию встретили некоторую оппозицию в трудах С. И. Гессена. Последний был убежден: «Народоправство есть необходимое предположение личной свободы»²¹. Таким образом, демократия претендует на роль абсолютного идеала. «Очевидно, – пишет С. И. Гессен, – что действительная свобода личности будет обеспечена не тогда, когда законы будут писаться небольшой, блюдущей свои инте-

¹⁴ Хёффе О. Есть ли будущее у демократии? О современной политике. М., 2015. С. 79.

¹⁵ Новгородцев П. И. Демократия на распутье // София. Проблемы духовной культуры и религиозной философии. Берлин, 1923. С. 96.

¹⁶ См.: Новгородцев П. И. Об общественном идеале // Новгородцев П. И. Избр. труды. М., 2010. С. 402.

¹⁷ См.: Новгородцев П. И. Демократия на распутье. С. 98–105.

¹⁸ См.: Баскин Д. А., Баскин Ю. Я. Павел Иванович Новгородцев (из истории русского либерализма). СПб., 1997. С. 31.

¹⁹ Соловьев К. А. Павел Иванович Новгородцев // Новгородцев П. И. Избр. труды. М., 2010. С. 8.

²⁰ Новгородцев П. И. Право на достойное человеческое существование // Соч. М., 1995. С. 322.

²¹ Гессен С. И. Политическая свобода и социализм // Гессен С. И. Избр. соч. М., 1999. С. 143.

рессы группой лиц, но лишь тогда, когда законодательная власть будет находиться в руках всего народа»²². Это воззрение вряд ли можно считать верным, ведь и законы, составленные небольшой группой лиц, могут отвечать интересам народа и идеалам свободы и равенства: в конце концов, парламенты цивилизованных стран представляют собой такие же небольшие группы лиц, и ни один гражданин не вправе напрямую, вне парламента, повлиять на тот или иной закон. Если же мы говорим о выборности парламентариев, то и она не всегда отвечает идеалам свободы и равенства, например победа Национал-социалистической партии в Германии в свое время привела к тоталитаризму, и в подобных случаях ограничения избирательных прав могут быть обоснованы сохранением всем равной, максимально возможной свободы.

Демократические идеи Г. Радбруха

Перейдем к разбору демократических взглядов Г. Радбруха. Немецкий философ права считал основной «идеей права» справедливость, поясняя при этом: «из понятия справедливости вытекает, что равные требуют равного обращения, а различные – соразмерно различиям между ними. Но оба эти вопроса остаются открытыми: кого следует рассматривать в качестве равных или различных и как с ними обращаться? Справедливость определяет лишь форму права. Чтобы выяснить содержание права, необходимо дополнительно ввести понятие целесообразности». Какова же цель права? «В сфере эмпирического познания мира существуют лишь три вида предметов, которые могут быть опосредованы абсолютной ценностью. Это – отдельные человеческие личности, человеческие личности в целом и результаты человеческого труда. Приняв основу этих благ за ценностный критерий, мы можем выделить три различных вида ценностей: индивидуальные ценности, коллективные ценности и творческие ценности (*Werkwerte*)». «Резюме конечных целей одним словом: для индивидуалистической точки зрения – свобода; для надындивидуалистической – нация; для трансперсональной – культура»²³. С индивидуалистической точки зрения творческие и коллективные ценности стоят на службе у ценности личности: культура – лишь средство формирования личности, государство и право – лишь учреждения, защищающие и стимулирующие индивида. С надындивидуалистической точки зрения нравственность и культура – на службе государства и права. С трансперсональной точки зрения нравственность наряду с правом и государством – на службе культуры.

Следует отметить, что в более ранних работах Радбрух различает только персоналистскую и трансперсоналистскую установки, смешивая последнюю с коллективизмом. Трехчастное деление появилось позднее²⁴. В немецкой юридической литературе в качестве альтернативной ценности предлагалась также окружающая среда как жизненный мир живот-

²² Там же. С. 141.

²³ Радбрух Г. Философия права. М., 2004. С. 64–65, 69.

²⁴ См.: Радбрух Г. Введение в науку права. М., 1915. С. 7.

ных²⁵. Исходя именно из трехчастного деления взглядов на целесообразность Радбрух осуществляет классификацию политических партий.

Партии индивидуалистического толка пытаются найти «золотую середину» между крайним эгоизмом (который оборачивается в конечном счете анархизмом, как у Штирнера) и его противоположностью в виде абсолютной нравственности, которой право может способствовать, но не добиваться. Интересно отметить, что Радбрух выделяет воззрения, согласно которым «право должно стимулировать нравственность»²⁶. Либерализм и демократия, по Радбруху, стремятся сделать возможной нравственность, но если демократия ориентируется на моральные взгляды большинства и их претворяет в жизнь, то либерализм придает ценность также и позициям меньшинств. Здесь же ученый выделяет социальный индивидуализм, стремящийся сгладить фактические неравенства между людьми с целью обеспечения их реальной свободы. Политическая деятельность Радбруха позволяет говорить о его симпатии к социальному индивидуализму, однако прямо автор эту симпатию не проявляет. Спор между либерализмом и демократией он разрешает утверждением, что постулаты «решает большинство» (демократия) и «уважай чужое мнение» (либерализм) должны в равной мере войти в сознание политического истеблишмента²⁷. Что касается заявленной Радбрухом роли нравственности в праве, то следует вспомнить, что именно в нравственности ученый видит ценность личности. Поэтому, продолжая логику Радбруха, можно предположить, что индивидуалистически ориентированные партии должны были бы допускать внешнюю свободу только в той мере, в какой она способствует нравственности (внутренней свободе). Например, пишет ученый, угроза «духовному здоровью» ребенка может привести к предписанию о воспитании его в детском доме, т. е. к ограничению свобод²⁸, а Веймарская конституция содержала выражение «собственность обязывает». Хотя, конечно, право стимулирует нравственность чаще именно предоставлением, а не ограничением свободы.

Надывидуалистические воззрения выражаются консервативными партиями, для которых индивида следует наделять свободой только в той мере, в какой это необходимо в интересах нации, государства или общества как целого организма. Отсюда свобода может быть неравной у различных сословий. На примере фашистской Италии Радбрух отмечает, что подобная идеология может исказиться в целях установления диктатуры. Этот факт следует отнести к социологическим, на философском же уровне Радбрух не развивает свою позицию по отношению к надывидуализму. Проблема в том, что если указанная идеология, как выражается мыслитель, представляет собой «свободу без равенства», то

²⁵ См.: *Adahi H.* Die Radbruchsche Formel. Eine Untersuchung der Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs. Baden-Baden, 2006. S. 72.

²⁶ *Радбрух Г.* Философия права. С. 76.

²⁷ См.: *Klein M. D.* Demokratisches Denken bei Gustav Radbruch. Berlin, 2007. S. 214.

²⁸ См.: *Радбрух Г.* Философия права. С. 50.

не нарушается ли при этом основной принцип справедливости – «равным за равное»? Радбрух, как сказано выше, допускает также воздаяние «неравным за неравное» при условии, что ни один человек не будет восприниматься исключительно как средство. По сути, таким образом, как и впоследствии Дж. Ролз, Радбрух оправдывает «иерархические общества Востока». В то же время Радбрух мимоходом называет надындивидуалистические идеологии иррациональными («в историческом или религиозном смысле»), ибо сила нации важна сама по себе, а не для реализации какой-либо программы²⁹. И разрешение этой двусмысленности, как видится, было бы более значимым, чем разрешение дихотомии либерализма и демократии (ибо относительная ценность демократических механизмов и необходимость учета прав человека уже были показаны другими авторами ранее, начиная от Милля и Токвиля). Некоторые исследователи настаивают, что Радбрух подчеркивал более прогрессивный характер индивидуализма перед коллективизмом³⁰.

Наконец, ученый выделяет политический католицизм, который может встать на сторону и индивидуалистических, и надындивидуалистических воззрений. «Поскольку трансперсонализм в собственном смысле связывает индивидуалистический и надындивидуалистический элементы друг с другом, он может стать фоном (личной) системы взглядов, определяющей партийную идеологию. Однако нет ни одного государства, которое создавалось бы по принципу трансперсонализма»³¹. Культура не является, по Радбруху, целью партий самих по себе – это скорее то, что получается посредством служения партий личности или нации.

В свойственном демократии «господстве масс» Радбрух не видит ничего предосудительного и заботится больше о том, чтобы крупные капиталисты не могли манипулировать массой посредством подкупа прессы и тому подобных мер. Масса, согласно Радбруху, способна поднять индивида над самим собой и помочь ему совершить то, что он один сделать был не в силах. Поэтому демократия противопоставляется либерализму не как деградация, а как возможность культурного развития массы в общество (народ), а индивида – в личность (в свою очередь, «общество нуждается в личности») ³². Конечно, масса таит в себе и опасность демагогии. Но демократическая форма тем и ценна, что она представляет собой не господство большинства, а скорее лучшую процедуру отбора лидеров («господство лидеров, пользующихся доверием большинства»): лучшую в том смысле, что в демократиях вероятность репрезентативности воли масс выше, чем в недемократиях.

Лидер (фюрер) не должен, однако, стоять выше партий и перестраивать государственный аппарат так, чтобы без фюрера он не мог бы

²⁹ См.: Там же. С. 82.

³⁰ См.: *Малишев Б.* Категорії «ціль права» та «доцільність права» у праці Густава Радбруха «Філософія права» // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. Випуск 86. С. 60.

³¹ *Радбрух Г.* Философия права. С. 72.

³² См.: *Klein M. D.* Op. cit. S. 196–202.

функционировать, развалившись как карточный домик без опоры. Речь вообще не о каком-то единственном гении, а о хороших «среднестатистических управленцах» в правительстве при сохранении демократической формы³³. Правительство также не должно отклоняться от позиции фракции, которая его формирует. Вместе с тем оно свободно действует, пока имеет доверие парламента, и не должно подвергаться мелочной опеке со стороны последнего. В свою очередь такие формы непосредственной демократии, как плебисцит, далеко не всегда идут на благо народу (Радбрух отдает явное предпочтение представительной демократии и парламента, ибо важно не мнение народа по частным вопросам, а работа лидеров, отражающих общие политические ценности народа).

В итоге Радбрух называет демократию и толерантность «несомненным благом»³⁴, а вовсе не относительным (как у Новгородцева). Правовед считает партии важнейшим и неизбежным атрибутом демократической системы: каждый гражданин должен отдать предпочтение какой-либо из существующих партий (даже если она не в полной мере отражает его убеждения – политика есть сфера компромиссов) или создать свою, иначе он представляет своего рода партию «против всех», а такая позиция чревата непостоянством и неопределенностью политического развития³⁵; выражение народного суверенитета возможно только через партии, которые, в свою очередь, вместе с правительством обратно влияют на народ.

Как мы видим, Г. Радбрух, по сути, отрицает большинство аргументов, выдвинутых П. И. Новгородцевым в пользу тезиса об относительной ценности демократии. Избранные лидеры представляют весь народ, а не конкретных избирателей, поэтому не следует вести подсчет, сколько людей действительно поддерживает позицию депутатов, образующих в парламенте большинство по тому или иному вопросу; позиция избирателя и позиция избранного им депутата может отличаться, для того и нужен «институт лидерства», избиратель высказывает лишь принципиальное доверие политической ориентации той или иной партии (неконкретизированность общественного мнения – это вполне нормально), а поскольку политика есть сфера компромиссов, избиратель не вправе ссылаться на то, что ему не по душе ни одна из партий. Строгую партийную дисциплину при голосовании (при сохранении свободной дискуссии внутри самой партии) и сосредоточение реальной власти в правительстве Радбрух оценивает как сами по себе допустимые явления, если они не нарушают господство избранной народом общей системы политических ценностей, а обеспечивают ее (и поскольку депутат избирается народом как представитель партии, имеющей определенную политическую ориентацию, то исключение лица из партии, по Радбруху, вполне может быть основанием для лишения депутатского мандата). Вообще даже если руководство

³³ См.: Klein M. D. Op. cit. S. 203–207.

³⁴ См.: Радбрух Г. Законное неправо и надзаконное право // Радбрух Г. Философия права. С. 238.

³⁵ См.: Klein M. D. Op. cit. S. 208–212.

партии преследовало бы исключительно свои корыстные интересы, то оно в любом случае должно было бы: 1) агитировать избирателей определенной системой политических убеждений и следовать этим убеждениям, в том числе проецировать их на новые проблемы, под риском непереизбрания партии на следующих выборах; 2) рекрутировать новых членов этими же убеждениями, в результате чего в рядах самой партии именно идеология, а не корыстные интересы стала бы решающей. В итоге идея для партии объективно стоит выше эгоизма отдельных лиц³⁶.

В чем Г. Радбрух действительно видит проблемы, так это в манипулировании мнениями и чувствами масс, в необеспечении реальной возможности участия граждан в избирательном процессе, в несовершенстве разделения избирательных округов и системы распределения мест в парламенте (таким образом, в этой части аргументы П. И. Новгородцева остаются в силе, но они не касаются непосредственно идеи демократии). Дополним, что эти проблемы имманентны самой демократической системе, ведь раз попавшие во власть люди сделают все, чтобы там остаться, и не всегда заинтересованы в совершенствовании демократических институтов и свободы массмедиа. Выступая против господства крупного капитала за фасадом республики, в своих ранних работах Радбрух акцентирует внимание на том, что только социализм может предотвратить такую опасность и помочь демократической идее реализоваться³⁷, но впоследствии смягчает свою позицию, утверждая, что социализм и демократия не связаны напрямую³⁸.

Не соглашаясь с точкой зрения, что в Веймарской республике налично кризис парламентаризма, Радбрух вместо этого предлагает говорить о кризисе парламентариев, т. е. о неспособности партий идти на взаимный компромисс³⁹. Но, как представляется, сама возможность непоследовательной государственной политики ввиду отсутствия фракционного большинства в парламенте демонстрирует сущностный недостаток парламентаризма (стабильность наиболее вероятна лишь при двухпартийной системе), и не следует затушевывать данный факт словесными уловками. Не случайно Радбрух пишет, что демократия – это не господство большинства, а господство фюрера, осуществляемое с одобрения парламента, избранного большинством. Кроме того, в период после Второй мировой войны он не только выступает в поддержку двухпартийности, но и указывает на то преимущество мажоритарной избирательной системы, что она обеспечивает стабильность государственного управления, так

³⁶ См.: *Радбрух Г.* Философия права. С. 74–75.

³⁷ См.: *Heiss G.* Sozialistischer Konformismus. Vollendeter Staat und Anmut des Rechts bei Gustav Radbruch // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch.* Baden-Baden, 2011. S. 181.

³⁸ См.: *Henkel M.* Zur Systematik der Rechts- und Staatsauffassungen bei Gustav Radbruch // *Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch.* Baden-Baden, 2011. S. 124.

³⁹ См.: *Klein M. D.* Op. cit. S. 259–275.

как народ прямо решает, какая партия должна править (хотя однопартийность все же недопустима)⁴⁰. Наконец, нельзя не заметить некоторого романтизма в позиции Радбруха: действия партий в парламенте, как замечал К. Шмитт, напоминают скорее калькуляцию интересов и сил, чем дискуссию или выражение ценностных ориентаций, а с помощью пропаганды и других средств эта сторона оказывается непрозрачной для избирателей⁴¹.

Таким образом, Г. Радбрух отстаивает идею «партийного государства», т. е. идею демократии не как максимального самоуправления народа, а лишь как способа выбора ценностной ориентации в политико-правовой сфере. Каждая партия вправе утверждать, что она способствует благу народа (целесообразна), но только народ решает, какая партия ему ближе. При этом необходимо обеспечить не только выражение ценностей народа, но и стабильность и работоспособность государственного механизма.

Подобно П. И. Новгородцеву, Г. Радбрух обращается к идее социального либерализма: «Это интеллектуальное течение, – пишет немецкий философ, – обязано своим появлением критике политического и гражданского равенства при социальном и экономическом неравенстве... Эта критика лишь формально-юридического равенства означает, наконец, критику изолированного и лишённого индивидуальности (абстрактного) индивида, служащего моделью для «демо-либеральных» взглядов. Она стимулирует ориентацию государства и права на конкретного и «обобщественного» индивида, то есть не на индивидуальность каждого»⁴². Но не ведет ли обратная тенденция к чрезмерному превалированию равенства над свободой? В научной литературе позиция Радбруха критиковалась с тех позиций, что она ведет к вытеснению частного права – публичным, уравнивающей справедливости – распределяющей, гражданского общества – государством⁴³.

В зарубежной литературе высказано мнение, что учению Радбруха не хватает прояснения взаимосвязей партий и правительства, партий и других союзов, парламентских и внепарламентских политических процессов⁴⁴. Кроме того, справедливо отмечается, что партии часто различаются скорее программой действий, чем мировоззренческими позициями⁴⁵.

Со своей стороны отметим, что Г. Радбрух так и не обосновал правильность демократии: из того что существуют различные и в конечном счете

⁴⁰ См.: Klein M. D. Op. cit. S. 285–288.

⁴¹ См.: Шмитт К. Духовно-историческое состояние современного парламентаризма. Предварительные замечания (о противоположности парламентаризма и демократии) // Социологическое обозрение. 2009. Т. 8, № 2. С. 9.

⁴² Радбрух Г. Философия права. С. 80.

⁴³ См.: Seelmann K. Sozialismus und soziales Recht bei Gustav Radbruch. 1973. S. 122.

⁴⁴ См.: Klein M. D. Op. cit. S. 234.

⁴⁵ См.: Henkel M. Op. cit. S. 128.

равно недоказуемые ценности, еще не следует, что те ценности, которые следует положить в основу государственной политики, должно определять большинство (при всей, казалось бы, логичности этого тезиса).

Кроме того, взгляды Г. Радбруха не позволяют четко определить, относится ли демократия к индивидуалистическим ценностям либо она обеспечивает проявление любых ценностей. Сам философ права пишет, что демократия имеет в своей основе релятивизм целей и обозначает поддержку любой политической целесообразности (индивид, нация или культура как высшие ценности), разделяемой большинством. Релятивизм есть готовность к борьбе, но одновременно к толерантности, к обеспечению (в том числе для меньшинств и обездоленных слоев) базовых демократических свобод (слова, совести, прессы) и справедливости. Релятивизм, следовательно (по крайней мере, в некотором аспекте), есть поддержка демократии, либерализма и социальной политики (а также, поясняет Г. Радбрух, правового государства и разделения властей). Не становится ли тогда релятивизм на сторону индивидуализма? По всей видимости, ученый так не считает, и различные концепции целесообразности влияют как минимум на то, будут ли предоставлены индивиду (определенные мнением большинства или по иным критериям) другие свободы, помимо базовых политических, либо индивид лишится их во имя национальных, религиозных и других интересов. Между тем в научной литературе встречается мнение, что после 1945 г. Г. Радбрух отстаивал только индивидуалистическую позицию⁴⁶, и осмысление нацистского режима заставило его сгладить радикальный релятивизм⁴⁷.

В принципе, релятивизм Г. Радбруха изначально не касался основных элементов идеи права и выражался только в относительности выбора между индивидуальным, коллективным и трансперсональным (аспект целесообразности). Релятивизм у Радбруха – это вполне определенная «система систем возможных ценностей». Этим взгляды мыслителя отличались от крайнего релятивизма, имевшегося в вопросе справедливости у Г. Кельзена, М. Вебера и Г. Риккерта⁴⁸. В одном из эссе Г. Радбрух, в частности, пишет: «Если законы сознательно попирают волю справедливости, например, предоставляя тому или иному лицу права человека или отказывая в них исключительно по произволу, то в этих случаях подобные законы недействительны, народ не обязан подчиняться им, а юристы должны найти в себе мужество не признавать их правовой характер»⁴⁹.

⁴⁶ См.: *Wapler F. Wertrelativismus und Positivismus. Theoretische Grundlagen der Rechts- und Staatsphilosophie Gustav Radbruchs // Rechts- und Staatsphilosophie der Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch. Baden-Baden, 2011. S. 54–55.*

⁴⁷ См.: *Бігун В. С. Густав Радбрух – видатний німецький філософ права // Проблеми філософії права. Київ-Чернівці, 2004. Т. 2. С. 39.*

⁴⁸ См.: *Tjong Z. U. Der Weg des Rechtsphilosophischen Relativismus bei Gustav Radbruch. Bonn, 1967. S. 53.*

⁴⁹ *Радбрух Г. Пять минут философии права // Радбрух Г. Философия права. С. 226.*

В «Началах философии права» ученый утверждает, что независимость судей и право на защиту – это абсолютное требование справедливости⁵⁰. Таким образом, некоторые правовые установления не должны зависеть от демократического выбора.

Проблема усугубляется тем, что ученый, будучи одновременно политиком, не пояснял, где заканчивается его научная разработка (Erkenntnis) и начинается личная вера в некоторые ценности (Bekanntnis). Представляется, что социализм был личной верой Г. Радбруха, выражением его индивидуалистической позиции, а требование демократии (как выражения толерантности по отношению к различным ценностям) виделась ученому прямым следствием релятивизма, не относящимся к конкретной категории ценностей.

Релятивизм (это признавал и сам Г. Радбрух в работе «Der Relativismus in der Rechtsphilosophie»), хотя и отрицает абсолютный правовой идеал, но предоставляет нам взамен целую систему безусловных правовых принципов (демократия, либерализм, социализм, правовое государство, разделение властей и др.), выражающих основные универсальные (транскультурные и надпозитивные) права человека. После 1945 г. Г. Радбрух более не поднимал тему выведения указанных правовых принципов из правового релятивизма, но вопрос, остался ли в эти годы ученый сторонником релятивизма, остается дискуссионным⁵¹.

Итак, несмотря на различия во взглядах на роль и значение демократии, П. И. Новгородцев и Г. Радбрух внесли значительный вклад в обоснование идеи прав человека: Новгородцев показал, как демократия эти права может игнорировать, а Радбрух – как она эти права защищает. Поднимаемые учеными проблемы реализации демократической идеи и в настоящее время сохраняют свою актуальность и не могут игнорироваться.

⁵⁰ См.: Radbruch G. Vorschule der Rechtsphilosophie. Göttingen, 1947. S. 27.

⁵¹ См.: Schumacher B. Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel. Göttingen, 1985. S. 12–13.

УДК 343.221

**ДИФФЕРЕНЦИАЦИЯ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ
ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЯ СО СПЕЦИАЛЬНЫМ СУБЪЕКТОМ
ПО АРТИКУЛУ ВОИНСКОМУ 1715 г.
И УЛОЖЕНИЮ О НАКАЗАНИЯХ УГОЛОВНЫХ
И ИСПРАВИТЕЛЬНЫХ 1845 г.**

Ю. С. Караваева

Пермский государственный гуманитарно-педагогический университет

Поступила в редакцию 9 августа 2018 г.

Аннотация: одной из функций института специального субъекта преступления является функция дифференциации уголовной ответственности. Анализ памятников отечественного законодательства периодов абсолютизма и неабсолютизма показывает, что за преступления, совершенные с использованием субъектом своего статусно-ролевого положения, законодатель устанавливает наиболее суровые меры ответственности имущественного и телесного характера.

Ключевые слова: специальный субъект преступления, дифференциация уголовной ответственности, статусно-ролевое положение, сословный подход.

Abstract: one of the functions of the Institute of special subject of crime is the function of differentiation of criminal liability. The analysis of the monuments of the domestic legislation of the period of absolutism and neoabsolutism shows that the legislator establishes the most severe measures of liability of property and physical nature for the crimes committed with the use of the subject of his status-role position.

Key words: special subject of crime, differentiation of criminal liability, status-role position, class approach.

Введение термина «специальный субъект преступления» связывается с именем советского ученого-правоведа В. С. Орлова, работавшего в 50-е гг. XX в.¹ Вместе с тем анализ отечественного законодательства в части установления уголовной ответственности показывает, что, начиная с Русской Правды, выделяются категории лиц, совершающих деяния с использованием своего социального статуса и (или) роли. При этом в исторической ретроспективе статусно-ролевое положение субъекта имело значение для дифференциации уголовной ответственности, что, прежде всего, следует связывать с особенностями продолжающихся процессов становления, централизации и дальнейшего развития российской государственности. Так, если для законодательства Древней Руси характерно установление привилегированного уголовно-правового положения для тех категорий населения, которые обладали властными и экономическими ресурсами, то уже в рамках следующего исторического периода

¹ См.: Орлов В. С. Субъект преступления по советскому уголовному праву. М., 1958. С. 138.

Московского государства (XIV–XVII вв.)² относительно этих же категорий предусматриваются более суровые меры³.

Указанное положение практически не изменилось в период становления абсолютизма, когда основным законом Российской империи становится Артикул Воинский 1715 г. Действующий наряду с Соборным уложением 1649 г., Артикул предназначался для регламентации вопросов военно-уголовной юрисдикции. Однако на практике он применялся не только в военных, но и в общих судах, что дает право рассматривать его в качестве общегосударственного уголовно-правового закона. Помимо Артикула Воинского действовало значительно число других уголовно-правовых актов⁴.

Как отмечал Н. С. Таганцев, «беспрестанно являлись указы, устанавливающие наказания случайные, ad hoc, нередко противоречивые и по отношению к Уложению, и между собой; в судебную практику вносились хаос и безурядица»⁵.

Обстановка, в которой принимался Артикул, – это обстановка преобразований традиционной, самодостаточной России в прогрессивную, лучшую среди равных, европейскую державу. Задача не ограничивалась модернизацией, она предполагала слом прежних ценностей, отношений, общественного сознания в целом. Иначе, как абсолютной непримиримостью власти с фактами неповиновения и карательным максимализмом, такая задача выполнена быть не могла. Все это позволило А. Ф. Бернеру подытожить петровское законотворчество следующим образом: «...главное внимание законодательства централизуется на действиях, самих по себе вовсе не преступных... идея преступления в эпоху Петра была не правонарушение, не безнравственность поступка, а просто – неисправность в делах государевых»⁶.

Отсюда казуистическое закрепление в Артикуле всех возможных нарушений воинской дисциплины и других нарушений военной службы. Как и прежде, целями наказания были устрашение, возмездие (кара), предупреждение преступлений. Современные исследователи называют

² Использована периодизация, предложенная Т. В. Непомнящей (см.: *Непомнящая Т. В.* Мера уголовного наказания. М., 2012. С. 46–154).

³ См.: *Караева Ю. С.* Статусно-ролевое положение преступника и потерпевшего как критерий дифференциации уголовной ответственности по законодательству Древней Руси // История государства и права. 2018. № 6. С. 48–53 ; *Ее же.* Учет статусно-ролевого положения субъекта преступления в целях дифференциации уголовной ответственности по законодательству Московского государства (XIV–XVII вв.) // Вестник Удмуртского гос. ун-та. Серия: Экономика и право. 2018. № 4.

⁴ П. С. Ромашкин в своем исследовании говорит о 392 таких указах (см.: *Ромашкин П. С.* Основные начала уголовного и военно-уголовного законодательства Петра I. М., 1947. С. 16).

⁵ *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Часть Общая. Тула, 2001. С. 146.

⁶ *Бернер А. Ф.* Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная : в 2 т. СПб., 1865. Т. 1 : Часть Общая. С. 235, 242.

также цель выгодного использования преступников⁷. На наш взгляд, правильное согласие вслед за Н. С. Таганцевым с тем, что при Петре I эта цель лишь начала проникать в институт наказания. Анализ санкций Артикула Воинского приводит к заключению о том, что смертная казнь, телесные и членовредительские наказания, а также специальные его виды предусмотрены в большинстве статей Артикула, тогда как ссылка на каторгу или на галеры встречалась гораздо реже.

Достаточно часто наряду с карательно-устрашающим потенциалом наказания законодатель обращался к принудительному воздействию на честь и совесть преступника. В этих случаях санкция предусматривала позорящие наказания, перечень которых был расширен за счет шельмования, лишения чести, удара профоса (палача), публичного испрашивания отпущения вины. Специальные виды наказаний предусматривали, помимо традиционных видов, лишение чина, обращение в рядовые, удержание жалованья. Более активно стала применяться ссылка на галеры или каторгу; лишение свободы было ужесточено за счет заковывания в железо. Телесные наказания дополнились наказанием шпицрутенами.

Среди санкций Артикула – абсолютно-определенные, абсолютно-неопределенные и относительно-определенные, а также альтернативные и кумулятивные. Налицо все большее проникновение начал индивидуализации наказания, когда подлежат учету обстоятельства дела и вина преступника.

Дифференцированный подход к законодательному определению меры уголовного наказания выражается в виде различной тяжести санкций за одни и те же преступления офицеров и рядовых.

Вместе с тем жестокость наказаний по законодательству Петра I не привела к более или менее заметному приближению российского общества к идеалам законности и правопорядка. Так, аналитика прошлых веков содержит следующий вывод: «Начиная съ Петра I, наказания правителей усилились: ихъ ссылали въ каторгу, имъ вырывали ноздри, ихъ били кнутомъ, имъ рубили головы; но ни казни, ни каторга не могли истребить того, что давнымъ-давно уже проникло до мозга и костей этого развращеннаго общества. Взятничество и после Петровской реформы осталось таким же, каким было и до нея»⁸.

Анализ данных положений Артикула Воинского 1715 г. показывает, что ввиду специфики военно-уголовных отношений, регулированием которых изначально ограничивалось действие этого закона, и субъекты, и их деяния, и меры уголовно-правового воздействия на них являлись специальными. Посредством устрашения предполагалось решить задачу воспитания дисциплинированности и исполнительности военнослужащих. Вследствие этого наблюдалась несоразмерность законодатель-

⁷ См., например: *Непомнящая Т. В.* Указ. соч. С. 78.

⁸ *Серафимовичъ С.* Очерки русскихъ нравовъ въ старинной Сибири // Отечественныя записки. 1867. № 11, отд. I. С. 243–244. URL: <http://www.strana-oz.ru/2012/2/s-serafimovich-ocherki-russkih-nravov-v-starinnoy-cibiri>

ной меры наказания совершенному преступлению: виновный подлежит уничтожению без права исправления. Дифференциация наказаний выражается в более частом назначении членовредительских и телесных его видов рядовым, и позорящих видов – офицерам. С учетом того, что в военное время жизнь обесценивается в пользу чести мундира, эффективность позорящих наказаний высока.

Лишение чина или чести, обращение в рядовые, отставление от службы, публичное испрашивание отпущения вины выражали снисходительность власти, унижающую преступника, и одновременно презюмировали его немужественность, несостоятельность как воина и служителя Отечеству и монарху.

Относительно всех видов наказаний, предусмотренных санкциями норм с составами деяний со специальным субъектом, следует отметить, что их процентное повидовое соотношение будет следующим⁹: смертная казнь – 56 %; телесные и членовредительские наказания – 27; неопределенные наказания – 24; позорящие наказания – 21; особые (служебные) наказания – 15; наказания имущественного характера – 10; наказания, связанные с изоляцией от общества – 7; ссылка на галеры или на каторгу – 3 % (рис. 1).



Рис. 1. Уголовные наказания за преступления со специальным субъектом по Артикулу Воинскому 1715 г.

На протяжении всего XVIII в. можно было наблюдать противоречивые тенденции в уголовном праве и уголовной политике государства: с одной стороны, народные возмущения и гражданская война 1770-х гг. под предводительством Емельяна Пугачева «вызывали преимущественное внимание правительства к карательно-правоохранительному и мест-

⁹ Поскольку среди уголовно-правовых санкций за указанные виды преступлений имеются альтернативные и кумулятивные, то сумма показателей не может быть равной 100 %.

ному административному аппарату государства»¹⁰, а с другой – в общественно-политическую мысль России проникают гуманистические идеи европейского Просвещения, влияние которых выражается, в частности, в организации деятельности по кодификации уголовного закона и составлении Екатериной II текста Наказа Уложенной комиссии 1767 г.

Пагубное влияние гуманистических идей на сами основы абсолютизма осознаются российским правительством на примере западно-европейских государств, поддавшихся освободительным движениям и революциям. Несмотря на это, дальнейшее развитие русского уголовного права идет по пути постепенной гуманизации основных институтов. Указанные процессы не могли не отразиться на содержании Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., ставшего венцом многолетней кодификационной деятельности.

Сам нормативный правовой акт получил невысокие оценки в современных ему и более поздних исследованиях. Так, Н. Д. Сергеевский отмечал, что насущные потребности русской правовой жизни остались неудовлетворенными, а сам закон оказался неполным, не соответствующим структуре юридического быта и «...устарелым уже в самый момент своего появления»¹¹. Н. С. Таганцев, признавая также устарелый характер Уложения, обращал внимание на такие его существенные недостатки, как казуистичность и проистекающую отсюда многостатейность закона, отсутствие юридической техники, противоречивость отдельных положений друг другу, механическое включение норм иностранного права¹². Отсутствие системности и единства подчеркивал и А. Ф. Бернер¹³.

Из анализа положений закона следует, что основную массу преступных деяний составляют различные формы неповиновения писаным правилам, содержавшимся в различных постановлениях и уставах. Иными словами, сущность преступления как нарушения самодержавной воли осталась в неизменном виде с Соборного уложения 1649 г. Вместе с тем парадокс законности в России заключался в том, что при подавляющем числе положений, посвященных регулированию гражданской службы и частным ее родам, заключенных по должностным преступлениям и преступлениям, связанным с торговым оборотом, было очень незначительное количество: «...тюрьма почти не знала заключенных по преступлениям привилегированных классов»¹⁴.

Это можно было бы объяснить развернутой «лестницей» наказаний, установленной Уложением 1845 г.: различая наказания уголовные и

¹⁰ Сизиков М. И. История государства и права России с конца XVIII до начала XIX века : учеб. пособие. М., 1998. С. 109.

¹¹ Сергеевский Н. Д. Современные задачи уголовного законодательства в России // Избранные труды / отв. ред. и авт. биогр. очерка А. И. Чучаев. М., 2008. С. 483.

¹² См.: Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 165–167.

¹³ См.: Бернер А. Ф. Указ. соч. С. 274.

¹⁴ Гернет М. Н. История царской тюрьмы : в 5 т. М., 1960. Т. 1 : 1762–1825. С. 368.

исправительные, а также устанавливая особые наказания за преступления и проступки по службе, Уложение содержало такие их виды, как: связанные с изоляцией от общества, телесные, имущественные и позорящие наказания. Кроме того, подлежали применению наказания, касавшиеся принудительного привлечения к «государевым» работам, а также смертной казни.

Законодательная градация наказаний по Уложению 1845 г., несомненно, представляла собой шаг вперед по сравнению с прежними уголовными законами, в которых вообще отсутствовали нормы Общей части.

Бесспорными достижениями закона признаются высокая степень формализации процесса назначения наказания, что приводило к тому, что «вид и размер наказания во многом зависели от законодателя»¹⁵, а также закрепление начал дифференциации и индивидуализации наказания. Так, если ранее законодательная мера уголовного наказания определялась только социальным положением субъекта преступления, то теперь основания дифференциации были дополнены характером наступивших последствий, общественной опасностью преступления в целом. В связи с этим некоторые исследователи видят ценность Уложения 1845 г. уже в том, что «впервые в российской законотворческой практике была осуществлена градация ответственности, устанавливались и типизировались различные степени общественной опасности деяний, которые влекли изменение (повышение или понижение) уголовной ответственности»¹⁶.

Акцент в целях наказания сместился в сторону предупреждения и выгодного использования преступника для решения общегосударственных задач – освоения отдаленных территорий Империи, тяжелой работы на рудниках, заводах и в крепостях. Сохраняются элементы возмездия и устрашения, прежде всего в публичности телесных наказаний и клеймении каторжников.

Уголовно-правовые санкции рассматриваемого закона являлись либо абсолютно-определенными, либо относительно-неопределенными. Характерная черта закона – отсылочный характер многих санкций.

Особые наказания, связанные со службой или деятельностью субъекта, уже в большей степени направлены на предупреждение новых преступлений, хотя цель умаления чести и достоинства по-прежнему учитывалась законодателем. Анализ положений закона показывает, что наказания из данной группы предусматривались почти за каждое служебное преступление.

Содержание Особой части Уложения производит впечатление усилившейся борьбы с должностными, профессиональными и торговыми преступлениями. Однако сословный характер наказания проявлялся в законодательном ограничении применения его телесных видов к лицам,

¹⁵ *Непомнящая Т. В.* Указ. соч. С. 101.

¹⁶ См., например: *Дудырев Ф.* Дифференциация уголовной ответственности в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. // Уголовное право. 2009. № 4. С. 21–24.

изъятим от указанных наказаний, – этот перечень включал представителей высшего дворянского сословия.

Не менее дифференцированным был подход правоприменителя к назначению наказаний. Так, сословный состав осужденных общими судами за период 1889–1893 гг. выглядел следующим образом: дворяне – 2,0 %; духовенство – 0,2; купцы – 0,5; крестьяне – 71,5; мещане – 19,2; бродяги – 2,9; прочие – 3,1 %¹⁷. Обращает внимание незначительная доля представителей высшего сословия, при том что должностные, политические преступления, а также преступления против порядка управления совершались в основном дворянами, купцами. Более того, как отмечает С. С. Остроумов, «самые грязные преступления – растление малолетних, кровосмешение, скотоложество и прочие – были преимущественно распространены среди привилегированных сословий и особенно духовенства»¹⁸.

Незначительное число привилегированных лиц среди осужденных объясняется, по мнению этого же автора, тем, что «наибольший процент оправдания приходится на дворян и купцов... имущественное положение купечества при чрезвычайно развитом взяточничестве судей спасало их от осуждения даже больше, чем дворян их родовитость»¹⁹.

Как и все Уложение в целом, система наказаний имеет громоздкий вид. Вместе с тем она являет собой основательность подхода законодателя к ранжированию видов наказаний – по специальным целям (уголовные и исправительные) и по тяжести отдельных видов. Указанная система включала светские и церковные наказания, дополняла прежде существовавшие виды новыми – такими как лишение прав состояния или особых прав; вычет из времени службы; заключение в смиренный или работный дом.

Относительно всех видов наказаний, предусмотренных санкциями норм с составами деяний со специальным субъектом, следует отметить, что их процентное повидовое соотношение будет следующим²⁰: наказания имущественного характера – 55 %; особенные (служебные) наказания – 36; наказания, связанные с изоляцией от общества, – 16; телесные наказания – 7; лишение особых прав и прав состояния – 7; ссылка – 4; позорящие наказания – 2; каторжные работы – 1; смертная казнь – 1 % (рис. 2).

Доминирование денежных видов наказаний связано в том числе с большим числом норм, закрепляющих преступные нарушения положений различных уставов и постановлений незначительной общественной опасности.

¹⁷ См.: Остроумов С. С. Преступность и ее причины в дореволюционной России. М., 1980. С. 36.

¹⁸ Остроумов С. С. Указ. соч. С. 38.

¹⁹ Там же. С. 21.

²⁰ Поскольку среди уголовно-правовых санкций за указанные виды преступлений имеются альтернативные и кумулятивные, то сумма показателей не может равняться 100 %.



Рис. 2. Уголовные наказания за преступления со специальным субъектом по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.

Таким образом, наряду с другими уголовно-правовыми институтами, институт наказания по Уложению 1845 г. отражает противоречия между сохраняющимся феодальным укладом и развивающимся буржуазным строем: идеи дифференциации и индивидуализации наказания, его соразмерности общественной опасности преступления сосуществуют с устрашением и возмездием, сословным подходом к уголовной ответственности. Так, если формально нормы уголовного закона предусматривали повышенные меры наказания для лиц, совершивших преступные деяния в служебной, профессиональной или торговой сферах деятельности, то практика применения указанных норм свидетельствовала о фактическом привилегированном положении соответствующих субъектов.

Пермский государственный гуманитарно-педагогический университет (ПГГПУ)

Каравая Ю. С., кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры правовых дисциплин и методики преподавания права

E-mail: chimtarga2016@mail.ru

Тел.: 8-919-704-90-66

Perm State Humanitarian Pedagogical University (PSPU)

Karavaeva Yu. S., Candidate of Legal Sciences, Senior Lecturer of the Legal Disciplines and Methods of Teaching Law Department

E-mail: chimtarga2016@mail.ru

Tel.: 8-919-704-90-66

УДК 3.340.07

ПУТИ ЛИБЕРАЛИЗАЦИИ СОВЕТСКОЙ СИСТЕМЫ ЗАКЛЮЧЕНИЯ В КОНЦЕ 20-х гг. XX в.

Д. В. Ливенцев

Воронежский институт Федеральной службы исполнения наказаний

Поступила в редакцию 3 октября 2018 г.

Аннотация: *раскрываются мероприятия, направленные на либерализацию советской системы мест заключения в конце 20-х гг. XX в. Приводятся редкие издания из газетных фондов Российской государственной библиотеки, отражающие деятельность администрации и заключенных.*

Ключевые слова: *места заключения, администрация, дом заключения, культурная работа, сельскохозяйственная колония, заключенный, надзиратель, смягчение внутреннего режима, учебно-воспитательная часть, исправительный дом, изолятор.*

Abstract: *revealed activities aimed at the liberalization of the Soviet system of prison at the end of 20-ies of XX century the Author gives a rare edition of the newspaper the Russia state library Fund, reflecting the activities of the administration and the prisoners.*

Key words: *detention, imprisonment, cultural work, agricultural colony, the prisoner, the warden, the softening of internal modes, the educational part, reformatory, detention center.*

В конце 1920-х гг. среди администрации и заключенных в СССР разрабатывались различные варианты смягчения режима содержания. Вот что писали в газете «Костромского объединенного исправительного дома»: «...На XV съезде ВКП(б) поднимался вопрос, что места заключения перегружены сверх всякой меры. В Костромской губернии по данному вопросу по 295 приговорам заменили заключение принудительными работами, причем 11 человек освободили от строгой изоляции»¹.

Многие работники администрации мест заключения выступали за организацию и распространение сельскохозяйственных колоний как прогрессивной формы перевоспитания заключенных: «...Первоочередной задачей завтрашнего дня должно поставить организацию и улучшение деятельности сельскохозяйственных колоний. Нужно организовывать колонии там, где их нет, нужно крепить то новое, чем являются с/х колонии как исправительно-трудовые учреждения»².

Обратимся к описанию повседневной жизни белорусской сельскохозяйственной колонии «Звезда»: «...Сельскохозяйственная колония «Звезда» является по времени своей организации первой в Белоруссии.

¹ *Рогозин.* Новый курс карательной политики // Путь к исправлению : еженедельная газета Костромского объединенного исправдома. 1928. 16 дек.

² Г-ский А. Цели и задачи с/х колоний // Допровский работник : двухнедельная газета Управления исправительно-трудовых учреждений УССР. 1927. 17 февр.

Впервые она была организована в 1921 г. в бывшем маленьком имении Германсдорф, находящемся в пригороде Минска на «Переспе». Животноводческое хозяйство колонии тогда состояло из 2-х коров, 5 чесоточных лошадей и 1 здоровой.

...Сегодня колония среди окружающего крестьянства пользуется большим авторитетом и является рассадником сельскохозяйственной культуры в деревне.

...Благодаря тому, что колония ведет культурное хозяйство, работающие в ней заключенные на практике знакомятся с целесообразностью и пользой ведения культурного хозяйства и на практике убеждаются в правильности проведения нашей земельной политики»³.

Отдельно необходимо отметить имевшую широкое распространение практику отпуска находящихся в заключении крестьян домой для осуществления сезонных сельскохозяйственных работ: «...С наступлением теплых дней и началом полевых работ остро встает вопрос о рабочих руках на селе, ибо в страдную пору каждый трудоспособный член семьи приобретает свою особую экономическую ценность.

В каком же положении оказывается на селе хозяйство семьи, если единственный трудоспособный член ее содержится в ДОПре (дом предварительного заключения. – Д. Л.)?

Расширение прав в этом направлении необходимо и диктуется самой жизнью»⁴.

В 1926 г. Смоленская губернская инспекция распорядилась об отпуске крестьян-заключенных на полевые работы следующим образом: «...Объявить заключенным, что в приговорах общества об отпусках на полевые работы должно быть указано из скольких членов это общество состоит и сколько участвовало в вынесении приговора общества об отпуске на полевые работы. Причем сельсоветы должны не только свидетельствовать подписи, а со своей стороны указывать на желательность или нежелательность отпуска.

...Кроме того, необходимо указывать из скольких человек состоит семейство заключенного, их возраст и имущественное положение. Отсутствие этих сведений повлечет за собой отказ в отпуске»⁵.

Все вышеназванные меры были следствием настроений, имевших место в первые годы советской власти. Так, знаменитый педагог-новатор К. Н. Вентцель вообще предлагал уничтожить тюрьмы как социальный

³ Колония «Звезда» // Творчество заключенного : орган учебно-воспитательной части МЦИДа. 1928. № 5/7. С. 2.

⁴ Бродский Н. А. Об отпусках заключенных (в порядке предложения) // Дзержинский работник : двухнедельная газета Управления исправительно-трудовых учреждений УССР. 1927. № 5. С. 1.

⁵ Всем начальникам мест заключения Смоленской губернии и прокурору Смоленской губернии, смоленскому изолятору // Наша жизнь : ежемесячная газета учебно-просветительской части и культурно-просветительской комиссии заключенных Смоленского губернского изолятора. 1926. № 11. С. 4.

институт⁶. В рамках подобных теорий в 1920-е гг. часто звучали мысли о том, что тюрьма должна представлять собой не место исполнения наказания, а социальную клинику, где заключенных лечат от пороков, приобретенных ими благодаря несовершенству бывшего капиталистического общества⁷.

Среди нормативных документов исследуемого периода, регламентировавших правоотношения администрации и заключенных выделялись: «Действующие распоряжения по местам заключения: Систематический сборник с пояснениями»⁸, «Инструкция по учебно-воспитательной части в РСФСР»⁹, «Положение об исправительно-трудовых лагерях»¹⁰, «Инструкция и правила для старших и младших надзирателей в исправительно-работных домах Тверской губернии»¹¹, «1-я Петроградская трудовая сельскохозяйственная колония для лишенных свободы (Новознаменская колония)»¹² и «О лагерях принудительных работ. Декрет ВЦИК»¹³. Подобная политика привела к сотрудничеству администрации и заключенных. Например, ведомственная инструкция НКВД, вышедшая 22 декабря 1927 г., предлагала разработать различные формы образования и самообразования для заключенного контингента¹⁴. Надзиратель Я. Львович, работник уголовно-исполнительной системы УССР, писал следующее: «...Главное в перевоспитании заключенного, это не режим, это не срок и не двойная решетка для свиданий, не хождение по кругу, а живое и теплое слово, а затем дельная и углубленная работа с частыми лекциями и разъяснениями вреда преступлений для общества, втягивание всех без исключения во всевозможные кружки по самообразованию»¹⁵.

В свою очередь, в 1926 г. администрация ярославского изолятора специального назначения высказала следующую мысль о внутреннем режиме в местах заключения: «...Не карательная, а исправительная политика нашей Рабоче-крестьянской власти в отношении заключенных

⁶ См.: Ливенцев Д. В. Проект уничтожения тюрем во время Февральской буржуазной революции 1917 г. // История государства и права. 2016. № 11. С. 56–58.

⁷ См.: Ливенцев Д. В. Советские исправительные трудовые дома как социальная клиника в 20–30-е гг. XX в. // История государства и права. 2017. № 16. С. 26–28.

⁸ См.: Действующие распоряжения по местам заключения : систематический сборник с пояснениями. М., 1929.

⁹ См.: Инструкция по учебно-воспитательной части в РСФСР. М., 1924.

¹⁰ Положение об исправительно-трудовых лагерях. М., 1930.

¹¹ Инструкция и правила для старших и младших надзирателей в исправительно-работных домах Тверской губернии. Тверь, 1920.

¹² 1-я Петроградская трудовая сельскохозяйственная колония для лишенных свободы (Новознаменская колония). Пг., 1922.

¹³ О лагерях принудительных работ : декрет ВЦИК // Известия. 1919. 15 апр.

¹⁴ См.: Детков М. Г. Тюрьмы, лагеря и колонии России. М., 1999. С. 164.

¹⁵ Львович Я. Об образовании с заключенными // Допровский работник : двухнедельная газета Управления исправительно-трудовых учреждений УССР. 1927. Май.

дает широкую возможность последним осознать свои преступления и по выходе на свободу стать на правильный путь жизни»¹⁶.

К 11-летию Октябрьской революции администрация мест лишения свободы писала о преимуществах советского исправительно-трудового дома по сравнению с царской тюрьмой: «...Все мастерские, организованные в исправительных трудовых домах, без преувеличения можно назвать ремесленными школами.

...Многим заключенным из крестьян, имеющим сельское хозяйство, даются отпуска на полевые работы. Предоставляются заключенным и др. льготы»¹⁷.

Существовали даже призывы к представителям администрации мест лишения свободы, относиться гуманно по отношению к заключенным: «...Плохо, когда лишенный свободы, распускаясь, забывается и безудержно извергает гнусную ругань на окружающих, но еще хуже когда это же позволяет себе наш надзор.

...Если надзиратель будет вежлив и корректен, он скорей заслужит уважение и доверие со стороны лишенных свободы»¹⁸.

В то же время ярославские надзиратели использовали при реализации учебно-воспитательного процесса следующее стихотворное обращение к своим подопечным:

Хулигану

Что ж –
Притих и не слышится
Резких хулиганских фраз,
Иль тебе у нас плохо дышится,
Или чувствуешь отдыха час?

Здесь не там –
В улицах мирных
Не устроишь дебош;
Не бросишь огонь речей задирных,
Не вытащишь из голенища нож.

Здесь –
Ретивость твоя урезонится
В лапах остынет зуд;
Здесь побудешь –
Тебе поздоровится:
Тихий, спокойный и честный труд¹⁹.

¹⁶ *Патушин* Больше помощи освобождающимся заключенным // Воспитатель : периодический орган заключенных Ярославского изолятора специального назначения. 1926. № 5. С. 1.

¹⁷ *Д.* Царская тюрьма и исправтруддом // За новый путь : орган воспитательной части Калужского губернского исправительного дома. 1928. № 4. С. 2.

¹⁸ *Фадеев И.* Больше внимания к заключенным // За новый путь : орган воспитательной части Калужского губернского исправительного дома. 1928. № 4. С. 3.

¹⁹ *Кулагин А.* Хулигану // Воспитатель : периодический орган заключенных Ярославского изолятора специального назначения. 1926. № 5. С. 1.

Администрация свободно печатала в своих специализированных изданиях жалобы от заключенных на собственную деятельность. В 1927 г. женщина-заключенная Первого ленинградского исправительного дома обратилась со следующим замечанием: «...Насколько я знаю, мужские изоляторы вполне чистые и светлые. Странно, что женщин помещают в худшие условия, чем мужчин. Я бы сказала, что такие изоляторы, как женские, конечно, отобьют всякую охоту туда попадать. Но все-таки это неправильно и администрации следовало бы улучшить женские изоляторы»²⁰. Более того, заключенные в тюремной печати имели право критиковать методы работы администрации мест лишения свободы: «...Заключенные, в свою очередь, имеют право требовать от надзора, если не уважения к себе, то во всяком случае соблюдения ночного покоя. Нужно помнить, что лишённые свободы имеют право требовать соблюдения их покоя. Хотя бы потому, что свой день они проводят не в развлечениях и прогулках, а в полезном и продуктивном труде.

Чтобы не быть голословным, укажу на то, что ночная смена надзора 3-го этажа правого крыла отделения изолятора, превращает коридор в «детскую площадку» игр и забав, перебрасываясь какими-то железными предметами, каковые, к слову сказать, часто попадают не по назначению – ударяясь в двери камеры. Поют песни, рассказывают далеко не наивные анекдоты, вообще, громко разговаривая и гогоча, заставляют лишённых свободы быть невольными свидетелями этого детского крика на лужайке...

Админчасть, подтяни!»²¹.

Администрация мест заключения в своей воспитательной работе поднимала злободневный для заключенных половой вопрос: «...Многие находят лучшим средством разрешения этого большого вопроса привлечение всех заключенных к работам, увеличение здоровых развлечений и введение в быт заключенных занятий физкультурой; шашки; шахматы; подвижные игры и пр. Мы считаем дискуссию законченной с уверенностью, что все соображения будут приняты во внимание руководителями исправительно-трудового дела»²².

Еще одним из фундаментальных занятий заключенных, на которое посмела покуситься советская администрация мест лишения свободы, стала карточная игра: «...Сколько мы не стараемся прекратить игру в карты, все же она процветает.

²⁰ Лебедева В. Карцер или изолятор // К новой жизни : еженедельная газета лишённых свободы Первого ленинградского исправдома. 1927. 11 сент.

²¹ Виноградов П. Ночной громкоговоритель // Воспитатель : периодический орган заключенных Ярославского изолятора специального назначения. 1929. № 2. С. 4.

²² Половой вопрос в местах заключения (в порядке обсуждения) // За новый путь : орган воспитательной части Калужского губернского исправительного дома. 1928. авг.-сент.

...При дружных усилиях самих заключенных, культпросвета и администрации исправдома, мы уничтожим эту болячую язву на нашем теле»²³.

Наконец, администрация мест заключения при осуществлении культурно-просветительской программы боролась с нецензурной бранью среди заключенных женщин: «...Я хочу сказать не о соломенном мате, не о каком-нибудь красивом цветке, а о том мате, который в последнее время все сильнее и сильнее распространяется среди женщин-заключенных, работающих в прачечной.

...Учебно-воспитательной части необходимо с ними заняться воспитательной работой, объяснив, что мат доводит до плохих пределов, особенно женщин, и толкает к проституции и другим преступлениям. И только при хорошей воспитательной работе можно женщину поставить на путь, труженицы-работницы»²⁴.

Отдельное место в воспитательной работе с заключенными занимала антирелигиозная пропаганда: «...В 22-ю камеру прибыл для отбытия наказания некий гражданин Б., который почему-то решил принести с собой в мешке икону, которой также суждено, по милости Б., отбывать срок наказания.

...В наших же условиях, когда в основу исправления положен принцип трудовых процессов, всякая святая чертовщина ни к чему не нужна; это самообман и несомненный вред для будущего»²⁵. Если говорить об эффективности антирелигиозной пропаганды, то упомянем следующую творческую зарисовку от тульских заключенных: «...На 3-м отделении в 18 камере находятся попы, которые для развлечения поют церковные песнопения, словом, устраивают целые богослужения. На вопрос: «К чему эта вся кошачья музыка?». Отвечают: «чтобы не забыть, мы выйдем отсюда, будем снова в церкви служить». Как бы администрация И.Т.Д. (исправительно-трудового дома. – Д. Л.) раскассировала попов-певунов, так как это скверно отзывается на аудитории в камере. Мечтают вслух; нас должны освободить обязательно к лету, горюя, что время самое жаркое пропадет для них»²⁶.

Между прочим администрация мест заключения не забывала воспитывать у подопечных уважение к советской власти и лично В. И. Ленину. Приведем в доказательство отрывок из статьи «Что сделал Ленин для заключенных?»: «...Раньше заключенный в этих стенах просиживал десятки лет, ничего не видя кроме побоев, оскорблений, а в довершение всего ему дурманил голову поп со своим отжившим богом. А сейчас смотрите:

²³ «Глаз» Исправдомоское зло // Творчество заключенного : орган учебно-воспитательной части МЦИДа. 1928. № 3. С. 4.

²⁴ Комкор «Луч». Мат расцвел // Воспитатель : периодический орган заключенных Ярославского изолятора специального назначения. 1926. № 8. С. 4.

²⁵ М.К. Религиозный дурман // Наша газета : орган заключенных Тульского губернского места заключения. 1927. № 3. С. 2.

²⁶ Кошачья музыка // Наша газета : орган заключенных Тульского губернского места заключения. 1930. № 15/16. С. 4.

там, где поп каждый день говорил свою заученную сказку, мы получаем знание, развлечение. Здесь ставят спектакли, читают по множеству вопросов лекции, имеется кинематограф, библиотека и т. д., здесь перевоспитываются.

...Кому заключенные этим обязаны? Да, конечно, в первую очередь тому, кто создал все это, кто освободил Россию из-под гнета буржуазии, т. е. Ленину, а потом уже тем неутомимым работникам, которые идут по стопам Ленина»²⁷.

Вообще при организации культурно-просветительской работы с заключенными последним предоставлялось достаточно личной свободы: «...Чтобы усилить культурно-массовую работу в домзаке (дом заключения. – Д. Л.), надо обновить старый состав кружков. Работающие там заключенные, как-то: Соболев, Преображенский и др., занимаются только флиртом и женщинами. Подчас на репетициях не бывает и воспитателя, а дежурный по дому разгоняет репетицию. Конечно, при такой работе и постановке дела ничего не наладишь»²⁸.

Заключенные сами критиковали однообразие своего культурного досуга: «...Уже более трех месяцев, как занимается хоровой кружок. А толку все нет. Все время кто-то тормозит. Драмкружок уже поставил четыре пьесы, а хор ни с места.

...За все это время переменялось большое количество хористов. Одни освободились, другие переведены в колонию, а часть ушла только потому, что им видна была бездеятельность посещения кружка. А в последнее время даже сам регент ушел в драмкружок. Теперь в кружке новый регент. Но результат будет, видимо, тот же. Жаль трудов. Очевидно, хором мало кто интересуется.

...Прошу Воспитательскую и Культкомиссию обратить внимание на этот злополучный кружок. Ведь хор мог бы быть неплохим и участвовать в наших концертных отделениях»²⁹.

Количество культурных мероприятий для заключенных в то время было весьма внушительным. Например, к десятилетию Октябрьской революции в ленинградском исправительном трудовом доме состоялся конкурс кустарных промыслов для заключенных³⁰. В Белоруссии в местах лишения свободы существовали сельскохозяйственные кружки для женщин: «...Занятия кружка проходили по вечерам. Программа кружка

²⁷ Крючков. Что сделал Ленин для заключенных? // Наша жизнь : ежемесячная газета учебно-просветительской части и культурно-просветительской комиссии заключенных Смоленского губернского изолятора. 1926. № 2. С. 2.

²⁸ Александров Ф. Усилить культурную работу // Путь к исправлению : ежемесячная газета Костромского объединенного исправдома. 1928. 16 дек.

²⁹ Степанова-Белова. Заглохший хор // К новой жизни : еженедельная газета лишенных свободы Первого ленинградского исправдома. 1927. 18 авг.

³⁰ От Комиссии по подготовке и проведению праздников 10-летия Октябрьской революции в 1-ом ЛИДе // К новой жизни : еженедельная газета лишенных свободы Первого ленинградского исправдома. 1927. 18 авг.

была разработана удачно, исходя из общего уровня развития слушательниц и их запросов. В кружке проходились предметы: огородничество, садоводство, животноводство и маслоделие. Слушательницы вполне понимали пользу занятий в кружке и относились к ним с полным вниманием. Многие после выпуска просили продолжить занятия, дабы углубить и расширить полученные знания»³¹.

Не отставали заключенные и от внешнеполитической или мировой жизни. Чего только стоит такая заметка в тюремной прессе: «...Заключенные канцеляристы в числе 9 человек, работающие в счетно-финансовой и рабочей части Смолизолятора провели сбор по подписному листу на постройку авиаэскадрильи «Наш ответ Чемберлену», по которому произведено отчисление от зарплаты в сумме 6 руб. 25 коп., а также вызывают пожертвовать на это дело канцеляристов-заключенных Общей части конторы Смоленского изолятора, библиотекаря П. И. Королькова и секретаря культкомиссии П. Ф. Федориди»³².

Кстати, существовали у заключенных в исследуемый период и международные контакты. 13 сентября 1927 г. Ленинградский исправительный трудовой дом посетила норвежская рабочая делегация, которая была удивлена следующим обстоятельством: «...Их особенно поразила широта культурно-просветительской работы учебно-воспитательной части. В норвежских тюрьмах единственным средством духовного воздействия является церковь»³³.

Применялись в воспитательном процессе и меры морального давления. Так, в 1927 г. начальство смоленского изолятора вывесило список, состоявший из 34 хулиганов, и предложило им прекратить свою деятельность под угрозой дисциплинарных взысканий³⁴.

Иногда, администрация мест заключения демонстрировала противоречивую политику по отношению к заключенным. Здесь можно провести проблемы голодовок в тюрьмах: «...Циркуляром этим с одной стороны рекомендуются мероприятия предупредительного характера, т. е. такие, которые бы сократили или, даже совершенно уничтожили, поводы к объявлению голодовок, а с другой стороны мероприятия, направленные к прямой борьбе с этим явлением, к отмене привилегий,

³¹ Т. О женском сельскохозяйственном кружке // Творчество заключенного : орган учебно-воспитательной части МЦИДа. 1928. № 2. С. 2.

³² Г.В. Наш ответ Чемберлену // Наша жизнь : ежемесячная газета учебно-просветительской части и культурно-просветительской комиссии заключенных Смоленского губернского изолятора. 1927. № 27. С. 3.

³³ Норвежская рабочая делегация в 1-ом Исправдоме // К новой жизни : еженедельная газета лишенных свободы Первого ленинградского исправдома. 1927. 25 сент.

³⁴ Кондратенков. Черная доска // Наша жизнь : ежемесячная газета учебно-просветительской части и культурно-просветительской комиссии заключенных Смоленского губернского изолятора. 1927. № 23. С. 3.

которые, так или иначе, давались до сих пор заключенным, объявляющим голодовку»³⁵.

В результате в конце 20-х гг. XX в. администрация советских мест заключения предприняла целый ряд мероприятий, связанных со смягчением режима содержания заключенных и условий их повседневной жизни. Среди них отпуск крестьян-заключенных на сезонные полевые работы, организация сельскохозяйственных колоний, поддержание диалога с заключенными по устройству их быта и интенсивная культурно-просветительская деятельность. Все вышеупомянутые действия укладывались в существовавшую в то время теорию организации тюрем и других мест заключения как социальных клиник для исправления заключенных. К сожалению, данное направление деятельности уголовно-исполнительной системы не получило своего развития в 1930-е гг. по внутривнутриполитическим причинам.

³⁵ О голодовках // Голос заключенного : стенная газета : орган учебно-воспитательной части Челябинского исправительного дома. 1926. 30 окт.

Воронежский институт Федеральной службы исполнения наказаний

Ливенцев Д. В., доктор исторических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права

E-mail: liva2006@yandex.ru

Тел.: 8-980-248-19-30

Voronezh Institute of Federal Service Execution of Punishment

Liventsev D. V., Doctor of Historical Sciences, Professor of the Theory and History of State and Law Department

E-mail: liva2006@yandex.ru

Tel.: 8-980-248-19-30

УДК 347.942

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛАХ В ЭПОХУ
ЭЛЕКТРОННОГО ПРАВОСУДИЯ

И. Н. Лукьянова

Всероссийская академия внешней торговли

Поступила в редакцию 29 ноября 2018 г.

Аннотация: выявляются проблемы получения судебных доказательств по гражданским делам в «электронном правосудии», т.е. судопроизводстве с использованием информационно-телекоммуникационных технологий (ИКТ), в том числе видео-конференц-связи. Судебные доказательства рассматриваются как информация, получаемая судом с соблюдением особых правил, устанавливаемых законом. Определение цели, для которой установлены традиционные правила получения судебных доказательств, является необходимым условием для того, чтобы выработать правила, которые должны позволить достичь эту цель в случаях, когда судом используются электронные доказательства или доказательства исследуются в судебном заседании, проводимом посредством видео-конференц-связи.

Ключевые слова: судебные доказательства, электронные доказательства, процессуальная форма, видео-конференц-связь, электронный образ дела, исследование доказательств, представление доказательств.

Abstract: problems of the evidence in the e-justice are the subject of the article, including the evidence during the videoconference session. The evidence is considered as the information, that the information that is perceived by the judge provided the special rules of proving are met. The aim of the traditional rules of proving shall be reached when the special rules for the electronic evidence are designed for the session, including the videoconference session.

Key words: evidence, electronic evidence, civil proceeding formalities, videoconference session, e-case, investigation of evidence, evidence presenting.

Доказательства в любом судебном процессе представляют собой информацию, сведения, данные о фактических обстоятельствах, в связи с которыми возник спор. Особенность такой информации в ее предназначении – использование судом для вынесения решения¹. Отсюда вытекают особые требования к этой информации: 1) она должна быть представлена в суд в особой форме, получена из особых источников в форме средств доказывания, перечень которых установлен законом; 2) она должна быть получена судом по особым правилам, также устанавливаемым законом, т. е. по правилам, обязательным для всех и во всех гражданских делах².

¹ См.: Строгович М. С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 288–289; Треушников М. К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 80.

² См.: Треушников М. К. Указ. соч. С. 80; Гражданский процесс: учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 1996. С. 187; Сахнова Т. В.

В. В. Молчанов верно отмечает значение процессуальной формы доказательств как гарантии достоверности получаемых доказательств³.

Международная ассоциация процессуального права в начале 2000-х гг. проводила глобальное исследование «Культура и наука получения информации и доказывания», в результате которого была выявлена специфическая природа судебного доказывания⁴. Выяснилось, что основное социокультурное значение процедуры судебного доказывания заключается в получении утверждения суда, заранее принимаемого, одобряемого обществом. Процессуальные правила получения доказательств являются гарантиями, позволяющими сторонам и обществу принимать как истинные выводы суда об обстоятельствах дела, которые сделаны в результате доказывания и закрепляются в судебном решении.

Из такого вывода следует, что если правила получения судом доказательств соблюдаются, стороны и общество соглашаются с тем, что полученная судом информация истинная, а значит, и сделанные на основании такой информации выводы суда истинные, а решение – правильное и справедливое.

Т. Е. Абова называет процессуальные правила очень точным словом – обряд⁵. Обряд представляет собой ритуал, церемонию, церемониал, совокупность условных, традиционных действий, служащих символом определенных социальных отношений, формой их наглядного выражения и закрепления⁶. Можно сказать, что обряд позволяет придать действиям сакральный смысл. В случае с судебными доказательствами такой сакральный смысл состоит в том, что закрепленные законом правила их представления и исследования судом позволяют обществу считать, верить, что извлеченное из судебных доказательств знание об обстоятельствах дела является истинным, и суд может такое знание положить в основу решения, которое принимается обществом как верное, а значит, справедливое.

Столкновение субъектов доказывания с новой реальностью – электронным правосудием, порождает вопрос о том, что происходит с судебной процедурой, центральным звеном которой является процесс получения судом информации о спорных обстоятельствах, т. е. получение, исследование, оценка доказательств. Должны ли выработанные на протяже-

Регламентация доказательств и доказывания в гражданском процессе // Государство и право. 1993. № 7. С. 54.

³ См.: Молчанов В. В. Собираение доказательств в гражданском процессе. М., 1991. С. 13.

⁴ См.: О докладе «Культура и наука получения информации и доказывания» Лоика Кадье (Loïc Cadiet) и Оскара Чейза (Oscar Chase) см.: Виноградова Е. А. Процессуальное право и правовая культура : XII Междунар. конгресс по процессуальному праву (Мексика, сентябрь 2003 г.) // Рос. ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под ред. В. В. Яркова. СПб., 2004. № 2.

⁵ Из выступления Т. Е. Абовой на Междунар. науч.-практ. конф. «Современное обязательственное право и его применение в гражданском судопроизводстве» (Москва, 30 ноября 2018 г.).

⁶ См.: Большая советская энциклопедия. М., 1974. Т. 18. С. 231.

нии тысячелетий правила получения доказательств отмереть? Должны ли вместо них появиться новые виды доказательств и новые правила их представления, исследования? Должны ли измениться правила получения судом информации об обстоятельствах дела?

Под электронным правосудием понимается использование информационно-коммуникационных технологий (далее – ИКТ) всеми заинтересованными сторонами в юридической сфере. В качестве цели такого использования называется повышение эффективности государственных служб для частных лиц⁷.

В российское гражданское судопроизводство вторглось стремительно. На 1 сентября 2016 г. через систему «Мой арбитр» в арбитражные суды было подано более 5 млн пакетов документов⁸. Очевидно, что общение с судом с использованием ИКТ в ближайшие годы получит самое широкое распространение. Уже в настоящее время очевидно использование нескольких разновидностей электронных доказательств:

1) доказательства, созданные и сохраняемые в электронном виде, представляемые в суд в распечатанном виде и исследуемые как обычные традиционные доказательства (например, выписки из банковского счета);

2) доказательства, созданные и сохраняемые в электронном виде, которые могут быть исследованы только в электронном виде (как правило, это динамическая информация в сети «Интернет» или специальных программах, например рекламный ролик);

3) электронный образ документа, созданного и охраняемого в печатном виде, но поданного в суд через систему «Мой арбитр» в виде сканированного изображения. В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 26 декабря 2017 г. № 57 «О некоторых вопросах применения законодательства, регулирующего использование документов в электронном виде в деятельности судов общей юрисдикции и арбитражных судов»⁹ содержит некоторые правила представления в суд таких электронных доказательств.

Прямого указания в ч.1 ст. 71 ГПК РФ и ч. 1, 3 ст. 75 АПК РФ на возможность представления доказательств в электронной форме недостаточно для эффективной реализации права стороны участвовать в исследовании электронного доказательства. Возрастающая практика представления в суд электронных доказательств, расширение сферы применения ИКТ в гражданском судопроизводстве выявляет все новые и новые проблемы в сфере доказывания.

⁷ См.: Рекомендации по электронной демократии Комитета министров Совета Европы. URL: cikrf.ru/international/recommend.doc (дата обращения: 27.11.2018). О понятии «электронное правосудие» см.: *Василькова С. В.* Электронное правосудие в цивилистическом процессе : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2018. С. 40–56.

⁸ См.: Правосудие в современном мире / А. И. Ковлер [и др.] // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 1. С. 6.

⁹ URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71744996/>

Проявления электронного правосудия наблюдаются в различных сферах современного гражданского судопроизводства. Возникает вопрос, как использование ИКТ сказывается на судебном доказывании, какие проблемы при этом возникают и требуют внимания науки гражданского и арбитражного процесса, прежде всего с точки зрения обеспечения прав сторон на представление доказательств и участие в их исследовании.

Можно выделить три основные сферы современного российского гражданского судопроизводства, в которых применение ИКТ развивается наиболее активно и в которых фигурируют судебные доказательства.

Во-первых, *ИКТ применяются в судебном разбирательстве*, в том числе в связи с представлением и исследованием доказательств в электронной форме (созданные в электронной форме текстовые, графические документы, аудио- и видеозаписи, хранящиеся на переносном носителе, либо существующие в телекоммуникационной сети, например Интернете, а также электронные образы документов в бумажном виде, которые уже используются в арбитражном и уголовном процессе в связи с предоставлением сторонам доступа к электронному образу дела), а также аудио-, видеопротоколирование, которое осуществляется в цифровой форме и закрепляет ход исследования доказательств и его результаты. Новые технические возможности экономят время, но при этом никак не меняется общее требование, предъявляемое к судебной процедуре: должны быть соблюдены правила, гарантирующие восприятие полученного судом знания об обстоятельствах дела как истинного.

Если в судебном заседании исследуются доказательства в электронной форме, правила о том, что каждому из лиц, участвующему в деле они должны быть доступны для восприятия. Письменные доказательства должны быть переданы для ознакомления в судебном заседании, а в гражданском процессе – оглашены. При исследовании аудио-, видеозаписей в цифровой форме на экране компьютера они должны быть воспроизведены так, чтобы каждая сторона могла их видеть и при необходимости обратить внимание суда на какой-то фрагмент, просить суд остановить воспроизведение на каком-то моменте или воспроизвести фрагмент повторно. У лиц, участвующих в деле, должна быть возможность заблаговременно до судебного заседания ознакомиться с такими доказательствами. Сторонам должна быть также обеспечена возможность ознакомиться с письменными электронными доказательствами, которые не могут быть представлены в суд в распечатанном виде. Это требует изменения правил подготовки к судебному заседанию. Нужны правила, позволяющие фиксировать ход исследования аудио-, видеозаписей или письменных доказательств в сети «Интернет» в судебном заседании при ведении аудиопротоколирования, т. е. какие-то фразы должны быть проговорены, чтобы в аудиозаписи, которую ведет суд, оставалось зафиксированным, что именно осматривалось, оглашалось, воспроизводилось на экране компьютера.

Примечательно, что в самых разных государствах электронные доказательства были отнесены к письменным доказательствам¹⁰, и таким образом на них были распространены процессуальные правила получения письменных доказательств. На глобальном уровне на протяжении нескольких десятилетий ведется работа по гармонизации правил использования электронной информации в международной торговле и, как следствие, правил использования электронных доказательств в суде (например, Конвенция Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах (Нью-Йорк, 2005 г.); типовые законы ЮНСИТРАЛ об электронной торговле, Рекомендации для правительств и международных организаций в отношении правового значения записей на ЭВМ (1985 г.) и др.¹¹).

Вторая сфера, в которой используются ИКТ и тем самым проявляется электронное правосудие, – это сфера «администрирования» судебной процедуры, ведения электронного делопроизводства. Речь идет в том числе об использовании судом «электронного образа» судебного дела, когда все бумажные документы дела оцифрованы, а электронные доказательства представляются в суд и хранятся в электронной форме. Система «Мой арбитр» позволяет подавать исковое заявление и электронные образы письменных доказательств в арбитражный суд с 2010 г.

В этой сфере возникают вопросы о гарантиях подлинности и, соответственно, сохранности, неизменности информации, представленной суду в электронной форме. Например, дизайнерский проект, созданный в специальной программе, проектная документация в электронном виде, объекты, созданные с помощью средств 3D-моделирования и существующие в цифровой среде.

Если в судебном заседании исследуются доказательства, существующие в сети «Интернет» либо в электронных базах данных, все лица, участвующие в деле, должны в судебном заседании иметь возможность видеть, какую именно информацию в электронном виде исследует суд, где она расположена, должны быть также гарантии подлинности этой информации и защиты ее от искажения. Действующие процессуальные правила и условия в зале судебного заседания, техническое и программное оснащение суда не всегда обеспечивают такие возможности. В настоящее время неопределенность процедуры исследования доказательств путем их осмотра судом на экране своего компьютера привела к широкому распространению обращений к нотариусам за совершением такого нотариального действия, как обеспечение доказательства путем осмотра письменного и (или) вещественного доказательства в сети «Интернет». Обеспечение доказательств нотариусом является исключением из прин-

¹⁰ См.: *Виноградова Е. А.* Процессуальное право и правовая культура : XII Международный конгресс по процессуальному праву (Мексика, сентябрь 2003 г.) // Рос. ежегодник гражданского и арбитражного процесса / под ред. В. В. Яркова. СПб., 2004. № 2.

¹¹ См.: Документы Комиссии ООН по праву международной торговли. URL: <https://uncitral.un.org/ru/texts/ecommerce>

ципа непосредственности, которое должно действовать в случае, когда есть угроза исчезновения доказательств в сети «Интернет», и не должно вытеснять непосредственное исследование доказательств судом.

Если в дело представляется микрокарта с цифровой информацией, как она должна быть упакована, как ее пометить, если она такая маленькая? Должны быть правила, которые позволят стороне быть уверенной, что она в суде не потеряется, а также, что она будет предоставлена для ознакомления в качестве материалов дела.

Остается пока неурегулированным вопрос, как исследовать документ, подписанный электронной подписью, кто может по общему правилу подтвердить «подлинность» подписи до судебного заседания.

Третья сфера гражданского судопроизводства, в которой судебные доказательства сталкиваются с электронным правосудием, охватывает судебные заседания, которые проводятся посредством видео-конференц-связи. В случае исследования в судебном заседании доказательств, которые существуют только в электронной форме и не могут быть распечатаны, должна быть предоставлена возможность стороне, участвующей в судебном заседании посредством видео-конференц-связи.

Если доказательства могут быть выведены на экран компьютера суда, технически изображение на экране компьютера председательствующего в судебном заседании, в котором рассматривается дело по существу, может быть выведено на компьютер в другом суде, участвующем в видео-конференц-связи. Это также возможно, если исследуются судом электронные образы бумажных документов либо воспроизводятся аудио- или видеозаписи на экране компьютера. Вероятно, со временем появится возможность участия в судебном заседании посредством 3D-технологий. Сегодня это выглядит фантастично, но ведь и в 2002 г., когда разрабатывались ГПК РФ и АПК РФ, казалось невероятным, что у большинства в кармане будет гаджет, позволяющий создавать доказательства в цифровой форме.

В заключение можно отметить, что в связи с активным внедрением электронного правосудия правила ознакомления с доказательствами, исследования их в судебном заседании не упростились, а только усложняются. Эти простые действия теперь требуют от стороны определенных навыков работы с компьютером и в сети «Интернет». Тем более эти навыки требуются от судей, их помощников, сотрудников суда. Это неизбежно влечет усложнение правил обращения с доказательствами в суде, так как обычные доказательства, выработанные человечеством на протяжении всей истории разрешения споров судом, продолжают существовать и никуда не исчезнут. Электронные доказательства не вытесняют обычные, а добавляются к ним. Такая ситуация требует обеспечить доступ к правосудию тех, кто не является уверенным пользователем компьютера и сети «Интернет».

Хотя сегодня все реже приходится слышать о том, что суд отклонил какое-то доказательство, существующее в электронной форме, однако с появлением новых технологий фиксации и хранения информации такие

случаи будут продолжаться по очень простой причине: людям свойственно бояться нового, для судей больше, чем для обычных людей. Потребность в общих правилах представления доказательств, полученных с помощью новейших технологий, их исследования и оценки судом давно назрела. Никакая цифровая экономика не сможет развиваться, если информацию о юридических действиях, оформляющих ее, невозможно будет представить в суд. Едва ли следует пока говорить об отдельном федеральном законе об электронных судебных доказательствах, но в АПК РФ, ГПК РФ и КАС РФ должны появиться нормы, регулирующие порядок как представления доказательств, существующих только в электронной форме, так и их исследования, включая исследование в судебном заседании, проводимом посредством видео-конференц-связи.

Всероссийская академия внешней торговли

Лукьянова И. Н., старший научный сотрудник ИГП РАН, кандидат юридических наук, доцент, зав. кафедрой процессуального права

Russian Foreign Trade Academy

Lukianova I. N., Senior Researcher of the Institute of State and Law, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Procedural Law Department

УДК 340.1

**ИСКУССТВЕННЫЙ ИНТЕЛЛЕКТ И ПРАВО:
ВЫЗОВЫ И ВОЗМОЖНОСТИ САМООБУЧАЮЩИХСЯ АЛГОРИТМОВ**

Е. А. Войниканис, Е. В. Семенова, Г. С. Тюляев

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»*

Поступила в редакцию 15 августа 2018 г.

Аннотация: рассматриваются отраслевые правовые риски, ассоциированные с использованием основанных на искусственном интеллекте программ. Приводится классификация междисциплинарных исследований по проблемам применения искусственного интеллекта. Показаны отраслевые вызовы и подходы к решению проблем, которые развитие искусственного интеллекта ставит перед правом на примере институтов публичного и частного права, в частности ответственности, защиты персональных данных, права интеллектуальной собственности. Делается вывод, что развитие искусственного интеллекта требует изменения правового ландшафта.

Ключевые слова: искусственный интеллект, автоматизированная самообучающаяся система, ответственность, результаты интеллектуальной деятельности, персональные данные, цифровые картели.

Abstract: the paper analyses some legal issues of artificial intelligence. In the first part of the paper authors provide classification and overview of the interdisciplinary research in this field. The next part of the paper illustrates artificial intelligence legal issues and provides approaches to mitigate these challenges. In particular, authors examine artificial intelligence influence on the protection of personal data, intellectual property rights and civil liability. The authors conclude that the development of artificial intelligence requires a change in the legal framework.

Key words: Artificial Intelligence, automated self-learning system, liability, intellectual property rights, personal data, algorithmic collusion.

Передовые методы анализа данных машинного обучения и технологий искусственного интеллекта открыли возможность создания программ, которые в процессе самообучения становятся независимыми от своего создателя. Такие программы могут генерировать результаты, которые не охватывались замыслом разработчика, но стали возможны благодаря обобщающей способности лежащего в их основе алгоритма¹.

137

¹ Обобщающая способность алгоритма — это способность на основании частных наблюдений делать общие выводы. Данная способность составляет суть машинного обучения (см. подробнее, например: Обобщающая способность (Generalization ability). URL: <https://wiki.loginom.ru/articles/generalization-ability.html> (дата обращения: 07.08.2018). См. также: Balcan M. Machine Learning. Generalization Abilities: Sample Complexity Results. URL: <https://www.cs.cmu.edu/~ninamf/courses/601sp15/sc-2015.pdf> (дата обращения: 07.08.2018).

Хотя словосочетание «искусственный интеллект» может вызывать ассоциации со сверхспособными роботами-гуманоидами, которые могут спасти или погубить человечество, подобные сценарии все еще являются уделом футурологов². Дело в том, что «сильный» искусственный интеллект, т. е. интеллект, обладающий сознанием³, до сих пор не создан, так как ни одному алгоритму пока не удалось пройти тест Тьюринга⁴.

В настоящее время создан лишь «слабый» искусственный интеллект – алгоритм, способный обобщать массив обучающих данных и на основании этого обобщения делать прогнозы относительно ранее неизвестных ему примеров⁵. Таким образом, для целей данной статьи понятие «искусственный интеллект» (далее – ИИ или автоматизированная самообучающаяся система) используется в смысле, актуальном для настоящего этапа развития науки и техники, а именно как программа, которая, благодаря итеративному обучению на больших массивах данных, способна создавать независимые от замысла разработчиков результаты.

Создание алгоритмом, основанным на ИИ, результатов, которые не охватывались замыслом разработчика, актуализировало дискуссию об *общеправовых* вопросах, таких как правосубъектность ИИ, дискриминация алгоритмом ИИ людей по различным признакам, ответственность при использовании ИИ. Появились также вопросы, специфичные для *отдельных отраслей* права, например: кто является правообладателем произведений, созданных ИИ, кто несет ответственность за «цифровые» картели, созданные в автоматическом режиме алгоритмами ИИ без участия человека.

Классификация исследований ИИ: междисциплинарный и отраслевой подходы

Современные исследования рисков применения ИИ могут быть классифицированы на следующие виды:

1. Отраслевые исследования, отражающие возможности и риски имплементации ИИ в существующие отрасли права – при этом последствия

² В современных исследованиях данный сценарий раскрывается в политической, философской и этической перспективах (см., например: *Helbing D. Societal, Economic, Ethical and Legal Challenges of the Digital Revolution: From Big Data to Deep Learning // Artificial Intelligence, and Manipulative Technologies* (April 14, 2015). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2594352> (дата обращения: 07.08.2018).

³ См., например: *Russel S., Norvig P. Weak AI: Can Machines Act Intelligently? Strong AI: Can Machines Really Think? / Artificial Intelligence. Modern Approach. 3rd Edition. Pearson Education Limited, 2016. P. 1020–1034.*

⁴ См.: Тест Тьюринга – это тест, который используется для определения, обладает ли машина интеллектом. URL: <http://www.aiportal.ru/articles/other/turing-test.html> (дата обращения: 07.08.2018).

⁵ Примерами программ, основанных на ИИ, могут быть беспилотные транспортные средства и летательные аппараты, алгоритмы идентификации лиц и распознавания рукописного ввода, голосовые ассистенты.

внедрения ИИ оцениваются с позиций отдельных правовых институтов (ответственность, персональные данные, кибербезопасность и т. д.)⁶.

2. Инструментальные исследования, направленные на поиск оптимального технологического, экономического и правового ландшафта для использования зарождающихся и существующих ИИ-технологий⁷.

3. Комплексный подход к разработке специализированного «права роботов» с учетом требований кибернетической этики и существующих программных правил, имплементированных в машинные алгоритмы по умолчанию⁸.

К *первому виду* исследований может быть, в частности, отнесена оценка последствий имплементации автоматизированных систем и проблемы регулирования ИИ в соответствии с положениями антимонопольного законодательства⁹, законодательства о защите персональных данных¹⁰ и права интеллектуальной собственности¹¹. Например, под вопрос может быть поставлена целесообразность предоставления роботам (ИИ) прав автора при создании результатов интеллектуальной деятельности. Дать однозначный ответ на данный вопрос затруднительно, в том числе в силу внешних эффектов, связанных с тем, что регулирование ИИ в рамках одной из отраслей права может сказаться на других отраслях.

Ко *второму виду* исследований относятся разработки в области регулирования автономных и полуавтономных транспортных систем¹², авто-

⁶ См.: *Leroux C. et al. Suggestion for a green paper on legal issues in robotics // Contribution to Deliverable D 3.1 (2012) (reviewing six disciplines of the law likely to be affected) ; De Cock M., Buning L. Belder and de Bruin R. Mapping the Legal Framework for the introduction into Society of Robots as Autonomous Intelligent Systems // The Law of the Future and the Future of Law. The Hague : Hiil, 2012.*

⁷ См.: *Palmerini E. et al. RoboLaw: Towards a European framework for robotics regulation // Robotics and Autonomous Systems. 2016. Vol. 86. P. 78–85 ; Palmerini E. The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context. Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Developments. 2013. P. 7–24.*

⁸ См.: *Balkin J. M. The Three Laws of Robotics in the Age of Big Data // Ohio State Law Journal. 2017. Vol. 78. Forthcoming. Yale Law School, Public Law Research Paper No. 592. URL: <https://ssrn.com/abstract=2890965> ; *Leenes R. E., Lucivero F. Laws on Robots, Laws by Robots, Laws in Robots : Regulating Robot Behaviour by Design // Law, Innovation and Technology. 2014. Vol. 6, № 2. P. 194–222. URL: <https://ssrn.com/abstract=2546759> (дата обращения: 07.08.2018).**

⁹ См., например: *Ezrachi A., Stucke M. E. Artificial Intelligence & Collusion : When Computers Inhibit Competition // Oxford Legal Studies Research Paper. № 18. 2015. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591874> (дата обращения: 07.08.2018).*

¹⁰ См., например: *Artificial Intelligence, Robotics, Privacy and Data Protection. Room document for the 38th International Conference of Data Protection and Privacy Commissioners. 2016.*

¹¹ См., например: *Kalin H. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma (September 1, 2016) // IDEA: The IP Law Review. Vol. 57, № 3. 2017.*

¹² См.: *Peng T. Global Survey of Autonomous Vehicle Regulations // AI Technology & Industry Review. 2018; Medium. URL: <https://medium.com/syncedreview/global-survey-of-autonomous-vehicle-regulations-6b8608f205f9> (дата обращения:*

матерIALIZED биржевых консультантов (*robo-advising*)¹³, банковской деятельности¹⁴, применения ИИ в корпоративных процедурах¹⁵. Следует отметить, что специализированное регулирование отдельных ИИ-технологий может быть неэффективно в связи с малой изученностью и высокой динамикой развития технологий. В этом случае важно учесть функциональные и институциональные изменения, определяющие применение технологий.

В рамках *третьего вида* исследований рассматривается определяющий потенциальные регуляторные стратегии вопрос о субъектности ИИ¹⁶, о взаимодействии человека и робототехники в процессе принятия решений¹⁷. В частности, речь идет об исследовании ИИ с позиций когнитивных наук, способности больших данных и ИИ влиять на решения человека в культурном, экономическом и политическом контексте¹⁸. Отдельный блок исследований, осуществляемых на стыке права и нейронауки¹⁹, направлен на выяснение возможностей ИИ и машинного обучения в юридической аргументации²⁰.

Несмотря на наличие регуляторных инициатив, методологическая неопределенность формирует запрос на проведение *междисциплинар-*

07.08.2018). Autonomous Vehicles – Self-Driving Vehicles Enacted Legislation // National Conference of State Legislatures. 2018. URL: <http://www.ncsl.org/research/transportation/autonomous-vehicles-self-driving-vehicles-enacted-legislation.aspx> (дата обращения: 07.08.2018).

¹³ См.: Miller R. M. Don't Let Your Robots Grow Up to Be Traders: Artificial Intelligence, Human Intelligence, and Asset-Market Bubbles // Journal of Economic Behavior and Organization, Forthcoming. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.415220> (дата обращения: 07.08.2018).

¹⁴ См.: Wall L. D. Some Financial Regulatory Implications of Artificial Intelligence // Federal Reserve Bank of Philadelphia. 2017.

¹⁵ См.: Möslein F. Robots in the Boardroom: Artificial Intelligence and Corporate Law (September 15, 2017). in: Woodrow Barfield and Ugo Pagallo (eds), Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence, Edward Elgar, (2017/18, Forthcoming). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3037403> (дата обращения: 07.08.2018).

¹⁶ О возможности приравнять правовой статус робота к правовому статусу человека (см.: Eidenmueller H. The Rise of Robots and the Law of Humans (March 26, 2017) // Oxford Legal Studies Research Paper. 2017. № 27. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2941001> (дата обращения: 07.08.2018).

¹⁷ См.: Solum L. B. Legal Personhood for Artificial Intelligences // North Carolina Law Review. Vol. 70. P. 1231, 1992. Illinois Public Law Research Paper № 09-13. URL: <https://ssrn.com/abstract=1108671> (дата обращения: 07.08.2018).

¹⁸ См.: Sunstein C. Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning (November 2001). University of Chicago Law School Roundtable, Vol. 8. 2001. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.289789> (дата обращения: 07.08.2018).

¹⁹ См.: Kolber A. Will There Be a Neurolaw Revolution? // Indiana Law Journal. 2014. Vol. 89. P. 807. URL: <https://ssrn.com/abstract=2398071> (дата обращения: 07.08.2018).

²⁰ См.: Feteris E. Harm, Law and Argumentation Theory: Theoretical Approaches to Legal Justification (June 21, 2013). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2283092> (дата обращения: 07.08.2018).

ных исследований, нацеленных на выявление оптимальных сценариев использования ИИ человеком.

Отраслевые исследования заострили внимание на правовых рисках, возникающих при использовании алгоритмов ИИ. В связи с этим далее в статье проводится краткий анализ отраслевых правовых последствий применения автоматизированных самообучающихся систем.

Отраслевые риски применения алгоритмов ИИ

Отраслевые правовые риски применения ИИ можно сгруппировать на два типа в зависимости от этапа жизненного цикла ИИ:

1. Этап обучения ИИ – правовые риски, возникающие в процессе сбора, хранения и анализа данных системами искусственного интеллекта. Например, проблемы защиты персональных данных, используемых при обучении программ ИИ (оценка рисков *ex ante*).

2. Этап эксплуатации ИИ – правовые риски, возникающие в процессе эксплуатации ИИ. Например, проблемы ответственности, возникающей в результате использования программ ИИ, вопрос принадлежности исключительных прав на результаты, созданные ИИ (оценка рисков *ex post*).

Данная классификация является допустимой, так как в настоящее время обучение и эксплуатация алгоритма ИИ происходят раздельно: сначала программа итеративно обучается на наборе данных (этап обучения), и лишь по завершению обучения разработчик программы запускает программу в эксплуатацию, например размещает программу в Play Market или App Store для скачивания пользователями (этап эксплуатации). Иными словами, алгоритмы самообучаются *до* момента эксплуатации, а *не во время* эксплуатации²¹. Приведенная классификация методологически важна, так как позволяет проиллюстрировать риски, возникающие как на этапе обучения, так и на этапе эксплуатации программы ИИ.

Правовые риски, возникающие на *этапе обучения* алгоритма ИИ, рассмотрим на примере защиты персональных данных, запрета дискриминации и права интеллектуальной собственности.

Защита персональных данных. Ключевым риском в области защиты персональных данных на этапе обучения алгоритма ИИ является возможность деанонимизации данных. Алгоритм ИИ обучается на больших массивах данных, которые могут включать деперсонифицированную информацию о людях (пол, возраст, заболевания, рабочий стаж и т. д.). Проблема состоит в том, что ИИ способен при совместном анализе двух и более анонимизированных баз деанонимизировать данные этих баз. Иными словами, алгоритм ИИ может при совместном анализе двух деанонимизированных баз установить конкретного человека (соотнести

²¹ Применяемые сегодня алгоритмы не обучаются в ходе эксплуатации: разработчик сначала в ходе разработки обучает алгоритм на данных, после чего обученная версия алгоритма используется без каких-либо изменений до тех пор, пока не будет заменена заранее обученной новой версией алгоритма.

данные баз и определить лицо, пол, возраст и заболевания которого попали в эти базы и были анонимными).

Питер Флейшер, консультант по защите персональных данных корпорации Alphabet Inc., отметил, что новой проблемой, связанной с развитием методов машинного обучения, является возможность машин находить способы деанонимизации данных²².

Так, обучение алгоритма ИИ на двух базах данных, содержащих анонимные данные о пациентах, может привести к тому, что алгоритм ИИ сможет установить конкретного пациента. Однако обработка персональных данных допускается только с соблюдением определенных условий (в частности, необходимость *получить согласие* лица на обработку персональных данных, а также *обязанность проинформировать* лицо об операторе, который будет обрабатывать персональные данные, и целях сбора данных²³). Таким образом, разработчик алгоритма ИИ потенциально может нарушить законодательство о персональных данных, если ИИ сможет деанонимизировать данные²⁴.

В качестве решения можно рекомендовать не использовать одновременно разнородные обучающие выборки, которые содержат анонимизированную информацию различного характера, а также проектировать алгоритмы ИИ таким образом, чтобы они не хранили длительное время собираемые данные, а накапливали только результаты их статистического анонимизированного анализа с целью минимизации юридических рисков, вызванных развитием цифровых технологий.

Запрет дискриминации. Другим риском, возникающим на этапе обучения ИИ, является проблема дискриминации: алгоритм ИИ в процессе обучения может обучиться дискриминировать, например по признакам пола, расы, национальности, вероисповедания²⁵. Данная проблема не эфемерна, а имеет многочисленные примеры на практике. Так, в американском суде при вынесении решений судьи использовали программу ИИ, которая оценивала вероятность рецидива. Было установлено, что данная программа дискриминировала людей с черным цветом кожи, оценивая вероятность рецидива таких людей в два раза выше, чем веро-

²² См.: Gardner S. Artificial Intelligence Poses Data Privacy Challenges // Bloomberg Law Privacy and Data Security. 2016. URL: <https://www.bna.com/artificial-intelligence-poses-n57982079158/> (дата обращения: 07.08.2018).

²³ Данные требования предусмотрены п. 1 ст. 5 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ (в ред. от 29.07.2017) «О персональных данных». Аналогичные требования содержатся, например, в Art. 6(1)(a) General Data Protection Regulation.

²⁴ Помимо случайной деанонимизации данных, также алгоритмы ИИ могут обучаться целенаправленной деанонимизации (см.: Ohm P. Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization // UCLA Law Review, Vol. 57, p. 1701, 2010).

²⁵ Пункт 2 ст. 19 Конституции РФ запрещает дискриминацию и гарантирует равенство прав и свобод независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения и т. п.

ятность рецидива заключенных с другим цветом кожи²⁶. Другими примерами могут быть алгоритмы ИИ, дискриминирующие людей по признакам пола и возраста, которые используются работодателями при приеме на работу, а банками при выдаче кредита²⁷.

Именно на этапе обучения алгоритма, а не эксплуатации возможно снизить риск дискриминации. В частности, разработчики из Google Brain Team предложили метод обучения алгоритма, основанный на запрете дискриминации внутри защищенных классов²⁸.

Право интеллектуальной собственности. Еще одной проблемой, возникающей на этапе обучения алгоритма, является вопрос о том, кто является правообладателем программы ИИ. Дело в том, что ИИ, как уже было отмечено выше, обучается на больших массивах данных. В ходе обучения происходит подстройка параметров алгоритма под обучающую выборку (т. е. под большой массив данных), и эти подобранные параметры и есть результат процесса обучения (ключевой компонент для успешной эксплуатации ИИ). Поэтому возникает вопрос, является ли созданный алгоритм ИИ производным произведением от базы данных, на которой он обучался. Ответ на данный вопрос не является очевидным. Если алгоритм ИИ считать производным произведением от базы данных, разработчику важно получать лицензию на базу данных, допускающую создание производных произведений.

На этапе эксплуатации правовые риски применения ИИ проявляются в иных аспектах. Рассмотрим данные риски на примере таких правовых институтов, как ответственность за деликты, картельные сговоры и право интеллектуальной собственности.

Ответственность за деликты. Причинение вреда жизни или здоровью в процессе эксплуатации систем ИИ не является редкостью. В настоящее время дискуссии об ответственности за деликты, основанные ранее на сугубо теоретических примерах, основываются на фактах. Так, в 2018 г. беспилотная машина Uber сбила пешехода, переходившего улицу по пешеходному переходу²⁹.

Широко обсуждаются как в доктрине, так и на уровне правительственных органов вопросы, кто является ответственным за причинение вреда жизни или здоровью при эксплуатации ИИ³⁰, в частности можно

²⁶ URL: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (дата обращения: 07.08.2018).

²⁷ URL: <https://www.theguardian.com/inequality/2017/aug/08/rise-of-the-racist-robots-how-ai-is-learning-all-our-worst-impulses> (дата обращения: 07.08.2018).

²⁸ См.: *Hardt M., Price E., Srebro N.* Equality of Opportunity in Supervised Learning // *Advances in Neural Information Processing Systems*. 2016. P. 3315–3323.

²⁹ Uber settles with family of woman killed by self-driving car. URL: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/29/uber-settles-with-family-of-woman-killed-by-self-driving-car> (дата обращения: 07.08.2018).

³⁰ European Commission. Workshop on liability in the area of autonomous systems and advanced robots and Internet of Things systems. 2017. URL: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/workshop-liability-area-autonomous-systems-and-advanced-robots-and-internet-things-systems> (дата обращения: 07.08.2018) ; Asaro

ли возложить ответственность на разработчика программы ИИ или производителя товара, работающего на основании ИИ? При каких условиях ответственность может быть возложена на пользователя системы ИИ?

Дискутируются вопросы, нужно ли установить исключения, когда разработчик отвечает за вред вне зависимости от вины? Не приведет ли такое объективное вменение и безусловное привлечение к ответственности разработчиков ИИ в случае программного сбоя к нейтрализации стимулирующих инвестиционных мер, принимаемых для поощрения разработок в сфере ИИ (например, налоговых льгот, субсидирования разработок в сфере ИИ)³¹.

Возникает также вопрос, требуется ли закрепить в законодательстве иммунитеты для пользователя программы, когда пользователь не отвечает за вред, причиненный вследствие того, что он полагался на действия программы ИИ (например, пользователь беспилотного автомобиля, полагающийся на действие автопилота, не должен нести ответственность за вред, причиненный беспилотным транспортным средством)? Таким образом, ключевым становится вопрос о том, насколько адекватно современная правовая система способна реагировать на правонарушения, являющиеся следствием эксплуатации систем ИИ.

В настоящее время универсального ответа на поставленные вопросы не существует. В деле причинения вреда беспилотной машиной Uber стороны заключили мировое соглашение. Однако очевидно, что развитие машинного обучения приоритизирует поиск ответов на данные вопросы.

Ответственность за картельные сговоры. Все чаще для достижения тайных антиконкурентных соглашений используются цифровые технологии. В частности, на более чем 2000 аукционах были выявлены аукционные роботы, ущерб от которых составил десятки миллиардов рублей³².

Действительно, программы часто используются для сговора на торгах: например, создаются аукционные роботы, которые запрограммированы на минимальное снижение от начальной цены контракта. Все чаще используются также ценовые роботы, которые мониторят цену товара у конкурентов и устанавливают аналогичную цену на свой товар³³. В част-

PM. Robots and responsibility from a legal perspective. Proceedings of the IEEE. 2007 Apr 14:20-4 ; *Murphy R., Woods D. D.* Beyond Asimov: the three laws of responsible robotics. IEEE Intelligent Systems. 2009 Jul;24(4) ; *Hallevey G.* The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities-From Science Fiction to Legal Social Control // Akron Intellectual Property Journal. 2010.

³¹ См.: *Petit N.* Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots – Conceptual Framework and Normative Implications (March 9, 2017). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931339> (дата обращения: 07.08.2018).

³² Андрей Цариковский: ФАС скорректирует свою нормативную базу и методы работы. URL: <http://emc.fas.gov.ru/press-tsentr/publikatsii/1857-andrej-tsarikovskij-fas-skorrektiruet-svoyu-normativnuyu-bazu-i-metody-raboty> (дата обращения: 07.08.2018).

³³ См.: *Артемов И. Ю.* Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Презентация. URL: <https://fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=51715> (дата обращения: 07.08.2018).

ности, ФАС РФ признала LG виновной в координации экономической деятельности реселлеров смартфонов LG, которая осуществлялась в том числе за счет использования ценового алгоритма³⁴.

Однако «цифровые картели» – это явление совершенно нового порядка³⁵. Ариэль Эзрачи, профессор Оксфорда и специалист в антимонопольном праве, отмечает, что цифровые картели – это картели, которые стали следствием использования программ, основанных на ИИ³⁶.

Ключевой особенностью ИИ является то, что ИИ действует самостоятельно по независимому от разработчика и пользователя сценарию. В аспекте цифровых картелей, основанных на использовании ИИ, это означает, что, так как результат программы ИИ независим от разработчиков и пользователей программы, заранее сложно предсказать, приведет ли использование такой программы к сговору или же будет способствовать эффективному ведению бизнеса в рамках закона.

Причем ключевой проблемой для антимонопольного права применительно к цифровым картелям является то, что цифровые картели открывают возможность сговора без участия человека, в автоматическом режиме. Например, два хозяйствующих субъекта начинают использовать основанную на ИИ программу с целью оптимизации ценообразования (например, с целью продавать машины по наиболее эффективной цене). Однако программа ИИ в качестве самой оптимальной стратегии выбирает стратегию поддержания цены на уровне цены конкурентов. Итогом является сговор в автоматическом режиме, произошедший без участия самих хозяйствующих субъектов.

Ключевой вопрос, связанный с цифровыми картелями, состоит в поиске ответа на вопрос, кто является субъектом ответственности за цифровые картели, т. е. за сговор в автоматическом режиме. Можно ли считать ответственными за сговор разработчиков программы или хозяйствующих субъектов, которые ее используют. Можно ли вообще говорить об ответственности данных лиц, так как разработчики и субъекты, использующие подобные программы, могут вовсе не иметь намерения вступить в сговор. Поэтому другим сложным вопросом является вопрос о доказывании намерения лиц вступить в сговор³⁷.

³⁴ URL: <https://fas.gov.ru/publications/14676> (дата обращения: 07.08.2018).

³⁵ Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures – Note by A. Ezrachi & M.E. Stucke. Roundtable on Algorithms and Collusion OECD 2017.

³⁶ См.: *Ezrachi A., Stucke M. Two Artificial Neural Networks Meet in an Online Hub and Change the Future (Of Competition, Market Dynamics and Society)* (July 1, 2017). Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2017.

³⁷ Антимонопольное регулирование в цифровую эпоху. Как защищать конкуренцию в условиях глобализации и четвертой промышленной революции / под общ. ред. А. Ю. Цариковского, А. Ю. Иванова, Е. А. Войниканис. М., 2018. С. 164. См. также *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*. OECD; *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures – Note by A. Ezrachi & M. E. Stucke. Roundtable on Algorithms and Collusion OECD 2017*; *Capobianco A., Gonzaga P. Algorithms and competition: Friends or foes?* (2017).

Универсального ответа на вопрос о том, кто является ответственным за цифровую картель, возникшую в автоматическом режиме без участия человека, в настоящее время не существует. Вместе с тем совершенно оправданным представляется мнение председателя австралийской антимонопольной комиссии Рода Симсона о том, что от ответственности нельзя уйти, заявив, что «это сделал не я, а мой робот»³⁸.

Цифровые картели, основанные на ИИ, пока еще во многом составляют удел будущего. Вместе с тем ценовые и аукционные роботы активно используются уже сейчас. В связи с этим представляется своевременным и важным разработанный ФАС России пятый антимонопольный пакет, вводящий в правовое поле понятие ценового алгоритма³⁹.

Право интеллектуальной собственности. Если в области антимонопольного права ИИ рассматривается как новый инструмент, который потенциально может способствовать сговору хозяйствующих субъектов и монополизации рынка, то в области права интеллектуальной собственности ИИ рассматривается как новый источник творчества, источник, способный продуцировать новые результаты.

В течение долгого времени программы были лишь инструментом, помогающим автору создать произведение. Однако с развитием машинного обучения ИИ научился продуцировать самые разнообразные результаты: изображения, видео, музыку, дизайн⁴⁰. Так как результат, полученный ИИ, может быть потенциально охраноспособным, в доктрине обсуждается вопрос о том, за кем следует признавать права на результаты, созданные ИИ без вмешательства человека⁴¹.

В качестве решений предложены следующие варианты:

1. Признать в качестве правообладателя:

- a) автора-разработчика или иного правообладателя программы;
- b) саму программу, основанную на ИИ;
- c) пользователя.

2. Считать результаты, созданные программой самостоятельно, без вмешательства человека, неохраноспособными.

Выбор той или иной модели регулирования прав на результаты, созданные ИИ, должен учитывать как юридико-технические, так и по-

³⁸ Rod Sims. The ACCC's approach to colluding robots. URL: <https://www.accc.gov.au/speech/the-accc%E2%80%99s-approach-to-colluding-robots> (дата обращения: 07.08.2018).

³⁹ См. законопроект «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и иные законодательные акты Российской Федерации». URL: <https://regulation.gov.ru/projects#npa=79428> (дата обращения: 07.08.2018).

⁴⁰ См.: Guadamuz A. Artificial intelligence and copyright // WIPO Magazine. № 5. 2017.

⁴¹ См., например: Shlomit Y., Liu X. When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions: The 3A Era and an Alternative Model for Patent Law (March 1, 2017) // Cardozo Law Review, Forthcoming. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2931828> (дата обращения: 07.08.2018) ; Kalin H. Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma (September 1, 2016) // IDEA: The IP Law Review, Vol. 57, № 3, 2017.

литико-экономические аспекты. В частности, проponentы признания исключительных прав за ИИ предлагают модернизировать ключевую дефиницию права интеллектуальной собственности, распространив понятие «автор» не только на людей, но и на машины⁴². Признание ИИ автором созданного им результата позволит наделить ИИ и исключительными правами на созданный результат.

Однако оппоненты подобного подхода считают, что включение машин в число авторов будет иметь негативный эффект, так как внесет еще больше неопределенности в процесс правоприменения и породит больше вопросов, чем ответов⁴³. Более того, даже если наделить машины правами на созданные ими объекты, совершенно не ясно, каким образом машины будут распоряжаться этими правами.

В доктрине ведутся дискуссии не только об изменении концепции авторского права под влиянием ИИ, но и патентного права⁴⁴. Высказываются мнения от умеренных (точечное реформирование патентного права)⁴⁵, до более радикальных, основанных на кардинальном реформировании системы патентного права или отказе от этой системы для изобретений, созданных ИИ⁴⁶.

Таким образом, способность алгоритма ИИ создавать результаты, которые не охватывались замыслом разработчика, ставит общеправовые и отраслевые вызовы. Данные вызовы были продемонстрированы на примере институтов публичного и частного права (таких как ответственность за цифровые картели, защита персональных данных, право интеллектуальной собственности и др.).

Рассмотренные риски применения «слабого» ИИ в настоящее время не ведут к революции в мире права⁴⁷. Однако это не значит, что «слабый» ИИ не требует вовсе никаких изменений правового ландшафта. Напротив, с нашей точки зрения, в настоящее время необходима филигранная, аккуратная настройка правовой системы. В частности, такую настройку демонстрирует ФАС России, разработавший пятый антимонопольный

⁴² См.: *Abbott R.* I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law // *Boston College Law Review*, Vol. 57, № 4, 2016 ; *Colin R. Davis.* An Evolutionary Step in Intellectual Property Rights – Artificial Intelligence and Intellectual Property // *Computer Law and Security Review*. 2011.

⁴³ См.: *Kalin H.* Artificial Intelligence and the Copyright Dilemma // *Op. cit.*

⁴⁴ См.: *Shlomit Y., Liu X.* When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions // *Op. cit.* ; *Abbott R.* I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law // *Op. cit.*

⁴⁵ См.: *Abramowicz M.* Orphan Business Models: Toward a New Form of Intellectual Property, 124 // *Harvard Law Review*. 2011.

⁴⁶ См.: *Shlomit Y., Liu X.* When Artificial Intelligence Systems Produce Inventions // *Op. cit.*

⁴⁷ Еще раз обратим внимание на то, что на данном этапе развития науки и техники существует лишь «слабый» ИИ (т. е. ИИ, который не обладает сознанием), сутью которого является обобщающая способность лежащего в их основе алгоритма, благодаря чему такой ИИ может создавать результаты, которые не охватывались замыслом разработчика.

пакет, учитывающий, в числе прочего, особенности влияния на конкуренцию ценовых роботов (программ, которые могут быть основаны на алгоритмах ИИ).

Быстрое развитие ИИ позволяет сделать вывод об отсутствии единых подходов к оценке рисков, связанных с использованием ИИ. Таким образом, авторы приходят к выводу о необходимости формирования междисциплинарного подхода к изучению экономических, правовых, политических и социальных аспектов применения ИИ.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Войниканис Е. А., доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Института права и развития «ВШЭ-Сколково»

E-mail: evoinikanis@hse.ru

Тел.: 8-495-772-95-90

Семенова Е. В., стажер-исследователь Института права и развития «ВШЭ-Сколково», аспирант Научно-методического центра кафедры ЮНЕСКО по авторскому праву и другим правам интеллектуальной собственности

E-mail: evsemenova@hse.ru

Тел.: 8-495-772-95-90

Тюляев Г. С., стажер-исследователь Института права и развития «ВШЭ-Сколково», аспирант кафедры теории и истории права

E-mail: gtulyaev@hse.ru

Тел.: 8-495-772-95-90

National Research University Higher School of Economics

Voinikanis E. A., Doctor of Legal Sciences, Leading Research Fellow at HSE – Skolkovo Institute for Law and Development

E-mail: evoinikanis@hse.ru

Tel.: 8-495-772-95-90

Semenova E. V., Research Assistant at HSE – Skolkovo Institute for Law and Development, Post-graduate Student at Scientific and Methodological Center «UNESCO Chair on Copyright and other Intellectual Property Rights»

E-mail: evsemenova@hse.ru

Tel.: 8-495-772-95-90

Tulyaev G. S., Research Assistant at HSE – Skolkovo Institute for Law and Development, Post-graduate Student at HSE of epy Theory and History of Law Department

E-mail: gtulyaev@hse.ru

Tel.: 8-495-772-95-90

ЗАПРЕЩЕНИЕ ДАРЕНИЯ В ОТНОШЕНИИ ОТДЕЛЬНЫХ КАТЕГОРИЙ ЛИЦ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ

И. М. Конобеевская

*Саратовский национальный исследовательский государственный
университет имени Н. Г. Чернышевского*

Поступила в редакцию 16 июля 2018 г.

Аннотация: рассматриваются положения действующего гражданского законодательства о запрещении дарения отдельным категориям лиц. Отмечается целый ряд проблем, связанных с реализацией указанного запрещения, а также противоречие ст. 575 ГК РФ некоторым другим нормативным актам. В связи с этим предлагается изложить ст. 575 ГК РФ в новой редакции.

Ключевые слова: договор, дарение, запрещение, коррупция, педагогические работники, государственные и муниципальные служащие.

Abstract: the article examines the provisions of the current civil legislation on the prohibition of donating to certain categories of persons. The author notes a number of problems connected with the implementation of this prohibition, as well as the contradiction of Art. 575 of the Civil Code of the Russian Federation to some other normative acts. In this regard, she is invited to state Art. 575 of the Civil Code of the Russian Federation in a new version.

Key words: contract, donation, prohibition, corruption, pedagogical workers, state and municipal employees.

Отечественное гражданское право как частноправовая отрасль основывается преимущественно на диспозитивном регулировании. Как отмечает Е. А. Суханов, «для метода гражданского права, учитывая особенности регулируемых им отношений, характерны дозволение и правонаделение, т. е. предоставление субъектам возможностей совершения инициативных юридических действий – самостоятельного использования различных правовых средств для удовлетворения своих потребностей и интересов»¹. Такие методы правового регулирования, как предписание и запрет, традиционно используемые в первую очередь в публичных отраслях права (конституционном, административном, уголовном и др.) для гражданского права в принципе не характерны. Однако в ряде случаев у законодателя все же возникает необходимость их использования, как правило, обусловленная потребностями защиты частных либо публичных интересов.

Одним из таких случаев является установленное ст. 575 ГК РФ запрещение дарения, носящее императивный характер. В соответствии с

¹ Российское гражданское право : учебник : в 2 т. / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М., 2011. Т. 1 : Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. С. 34.

п. 1 ст. 575 не допускается дарение, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает трех тысяч рублей:

1) от имени малолетних и граждан, признанных недееспособными, их законными представителями;

2) работникам образовательных организаций, медицинских организаций, организаций, оказывающих социальные услуги, и аналогичных организаций, в том числе организаций для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, гражданами, находящимися в них на лечении, содержании или воспитании, супругами и родственниками этих граждан;

3) лицам, замещающим государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, муниципальные должности, государственным служащим, муниципальным служащим, служащим Банка России в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей;

4) в отношениях между коммерческими организациями.

Таким образом, в данной статье запрещение дарения сформулировано исключительно по субъектному составу:

1) по дарителю (подп. 1);

2) по одаряемому (подп. 3);

3) по дарителю и одаряемому (подп. 2 и 4).

Соответственно, мы имеем дело с достаточно редким для гражданского права случаем введения в законодательство так называемых специальных субъектов. Поскольку гражданско-правовые нормы в силу принципа равенства адресованы по общему правилу всем субъектам гражданского права, выделение норм, адресованных только каким-то конкретным из них, для гражданско-правового регулирования нехарактерно.

Однако ст. 575 в исключение из общего правила содержит требования императивного характера, направленные только на поименованных в ней субъектов гражданских правоотношений. Такое регулирование направлено на достижение определенных целей, которые могут быть подразделены на частноправовые и публично-правовые.

Запрет на заключение договора от имени малолетних и граждан, признанных недееспособными, их законными представителями преследует в первую очередь частноправовую цель защиты интересов этих граждан. Иная ситуация с запретами на вступление в отношения дарения субъектами, указанными в подп. 2–4 п. 1 ст. 575 ГК РФ. Цель их введения в законодательство отнюдь не защита интересов самих этих субъектов, а обеспечение интереса публичного, достижение так называемого «общественного блага»².

Применительно к запрещению дарения между коммерческими организациями в качестве основной цели такого запрета в юридической литературе обычно называют противоречие дарения сути взаимоотноше-

² См.: Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй : в 3 т. / под ред. П. В. Крашенинникова. М., 2011. Т. 1.

ний между субъектами предпринимательской деятельности³. Не отрицая этого, вместе с тем, отметим, что, на наш взгляд, рассматриваемый запрет преследует и более практические цели. В частности, заключение договора дарения в предпринимательской деятельности вместо договоров купли-продажи, может использоваться в некоторых случаях для ухода от налогообложения, вывода имущества из организации и т. п. В связи с этим, как представляется, запрещение дарения между коммерческими организациями преследует в первую очередь публичные, общественно значимые цели.

То же можно сказать и о запрещении дарения определенным категориям лиц, указанным в подп. 2 и 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ. Данный запрет направлен на недопущение использования указанными лицами своего должностного положения в личных целях путем получения подарков за выполнение своих должностных обязанностей. Иными словами, в данном случае речь идет о противодействии коррупции.

Надо сказать, что именно применительно к запрещению дарения этим категориям лиц в теории и на практике возникает наибольшее число вопросов, поэтому обратимся к их изучению более подробно. В подп. 2 и 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ речь идет о следующих лицах:

- 1) работники образовательных, медицинских организаций и организаций, оказывающих социальные услуги;
- 2) государственные и муниципальные служащие, а также иные лица, выполняющие публичные функции.

При наличии достаточно серьезных различий в правовом положении между этими группами лиц есть и существенное сходство: они все, во-первых, выполняют общественно значимые функции; во-вторых, наделены определенным административным (либо иным) ресурсом; в-третьих, как правило, в своей деятельности непосредственно взаимодействуют с гражданами и организациями. Как известно, именно наличие этих признаков выделяется специалистами в качестве важнейших условий для проявления коррупции⁴.

В то же время в отличие, например, от антикоррупционного законодательства, диспозиция подп. 2 и 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ охватывает не все категории лиц, потенциально обладающих должностными возможностями коррупционного поведения. К примеру, подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ запрещает дарение в связи с должностным положением или в связи с исполнением служебных обязанностей служащим Банка России. Это вполне логично, так как, хотя служащие Банка России формально не являются государственными служащими, фактически они выполняют те же публично значимые функции и в целом по своему правовому положению к государственным служащим достаточно близки (глава XIV

³ См., например: Договорное и обязательственное право (общая часть) поста-тейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2017.

⁴ См.: Противодействие коррупции : конституционно-правовые подходы / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2016. С. 154.

Федерального закона от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ (в ред. от 23.04.2018) «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». Однако, например, на служащих Пенсионного фонда Российской Федерации рассматриваемое запрещение не распространяется, хотя Пенсионный фонд, так же как и Банк России, выполняет публичные функции и наделен определенными властными полномочиями, в связи с чем статус его работников также приближен к статусу государственных служащих. Вполне логично, что, например, ст. 8 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ (в ред. от 28.12.2017) «О противодействии коррупции» относит некоторые должности в Пенсионном фонде Российской Федерации к потенциально коррупционно опасным должностям (ст. 8).

На наш взгляд, было бы логично привести ст. 575 ГК РФ в соответствие с Федеральным законом «О противодействии коррупции», определив, что запрет получения подарков в связи с должностным положением или в связи с исполнением служебных обязанностей распространяется также на работников государственных корпораций, публично-правовых компаний, Пенсионного фонда РФ, Фонда социального страхования РФ, Федерального фонда обязательного медицинского страхования, иных организаций, создаваемых Российской Федерацией на основании федеральных законов; организаций, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами.

В то же время необходимо подчеркнуть, что Федеральный закон «О противодействии коррупции» закрепляет определенные антикоррупционные обязанности (конкретно в нем речь идет об обязанности представлять сведения о доходах, расходах, имуществе и обязательствах имущественного характера) не в отношении всех без исключения работников указанных организаций, а лишь в отношении тех из них, которые замещают должности, включенные в специальные перечни. Такой подход обусловлен тем фактом, что не все должности в организациях, выполняющих публичные функции, обладают равной коррупционной опасностью.

В научной литературе в связи с этим обоснованно вводится понятие «коррупциогенность должности», под которой предлагается понимать наличие в полномочиях, предоставленных лицу, занимающему данную должность, потенциальных возможностей для коррупционного поведения, выражающегося в принятии этим лицом не предусмотренных законом материальных и иных благ и преимуществ путем использования своего должностного положения⁵. Делается это применительно к должностям государственной службы, однако представляется, что подобный подход вполне может быть распространен и на оценку коррупциогенности должностей в иных организациях.

В связи с этим особые вопросы вызывает подп. 2 п. 1 ст. 575 ГК РФ, который устанавливает запрещение дарения работникам образовательных организаций, медицинских организаций, организаций, оказывающих

⁵ См.: *Корякин В. М.* Коррупция в Вооруженных силах : теория и практика противодействия. М., 2009. С. 100.

социальные услуги, и аналогичных организаций, в том числе организаций для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, гражданами, находящимися в них на лечении, содержании или воспитании, супругами и родственниками этих граждан. Обратившись, к примеру к законодательству об образовании, видим, что образовательная организация – это некоммерческая организация, осуществляющая на основании лицензии образовательную деятельность в качестве основного вида деятельности в соответствии с целями, ради достижения которых такая организация создана (п. 18 ст. 2 Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 273-ФЗ (в ред. от 27.06.2018) «Об образовании в Российской Федерации»). При этом ч. 1 ст. 52 этого закона устанавливает, что в образовательных организациях наряду с должностями педагогических работников, научных работников предусматриваются должности инженерно-технических, административно-хозяйственных, производственных, учебно-вспомогательных, медицинских и иных работников, осуществляющих вспомогательные функции.

Однако подп. 2 п. 1 ст. 575 ГК РФ никаких уточнений не делает и, соответственно, распространяется на всех работников образовательных организаций. То есть по буквальному толкованию этой нормы подарки (кроме обычных) не могут получать водитель образовательной организации, уборщица, гардеробщица и т. п. (ведь у них на содержании и воспитании тоже могут находиться какие-то лица). Однако какова целесообразность распространения рассматриваемого запрета на указанных лиц, не только не обладающих никакими властными полномочиями и не выполняющих социально значимые функции, но и не осуществляющих в принципе педагогическую деятельность? На наш взгляд, более правильным было бы сформулировать запрет, содержащийся в подп. 2 п. 1 ст. 575 ГК РФ, не по субъектно-объектному критерию (работники организаций), а только по субъектному (педагогические работники). Действительно, в соответствии с п. 21 Федерального закона от «Об образовании в Российской Федерации» педагогический работник – физическое лицо, которое состоит в трудовых, служебных отношениях с организацией, осуществляющей образовательную деятельность, и выполняет обязанности по обучению, воспитанию обучающихся и (или) организации образовательной деятельности. Именно указанные в данном определении функции – обучение, воспитание обучающихся и (или) организация образовательной деятельности – обуславливают необходимость запрещения дарения указанным категориям лиц.

Аналогичный подход, как представляется, должен быть использован и в отношении работников медицинских организаций, организаций, оказывающих социальные услуги, и аналогичных организаций – запрещение дарения должно распространяться только на тех из них, которые выполняют собственно медицинские, социальные и иные подобные функции.

Что же касается работников Пенсионного фонда РФ, иных государственных социальных фондов, государственных корпораций и т. п., то

здесь, по-видимому, целесообразно опираться на перечни коррупционно-опасных должностей, которые уже утверждены в указанных организациях во исполнение требований Федерального закона «О противодействии коррупции».

Следующий вопрос, который возникает применительно к запрещению дарения лицам, указанным в подп. 2 и 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, это вопрос о различии подходов законодателя к допустимым подаркам. Запрещая дарение лицам, указанным в подп. 3 ч. 1 ст. 575 ГК РФ, законодатель, вместе с тем, в п. 2 той же статьи указывает, что запрет на дарение лицам, замещающим государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, муниципальные должности, государственным служащим, муниципальным служащим, служащим Банка России не распространяется на случаи дарения в связи с протокольными мероприятиями, служебными командировками и другими официальными мероприятиями. Подарки, которые получены лицами, замещающими государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, муниципальные должности, государственным служащими, муниципальными служащими, служащими Банка России и стоимость которых превышает три тысячи рублей, признаются соответственно федеральной собственностью, собственностью субъекта Российской Федерации или муниципальной собственностью и передаются служащим по акту в орган, в котором указанное лицо замещает должность.

Другими словами, лица, указанные в подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, получать подарки, стоимость которых превышает три тысячи рублей, все же могут, однако в таком случае подарки должны быть переданы в собственность Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования.

В отношении же врачей, учителей, социальных работников такого исключения не предусмотрено. Но, в их деятельности присутствуют также официальные мероприятия, которые могут быть связаны с получением каких-либо подарков, например день медика, выпускной к окончанию школы и т. п. Как справедливо отмечают С. А. Киракосян и А. В. Власова, «дарение выступает прежде всего как знак благодарности, который стал своеобразной традицией в обществе, и нельзя трактовать такой знак и добрый жест как злоупотребление правом, как преступление. Например, подарки по случаю окончания университета, подарки ко дню учителя или медика, корпоративные подарки между юридическими лицами»⁶.

Конечно, и в случае распространения на указанных лиц разрешения получения подарков в связи с официальными мероприятиями, они смогут сохранять за собой указанные подарки только, если их стоимость не превышает трех тысяч рублей. Однако и это будет достаточно позитивным моментом, хотя бы потому, что в момент получения подарка на офи-

⁶ Киракосян С. А., Власова А. В. Запрет дарения и его пределы в российском гражданском праве // Юридический мир. 2016. № 7. С. 35.

циальном мероприятии оценить его стоимость далеко не всегда представляется возможным (в отношении лиц, указанных в подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, предусматривается специальная процедура оценки)⁷.

Еще один вопрос, который возникает при сопоставлении подп. 2 и 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, это вопрос об обусловленности запрещения дарения лицам, указанным подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, дарением в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей. В отношении работников образовательных организаций, медицинских организаций, организаций, оказывающих социальные услуги, и аналогичных организаций такое уточнение отсутствует. Получается, что врач или учитель (преподаватель) не может получить подарок стоимостью свыше трех тысяч рублей, к примеру, даже от близких и знакомых (если они одновременно связаны с ним профессиональными отношениями) на день рождения, а вот государственный служащий может получать подарки от кого угодно, лишь бы при этом не прослеживалась связь с исполнением им служебных обязанностей.

Между тем проблема определения того факта, что должностное лицо получило подарок именно в связи с должностным положением или в связи с исполнением служебных (должностных) обязанностей является, применительно к рассматриваемому запрету, пожалуй, самой острой. Именно она приводит к тому, что в реальной практике наказать чиновника за принятие такого подарка (в случае если отсутствует либо не доказан состав преступления, предусмотренный ст. 290 УК «Получение взятки») практически невозможно, ибо дарители, как правило, не делают на таких подарках надписи типа «в связи с Вашим должностным положением» и одаряемый всегда может заявить, что получил этот подарок в силу давних и бескорыстных дружеских отношений с первыми⁸.

К сожалению, не решило эту проблему и типовое положение о сообщении отдельными категориями лиц о получении подарка в связи с протокольными мероприятиями, служебными командировками и другими официальными мероприятиями, участие в которых связано с исполнением ими служебных (должностных) обязанностей, сдаче и оценке подарка, реализации (выкупе) и зачислении средств, вырученных от его реализации (утв. постановлением Правительства РФ от 9 января 2014 г. № 10 (в ред. от 12.10.2015)). В первоначальной редакции в нем была сделана попытка определить, что такое «получение подарка в связи с должностным положением или в связи с исполнением служебных (должностных)

⁷ О порядке сообщения отдельными категориями лиц о получении подарка в связи с протокольными мероприятиями, служебными командировками и другими официальными мероприятиями, участие в которых связано с исполнением ими служебных (должностных) обязанностей, сдачи и оценки подарка, реализации (выкупа) и зачисления средств, вырученных от его реализации : постановление Правительства РФ от 9 января 2014 г. № 10 (в ред. от 12.10.2015). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Чаннов С. Е. Запрет дарения отдельным категориям лиц // Справочник кадровика. 2014. № 4. С. 58.

обязанностей». Сделано это было путем указания на то, что это получение лицом, замещающим государственную (муниципальную) должность, служащим, работником лично или через посредника от физических (юридических) лиц подарка в рамках осуществления деятельности, предусмотренной должностным регламентом (должностной инструкцией), а также в связи с исполнением служебных (должностных) обязанностей в случаях, установленных федеральными законами и иными нормативными актами, определяющими особенности правового положения и специфику профессиональной служебной и трудовой деятельности указанных лиц. Как видно, данное определение ничего не определяло, так как увязывало получение подарка в связи с должностным положением или в связи с исполнением служебных (должностных) обязанностей с получением подарка в связи с осуществлением служебной деятельности, что, по сути, одно и то же. В результате в редакции от 12.10.2015 № 1089 от него вообще отказались.

По нашему мнению, законодателю следует в принципе отказаться от увязывания запрещения получения подарков лицами, указанными в подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, с их должностным положением и (или) служебными обязанностями, поскольку в таком виде рассматриваемый запрет на практике не работает. Цели противодействия коррупции будет, на наш взгляд, способствовать установление запрета на получение подарков лицами, указанными в подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, от всех других лиц, кроме их близких родственников, безотносительно основаниям дарения. Вместе с тем, с нашей точки зрения, в таком жестком варианте рассматриваемый запрет должен распространяться не на всех государственных и муниципальных служащих, лиц, замещающих публичные должности, а только на замещающих должности, относящиеся к коррупционно опасным и входящим в настоящее время в соответствующие перечни.

Надо сказать, что запрещение дарения в отношении определенных категорий лиц, установлено в настоящее время не только ГК РФ, но и некоторыми другими законодательными актами. При этом в ряде случаев указанные документы этот запрет расширяют либо ужесточают. Так, ч. 1 ст. 74 Федерального закона от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 07.03.2018) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» устанавливает, что медицинские работники и руководители медицинских организаций не вправе принимать от организаций, занимающихся разработкой, производством и (или) реализацией лекарственных препаратов, медицинских изделий, организаций, обладающих правами на использование торгового наименования лекарственного препарата, организаций оптовой торговли лекарственными средствами, аптечных организаций (их представителей, иных физических и юридических лиц, осуществляющих свою деятельность от имени этих организаций) подарки, денежные средства (за исключением вознаграждений по договорам при проведении клинических исследований лекарственных препаратов, клинических испытаний медицинских изделий, вознаграждений, связанных с осуществлением медицинским работником педагогической

и (или) научной деятельности), в том числе на оплату развлечений, отдыха, проезда к месту отдыха, а также участвовать в развлекательных мероприятиях, проводимых за счет средств компаний, представителей компаний. Таким образом, если в соответствии с подп. 2 ч. 1 ст. 575 ГК РФ работники медицинских организаций не могут получать от граждан, находящихся в них на лечении, содержании или воспитании, супругов и родственников этих граждан подарки стоимостью более трех тысяч рублей, то от фармацевтических организаций – вообще никакие.

Что же касается лиц, указанных в подп. 3 п. 1 ст. 575 ГК РФ, то целый ряд законодательных актов запрещает получение ими подарков в связи с выполнением служебных (должностных) обязанностей независимо от стоимости этих подарков (п. 7 ч. 3 ст. 12.1 Федерального закона «О противодействии коррупции»; п. 6 ч. 1 ст. 17 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации»; п. 5 ч. 1 ст. 14 Федерального закона «О муниципальной службе в Российской Федерации» и др.). Эти и другие законодательные акты разрешают государственным, муниципальным служащим и иным лицам получать подарки и оставлять их себе только в связи с официальными мероприятиями, и если их стоимость не превышает трех тысяч рублей.

Таким образом, получается, что, например, государственный гражданский служащий, которому был предложен подарок стоимостью до трех тысяч рублей в связи с исполнением служебных обязанностей, но не на официальном мероприятии, может принять его в соответствии со ст. 575 ГК РФ, но не имеет право это сделать в соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 17 Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации». Налицо правовая коллизия.

Разрешить ее предлагали некоторые региональные законодатели. Так, в 2008 г. Законодательное собрание Санкт-Петербурга воспользовалось своим правом законодательной инициативы и внесло в Государственную Думу законопроект об изменениях ст. 575 ГК РФ. Данный проект предусматривал изложение п. 2 ст. 575 ГК РФ в следующей редакции: «Запрещается дарение государственным служащим и служащим органов муниципальных образований в связи с их должностным положением или в связи с исполнением ими служебных обязанностей»⁹, однако был снят с рассмотрения, поскольку не соответствовал действовавшему в то время законодательству.

Представляется, что подобные изменения в ст. 575 ГК РФ действительно необходимы. Конечно, обычные подарки, стоимость которых не превышает трех тысяч рублей, по отдельности не влекут особой угрозы надлежащему функционированию публичной власти. Однако, как справедливо отмечают некоторые специалисты, здесь возникает другая угроза. «В настоящее время законом не ограничено количество подар-

⁹ О внесении изменения в статью 575 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации : проект федерального закона № 84131-5 (ред., внесенная в ГД ФС РФ, текст по состоянию на 14.07.2008).

ков, которые можно преподнести одаряемому. Получается, что даритель имеет возможность подарить несколько подарков, стоимость каждого из которых будет менее 3000 рублей, а в совокупности превышать установленную предельную стоимость подарков»¹⁰.

Для исключения подобных ситуаций, а также решения ряда иных проблем, обозначенных в статье, предлагаем изменить действующую редакцию ст. 575 ГК РФ, изложив ее в следующей редакции:

«1. Не допускается дарение, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает трех тысяч рублей:

1) от имени малолетних и граждан, признанных недееспособными, их законными представителями;

2) в отношениях между коммерческими организациями.

2. Не допускается дарение:

1) педагогическим, медицинским и социальным работникам гражданами, находящимися в них на лечении, содержании или воспитании, супругами и родственниками этих граждан;

2) лицам, замещающим государственные должности Российской Федерации, государственные должности субъектов Российской Федерации, муниципальные должности;

3) лицам, замещающим должности государственной службы, муниципальной службы, включенные в перечни, установленные нормативными правовыми актами Российской Федерации;

4) лицам, замещающим должности в Банке России, государственных корпорациях, публично-правовых компаниях, Пенсионном фонде Российской Федерации, Фонде социального страхования Российской Федерации, Федеральном фонде обязательного медицинского страхования, иных организациях, создаваемых Российской Федерацией и включенных в перечни, установленные нормативными правовыми актами Российской Федерации;

5) лицам, замещающим отдельные должности, включенные в перечни, установленные федеральными государственными органами, на основании трудового договора в организациях, создаваемых для выполнения задач, поставленных перед федеральными государственными органами;

6) лицам, замещающим должности руководителей государственных (муниципальных) учреждений.

3. Запрет на дарение лицам, указанным в п. 2 настоящей статьи, не распространяется на случаи дарения в связи с протокольными мероприятиями, служебными командировками и другими официальными мероприятиями. Подарки, которые получены лицами, замещающими должности, указанные в п. 2 настоящей статьи, и стоимость которых превышает три тысячи рублей, признаются соответственно федеральной собственностью, собственностью субъекта Российской Федерации или муниципальной собственностью и передаются служащим по акту в орган, в котором указанное лицо замещает должность.

¹⁰ Киракосян С. А., Власова А. В. Указ. соч. С. 37.

4. Запрет на дарение лицам, указанным в п. 2 настоящей статьи, не распространяется на случаи дарения от лиц, связанных с ними отношениями близкого родства или свойства (родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители, дети супругов и супруги детей)»).

Указанные изменения позволят в большей степени, чем существующее правовое регулирование, достигнуть целей запрещения дарения.

Саратовский национальный исследовательский государственный университет имени Н. Г. Чернышевского

Конобеевская И. М., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса

E-mail: ikonobeevskaya@yandex.ru

Тел.: 8-961-649-30-31

Saratov National Research State University named after N. G. Chernyshevsky

Konobeevskaya I. M., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law and Process Department

E-mail: ikonobeevskaya@yandex.ru

Tel.: 8-961-649-30-31

УСЛОВИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПОЛНОМОЧИЙ ИЗ ОБСТАНОВКИ

Р. Н. Адельшин, М. С. Губарева

Российский государственный университет правосудия (г. Москва)

Поступила в редакцию 20 июля 2018 г.

Аннотация: возникновение полномочий в силу обстановки часто вызывает споры, так как в Гражданском кодексе РФ не названы условия, когда полномочия из обстановки считаются возникшими. Предпринята попытка сформулировать условия, одновременное соблюдение которых будет указывать на действительность полномочий, возникших из обстановки.

Ключевые слова: представительство, полномочия из обстановки, поведение сторон, видимость полномочий, действительность полномочий.

Abstract: arising powers from the setting is disputable as there is no conditions in the Civil Code of Russian Federation, when powers from the setting shall be deemed arisen. In the present article the author attempt to define conditions, the simultaneous implementation of which will indicate on the validity of the powers arising from the setting.

Key words: representation, powers from the setting, behavior of the parties, the visibility of the powers, the validity of the powers.

Представительство является средством, позволяющим одному лицу (представляемому) без личного присутствия приобретать права и исполнять обязанности через другое лицо (представителя). По общему правилу оно оформляется письменным уполномочием – доверенностью, которое может быть предъявлено иным лицам.

Однако в некоторых случаях допускается наличие отношений представительства в отсутствие их письменного оформления. При этом важно, чтобы одновременно соблюдалась цель – защита прав и интересов добросовестных третьих лиц, а обстановка свидетельствовала о добросовестных действиях представителя перед третьими лицами.

Наличие полномочий из обстановки допустимо не во всех случаях. Важно учесть то обстоятельство, что представитель действительно уполномочен на совершение действий, но не имеет доверенности. Иначе любое лицо (в том числе недобросовестное) сможет заключать сделки от имени представляемого, находясь в соответствующей обстановке, но без волеизъявления представляемого; такие сделки могут признаваться заключенными уполномоченным лицом и будут иметь юридические последствия для представляемого.

Возникает вопрос: соблюдение каких условий необходимо для того, чтобы полномочия из обстановки считались возникшими?

В литературе указывается на ряд условий, одновременное соблюдение которых свидетельствует о действительности полномочий из обстановки.

Так, по мнению А. В. Егорова и Е. А. Папченковой, такими условиями являются¹:

- 1) поведение представляемого;
- 2) поведение представителя;
- 3) добросовестные ожидания третьего лица.

Условие о поведении представляемого рассматривается с двух позиций: 1) представитель в обязательном порядке должен быть допущен представляемым к осуществлению действий в обстановке, создающей у третьих лиц уверенность в их полномочиях; 2) сознательный допуск представителя не является неотъемлемой предпосылкой их полномочий. Главное – это нахождение представителя в соответствующей обстановке, а не то, как они в ней оказались.

Условие о поведении представителя связано с возможностью добросовестных третьих лиц сделать заключение о наличии полномочий у такого представителя. Достаточно того, чтобы из общего поведения лица любой разумно рассуждающий контрагент мог бы заключить, что перед ним выступает именно представитель, заключающий сделку не от своего, а от чужого имени.

Условие о добросовестных ожиданиях третьих лиц сводится к тому, что если третье лицо при всех исходных предпосылках «видимого» полномочия объективно не могло добросовестно полагаться на наличие у представителя таких полномочий, то полномочия не возникнут.

Другой специалист в области представительства – Ю. В. Байгушева – предлагает несколько иные условия (или, как она указывает, предпосылки) возникновения полномочий из обстановки, а именно²:

- а) видимость существования полномочия;
- б) поведение мнимого представляемого;
- в) добросовестность контрагента мнимого представителя.

Условие о видимости существования полномочия носит объективный характер и наличествует тогда, когда на месте контрагента мнимого представителя любой участник оборота заключил бы, что сделка совершается в осуществление полномочия. В частности, мнимый представитель создает видимость существования выраженного в доверенности полномочия, если он предъявляет ее контрагенту, хотя мнимый представляемый уже отменил полномочие.

Поведение мнимого представляемого должно способствовать созданию видимости существования полномочия. Такое поведение может выражаться в положительном действии (например, ошибочном уведом-

¹ См.: Егоров А. В., Папченкова Е. А., Ширвиндт А. М. Представительство : исследование судебной практики. М., 2016. С. 62–64.

² См.: Байгушева Ю. В. Полномочие на основании видимости права и ст. 183 ГК РФ // Вестник ВАС РФ. 2014. № 4. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

лении контрагента мнимого представителя о выдаче полномочия) или невоспрепятствовании совершению представительской сделки, о которой мнимый представляемый знает или должен знать (например, молчаливом присутствии при заключении договора мнимым представителем или неизвещении возможных контрагентов представителя об отмене ранее выданного ему полномочия).

Добросовестность контрагента мнимого представителя заключается в предположении о том, что контрагент представителя не знает и не должен знать об отсутствии у него полномочия. Так, в случае предъявления представителем доверенности, выданной представляемым, который впоследствии отменил полномочие, контрагент является добросовестным, если к нему не могла поступить информация о прекращении полномочия вследствие его отмены.

В целом и первая, и вторая классификации ставят возникновение полномочий в зависимость от поведения сторон представительства и дополняются предположениями третьих лиц. Такое понимание, на наш взгляд, представляется узким. Классификации не содержат понимания того, где проявляется видимость самого полномочия. Конечно, поведение сторон и ожидания третьих лиц – это важные составляющие. Но только лишь поведения сторон и предположений третьих лиц недостаточно. Любому участнику оборота должно быть понятно, что полномочия действительно возникли в той или иной обстановке.

На необходимость наличия определенной обстановки как одного из условий возникновения полномочий указывал А. Г. Карапетов. Право не может защищать разумное и добросовестное третье лицо, полагавшееся на видимость полномочий, за счет ни в чем не повинного принципала³. Например, завтра к гражданину А приходит некий представитель некой страховой компании, предъявляет визитку, демонстрирует полис и правила страхования, предлагает их подписать и внести страховую премию, выдав квитанцию. Казалось бы, ничего не мешает гражданину А как потребителю считать его уполномоченным представителем страховой компании. Но потом может выясниться, что это был не «представитель» страховой компании, а мошенник, который присвоил деньги себе. Вряд ли в такой ситуации получится предъявить страховой компании подписанный страховой договор и потребовать уплаты страхового возмещения при наступлении страхового случая. Ведь в данном случае она никак не может отвечать за возникновение у гражданина А видимости полномочий этого мошенника.

Условие об обстановке представляется действительно важным. При этом в законодательстве не содержится понимания того, каким критериям должна соответствовать обстановка, в которой возникают полномочия в соответствии с абзацем 2 п. 1 ст. 182 Гражданского кодекса РФ. Как сле-

³ См.: Карапетов А. Г. Критерии применения доктрины полномочий в силу обстановки : пытаемся разобраться. URL: https://zakon.ru/blog/2012/11/28/kriterii_primeneniya_doktriny_polnomochij_v_silu_obstanovki_pytaemysya_razobratsya

дует из указанной нормы, полномочия могут возникать из обстановки, в которой действует представитель. И далее, в качестве примера указывается на продавца в розничной торговле, кассира и т. п.

В научных исследованиях формулировку указанной нормы связывают с тем, что она в неизменном виде была перенесена из Гражданского кодекса РСФСР 1964 г. Поэтому неудивительно, что в доктрине указанная статья часто толкуется так же, как и раньше, а именно в качестве правила, которое рассчитано главным образом на работников организаций, полномочия которых явствуют из самой обстановки, в которой они действуют⁴.

Заслуживает также внимания точка зрения о том, что обстановка не может быть основанием возникновения тех или иных правоотношений. Но здесь необходимо оговориться, что речь идет о представительстве от имени юридического лица. Как отмечают Н. Выговская, И. Булгаков, обстановка сама по себе не может выступать в качестве юридического факта, а следовательно, являться основанием возникновения, изменения или прекращения правоотношения. Обстановку в смысле ст. 182 Гражданского кодекса РФ следует скорее понимать как исключение из правила о письменной форме доверенности. Она может так же трактоваться, как совокупность событий или действий, в том числе конклюдентных (юридических фактов), которые позволяют говорить о возникновении отношений представительства⁵.

Несмотря на различные подходы, большинство специалистов дают расширительное толкование обстановке, в которой действует представитель, в том числе и от имени юридического лица. Так, М. И. Брагинский указывает на то, что поскольку назначение представителем связано с осуществлением представляемым сделки, к выдаче доверенности применяются, среди прочего, и правила о выражении воли путем совершения конклюдентных действий. Имеется в виду возможность судить о полномочиях лица исходя из окружающей обстановки, в которой он действует. В качестве примера в Кодексе приводятся продавец и кассир (п. 1 ст. 182 Гражданского кодекса РФ)⁶.

Позиция о необходимости расширительного толкования обстановки, из которой возникают полномочия, поддерживается и в практике применения. Суды уделяют значительное внимание тем признакам, которым должна соответствовать обстановка, чтобы возникновение полномочий считалось законным.

⁴ См.: *Сергеев А. П., Терещенко Т. А.* Видимое (подразумеваемое) полномочие в отечественной доктрине, гражданском законодательстве и правоприменительной практике // Вестник Арбитражного суда Московского округа. 2016. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ См.: *Выговская Н. А., Булгаков И. С.* Гражданско-правовое представительство от имени юридического лица // Корпоративный юрист. 2010. № 3. С. 31–34.

⁶ См.: Комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / М. И. Брагинский [и др.] ; под ред. В. Д. Карповича. М., 1995. С. 248.

Как указывается в судебной практике⁷, создавая или допуская создание обстановки, свидетельствующей о наличии полномочий у такого представителя действовать от имени юридического лица, последнее сознательно входит в гражданский оборот в лице такого представителя, поэтому не вправе ссылаться на отсутствие у него полномочий, поскольку обстановка как основание представительства не только заменяет собой письменное уполномочие (доверенность), но и возможна при отсутствии каких-либо надлежащим образом оформленных правоотношений между представителем и представляемым.

В судебной практике встречаются различные ситуации, когда суды признавали, что лицо действует в соответствии с абзацем 2 п. 1 ст. 182 Гражданского кодекса РФ.

К одному из признаков надлежащей обстановки судебная практика относит наличие у представителя печати юридического лица, о потере которой или ее подделке этим представителем юридическое лицо в судебном процессе не заявляло⁸.

В качестве еще одного признака надлежащей обстановки суды указывают на сложившиеся отношения сторон. Например, в одном из дел⁹ суд указал, что при подписании актов приемки выполненных работ не было оснований полагать, что сотрудник, ранее принимавший аналогичные выполненные работы, является неуполномоченным лицом.

Однако по этому признаку обстановки в судебной практике существует и другая позиция. Тождество подписанта аналогичных предыдущих документов не свидетельствует о наличии обстановки, из которой явствовало полномочия по принятию товара¹⁰.

Надлежащей обстановкой также было признано возникновение фактических отношений между сторонами, сложившихся до момента заключения договора¹¹.

Данный перечень не является исчерпывающим, так как в основном суды, как уже было указано выше, толкуют норму, содержащуюся в абзаце 2 п. 1 ст. 182 Гражданского кодекса РФ, расширительно.

⁷ Постановления Арбитражного суда: Центрального округа от 16 февраля 2018 г. по делу А08-4989/2017 ; Западно-Сибирского округа от 13 февраля 2018 г. по делу А81-6580/2016.

⁸ Определения Верховного Суда Российской Федерации от 9 марта 2016 г. № 303-ЭС15-16683, от 24 декабря 2015 г. № 307-ЭС15-11797, от 23 июля 2015 г. № 307-ЭС15-9787 ; постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 16 февраля 2018 г. по делу № А33-4131/2017.

⁹ Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 31 августа 2012 г. по делу № А45-11081/2011.

¹⁰ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 6 февраля 2018 г. по делу А03-21250/2016.

¹¹ Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 4 мая 2017 г. по делу А07-17395/2016.

Таким образом, на основе изучения доктринальных исследований и практики применения гражданского законодательства обстановка как условие возникновения полномочий из обстановки должна:

- свидетельствовать о наличии полномочий у представителя действовать от имени представляемого;
- указывать на то, что представитель намеренно вступил в гражданский оборот;
- не должна порождать обоснованных сомнений в наличии у представителя полномочий действовать от имени представляемого.

Итак, признание действительными полномочий, возникших из обстановки, представляется спорным и подлежащим рассмотрению в каждом конкретном случае. При этом, учитывая сложившиеся научные подходы и позиции в судебной практике, можно выделить следующие условия, при которых полномочия, возникшие из обстановки, будут считаться действительными:

1. Поведение представляемого должно свидетельствовать о том, что представитель наделен полномочиями без выдачи доверенности.
2. Видимость существования полномочия создается таким образом, что любой участник оборота понимал бы, что сделка совершается в осуществление полномочия.
3. Третьи лица добросовестно осознают наличие полномочий у представителя действовать в интересах представляемого.
4. Обстановка, в которой действует представитель, указывает на наличие полномочий разумно и добросовестно действовать в интересах третьих лиц от имени представляемого.

Российский государственный университет правосудия (г. Москва)

Адельшин Р. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права

E-mail: rimmoka7@gmail.com

Губарева М. С., аспирант кафедры гражданского права

E-mail: gubareva@lexalliance.ru

Тел.: 8-906-084-62-03

Russian State University of Justice (Moscow)

Adelshin R. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Civil Law Department

E-mail: rimmoka7@gmail.com

Gubareva M. S., Post-graduate Student of the Civil Law Department

E-mail: gubareva@lexalliance.ru

Тел.: 8-906-084-62-03

НЕДОБРОСОВЕСТНОСТЬ КАК ОСНОВАНИЕ
НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТИ СДЕЛКИ:
PRO ET CONTRA

В. А. Гончарова

Юридический институт Томского государственного университета

Поступила в редакцию 3 сентября 2018 г.

Аннотация: рассматривается проблема теоретической и политико-правовой обоснованности признаваемой на уровне Верховного Суда РФ практики признания сделок недействительными по основанию недобросовестного поведения ее сторон. Основываясь на общетеоретическом понимании принципа права, учения о классификации правовых норм, автор приходит к выводу о недопустимости существования подобной судебной практики, о необходимости использования основания ничтожности сделок в виде их противоречия существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательств для признания недействительными сделок с нарушением требования добросовестного поведения.

Ключевые слова: недобросовестность, недействительность сделки, ничтожность сделки, судебная практика, правовой принцип, противоречие существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательств.

Abstract: the author considers the problem of theoretical and political-legal validity of the practice of recognizing bargains as invalid on the basis of unfair behavior of its parties recognized by the Supreme Court of the Russian Federation. Based on the general theoretical understanding of the principle of law, the doctrine of the classification of legal norms, the author comes to the conclusion that it is inadmissible for such court practice to exist and emphasized the necessity of using the basis of invalidity of bargains in the form of their contradiction to the essence of legislative regulation of the type of obligation to invalidate bargains violating the requirement of good faith conduct.

Key words: bad faith, invalidity of the bargains, insignificance of the bargain, judicial practice, legal principle, contradiction of the essence of legislative regulation of the type of obligations.

2018. № 4

Согласно п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно; не допускается осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). Нарушение приведенных законодательных запретов, устанавливающих недопустимость недобросовестного поведения участников гражданских правоотношений, традиционно рассматриваются судебным правоприменителем

в качестве основания недействительности сделки по основанию противоречия закону (ст. 168 ГК РФ)¹. В настоящее время данное положение формально легализовано на уровне Верховного Суда РФ: так, в п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ» содержится указание на то, что если совершение сделки нарушает запрет, установленный п. 1 ст. 10 ГК РФ, в зависимости от обстоятельств дела такая сделка может быть признана судом недействительной (п. 1 или 2 ст. 168 ГК РФ). Аналогичные по содержанию положения содержатся в п. 14 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 ноября 2016 г. № 54 «О некоторых вопросах применения положений главы 24 ГК РФ о перемене лиц в обязательстве на основании сделки»: если сторона, осуществляя право на одностороннее изменение условий обязательства или односторонний отказ от его исполнения, нарушила свою обязанность действовать разумно и добросовестно (п. 3 ст. 307, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ), одностороннее изменение условий обязательства или односторонний отказ от его исполнения могут быть признаны ничтожными (п. 2 ст. 10, п. 2 ст. 168 ГК РФ)².

В ряде случаев судами указывается исключительно на ничтожность как форму недействительности сделки при нарушении требования ст. 10 ГК РФ: так, в определении Верховного Суда РФ от 30 августа 2016 г. № 5-КГ16-119 отмечается, что злоупотребление правом по своей правовой природе является нарушением запрета, установленного ст. 10 ГК РФ, поэтому такое злоупотребление, допущенное при совершении сделок, влечет их ничтожность как не соответствующих закону³.

¹ Начало подобной практики было положено Высшим Арбитражным Судом РФ (см.: Пункт 9 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 ноября 2008 г. № 127 ; п. 4 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 декабря 2010 г. № 63 ; постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 20 мая 2008 г. № 15756/07 ; от 24 июня 2014 г. № 3894/14 и др.). Следует отметить, что после легализации в рамках гражданского законодательства принципа добросовестности в качестве самостоятельного начала гражданско-правового регулирования, ссылка исключительно на ст. 10 ГК РФ в качестве единственной императивной нормы, нарушаемой совершенной сделкой и служащей основанием для ее недействительности, видится не совсем обоснованной. На это уже обращалось внимание в литературе (см., например: *Скловский К. И.* Применение права и принцип добросовестности // *Вестник экономического правосудия.* 2018. № 2. С. 94–118).

² Выбранная Верховным Судом РФ линия в толковании нашла отражение на уровне рассмотрения им конкретных дел (см. определения Верховного Суда РФ: от 20.09.2016 № 49-КГ16-18 ; от 29.03.2016 № 5-КГ16-28 ; от 08.12.2015 № 5-КГ15-179), что, однако, признавалось не всегда (определение Верховного Суда РФ от 11.11.2014 № 9-КГ14-7).

³ Аналогичный вывод содержится в определении Верховного Суда РФ от 26.10.2015 № 305-ЭС15-8046 по делу № А41-42990/2011.

Подход, допускающий квалификацию недобросовестности⁴ как основания недействительности сделки, нашел поддержку в юридической литературе. Так, согласно позиции А. Г. Карапетова, совокупное применение ст. 10 и ст. 168 ГК РФ выступает эффективным способом пресечения случаев явного злоупотребления правом. В качестве обоснования распространенности такого правоприменительного решения автор называет предсказуемость наступления недействительности сделки как реакции на злоупотребление, ее естественный и понятный для участников оборота характер в отличие от предусмотренного законом на этот случай отказа в защите права. При этом только недействительность с ее правовыми последствиями, по мнению автора, может защитить права третьего лица в тех случаях, «когда обе стороны сделки, совершая ее, злоупотребили своим правом во вред интересам такого третьего лица»⁵. Оспаривание сделки по основанию недобросовестного поведения одной ее стороны или обеих сторон при этом выступает «субсидиарным и резервным»⁶ основанием недействительности, специальным, дополняющим в необходимых случаях общую совокупность таких оснований. К сфере возможного применения ст. 10 ГК РФ в совокупности со ст. 168 ГК РФ относятся, по мнению А. Г. Карапетова, сделки во вред кредитору, акты недобросовестной интервенции третьих лиц в чужие договорные отношения, сделки, совершенные на вопиюще аномальных условиях, а также связанные со злоупотреблением доверием и зависимым положением, эксплуатацией неопытности в делах.

Н. В. Тололаева также считает возможность оспаривания сделок по основанию недобросовестности способом борьбы с явно аномальными сделками в гражданском обороте и указывает на потребность наличия

4 Следует признать, что вопросы о понятии и юридическом содержании добросовестности и недобросовестности, формах последней, правовой природе злоупотребления гражданскими правами как проявления недобросовестного поведения являются одними из самых обсуждаемых в отечественной правовой доктрине последних лет. В ряду важных исследований по данной тематике следует отнести следующие диссертационные работы: *Белоножкин А. Ю.* Содержание и формы злоупотребления субъективным гражданским правом : дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005 ; *Дерюгина Т. В.* Теоретические проблемы в сфере осуществления субъективных гражданских прав : автореф. ... дис. д-ра юрид. наук. Волгоград, 2010 ; *Поротникова О. А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002 ; и др. Целью настоящей статьи не является детальный и критический взгляд на существующие доктринальные воззрения по обозначенным проблемам, связанным с толкованием положений ст.10 ГК РФ. За основу для формулирования выводов взяты лишь некоторые цитируемые далее работы, сходные по существу сделанных выводов, что не исключает возможности анализа обозначенных проблем добросовестности с иных, имеющих в литературе позиций.

⁵ Сделки, представительство, исковая давность : постатейный комментарий к статьям 153–208 Гражданского кодекса Российской Федерации / отв. ред. А. Г. Карапетов. М., 2018. С. 511.

⁶ Там же.

в законодательстве общей оговорки о том, что «в ряде исключительных случаев совершение сделки, хотя оно и не выполняет гипотезу какой-либо нормы о недействительности, все равно не будет иметь правового значения как противоречащее добросовестности (справедливости)»⁷.

Вместе с тем есть основания полагать, что подобный выработанный судебной практикой и поддержанный некоторыми авторами подход не является ни теоретически, ни практически обоснованным.

С позиции цивилистической доктрины добросовестность выступает формой оценки поведения участников гражданского оборота на соответствие его неким, отличным от правовых, критериям. Добросовестность в объективном смысле⁸ представляет собой «известное внешнее мерило, которое принимается во внимание законом, судом, применяющим закон, и которое рекомендуется членам гражданского оборота в их взаимных отношениях друг с другом»⁹. По утверждению И. Б. Новицкого, добрая совесть с этимологических позиций «таит в себе такие элементы, как: знание о другом, о его интересах; знание, связанное с известным доброжелательством; элемент доверия, уверенность, что нравственные основы оборота принимаются во внимание, что от них исходит каждый в своем поведении. Вместе с тем принципом доброй совести выражаются связанность, согласованность отдельных частных интересов, а также частного интереса с интересом целого; подчинение каждого равномерно идее общего блага, поскольку она проявляется или отражается на отношении между данными лицами»¹⁰.

В современной литературе требование¹¹ добросовестности толкуется и определяется в том же значении. Так, А. В. Волков отмечает, что субъек-

⁷ *Тололаева Н. В.* Соотношение некоторых оснований недействительности сделки // Судья. 2015. № 10. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс». Аналогичной позиции придерживается Г. Адамович (см.: *Адамович Г.* Злоупотребление правом как основание признания сделки недействительной // Корпоративный юрист. 2009. № 35. С. 51–55).

⁸ Наряду с объективным, традиционно выделение так называемого субъективного смысла добросовестности – «определенное сознание того или иного лица, неведение некоторых обстоятельств, с наличием которых закон считает возможным связать те или иные юридические последствия» (*Новицкий И. Б.* Принцип доброй совести в проекте обязательственного права // Вестник гражданского права. 2006. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Об этом также см.: Проблемы реализации принципов права в предпринимательской деятельности / отв. ред. В. А. Вайпан, М. А. Егорова. М., 2016. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁹ *Новицкий И. Б.* Указ. соч.

¹⁰ Там же.

¹¹ Важно отметить, что в литературе существует обоснованная позиция о необходимости строгого терминологического разграничения таких категорий, как «принцип добросовестности» и «добросовестность», при этом предполагается раскрытие принципа добросовестности через установленное законом требование добросовестного поведения (см.: *Соломин С. К., Соломина Н. Г.* Добросовестность в гражданском праве. М., 2018. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант»).

ект права как наделенный свободой действий, свободой выбора юридических механизмов реализации прав, свободой усмотрения может и должен быть ответственным за надлежащее осуществление своего субъективного гражданского права именно таким образом, который идентичен общему смыслу и назначению гражданского права. В концепции А. В. Волкова добросовестность выступает собирательной формой здравого, адекватного, честного поведения, структурной стороной которого является разумность, а недобросовестность представляет собой «скрытую эксплуатацию норм гражданского права, извращение содержания предоставленных лицу возможностей, знание того, что он нарушает закон»¹².

Несколько отличной позиции придерживается А. В. Коновалов, по мнению которого добросовестность в объективном смысле представляет собой достаточно абстрактную и многоплановую модель поведения, вырабатываемую судебной практикой в качестве общего ориентира и стандарта, применяемого всякий раз с учетом конкретных обстоятельств дела, – то самое стандартное честное и конструктивное поведение, ожидаемое правопорядком от обычного участника гражданского общества в сходных (типичных) обстоятельствах¹³.

Общим в изложенных подходах является понимание добросовестности как определенного стандарта поведения участников гражданских правоотношений, связанного с уважительным и бережным отношением к реализации собственных прав, исполнением обязанностей. Именно такую позицию по существу Верховный Суд РФ, отметив в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 «О применении судами некоторых положений раздела I части первой ГК РФ», что, оценивая действия сторон как добросовестные или недобросовестные, следует исходить из поведения, ожидаемого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации¹⁴.

¹² Волков А. В. Злоупотребление гражданскими правами : проблемы теории и практики : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2010. С. 16.

¹³ Об этом см.: Коновалов А. В. Еще раз к вопросу о понятии добросовестности // Рос. судья. 2018. № 1. С. 15–21.

¹⁴ Данная позиция к интерпретации добросовестности критикуется в литературе. Так, В. В. Витрянский отмечал, что «вряд ли возможно считать обязательным атрибутом добросовестного поведения участников гражданского оборота во всех случаях оказания какого-либо содействия другой стороне соответствующего правоотношения. Это утверждение верно для сторон договорных обязательств, но весьма сомнительно, когда речь идет о признаках добросовестного поведения потерпевших в деликтном или кондикционном обязательстве по отношению к причинителю вреда или приобретателю чужого имущества либо собственника в правоотношении, связанном с истребованием своего имущества от незаконного владельца» (Витрянский В. В. Реформа гражданского законодательства : промежуточные итоги. 2-е изд., испр. и доп. М., 2018. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»). Вместе с тем в настоящее время в юридической литературе существуют позиции о недопустимости распространения принципа добросовест-

Таким образом, добросовестность выступает дополнительным, наряду с правомерностью, критерием оценки поведения участников оборота, существенным ориентиром, позволяющим суду проанализировать действия таких участников не с позиции соответствия нормативно-правовым предписаниям, а с точки зрения их гармонирования с хозяйственной логикой функционирования и организации рынка, отношением к контрагентам и исполнением ими взятых на себя обязательств.

Закрепленное в п. 3 ст. 1, п. 1 ст. 10 ГК РФ требование добросовестного поведения в виде недопущения любых форм злоупотребления правом, возведенное в ранг императивного законодательного предписания, действительно способно навести на мысль о возможности признания недействительными всех сделок, где данное требование нарушается. Однако важно подчеркнуть, что не любая правовая норма, сформулированная как долженствование и возлагающая определенную обязанность на участников соответствующих правоотношений, будучи нарушенной, может выступать основанием недействительности сделки по смыслу ст. 168 ГК РФ. Учету должна подлежать классификация правовых норм, их оценка с позиции содержания, роли и места в механизме правового регулирования¹⁵.

Традиционным для отечественной теории права является понимание правовой нормы как общеобязательного правила социального поведения, установленного или санкционированного государством, выраженного публично в формально-определенных предписаниях, как правило в письменной форме, и охраняемого органами государства путем контроля за его соблюдением и применением предусмотренных законом мер принуждения за правонарушения¹⁶. В совокупности всех имеющихся в системе отечественного законодательства норм особое место занимают при этом те, которые устанавливают исходные начала (принципы) или общие определения для всего национального права в целом или для отрасли права, иначе говоря, отправные, учредительные, нормы-декларации¹⁷, определяющие основы и тенденции законодательного регулирования.

Провозглашенный в п. 3 ст. 1 ГК РФ принцип добросовестности и недопустимость недобросовестного поведения (ст. 10 ГК РФ) выступает, по справедливому утверждению Н. Б. Щербакова, средством обеспечения справедливости выносимых судебных решений¹⁸, способом учета и принятия во внимание правоприменителем не только соответствия закону

ности на сферу охранительных обязательств (см.: *Соломин С. К., Соломина Н. Г.* Указ. соч.).

¹⁵ Об этом см.: *Кузнецова О. А.* Специализированные нормы российского гражданского права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007.

¹⁶ См.: *Проблемы общей теории права и государства : учебник / под общ. ред. В. С. Нерсесянца.* 2-е изд., пересмотр. М., 2017. С. 275.

¹⁷ См.: Там же. С. 287.

¹⁸ См.: *Гражданский кодекс РФ. Постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / Б. М. Гонгало [и др.] ; под ред. П. В. Крашенинникова.* М., 2013. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

действий участников гражданских правоотношений, но и их сущностной стороны, характеризующей отношение субъектов права к имеющимся у них субъективным правам. Любое поведение, находящееся в сфере регулирования частного права, построенного на началах автономии воли и свободы договора¹⁹, закономерно нуждается в анализе не только с позиций правомерности или неправомерности, подобно строгому публичному праву, но предполагает в силу собственной лишь частичной государственной урегулированности необходимость и другого – содержательного, глубинного критерия оценки поведения субъектов права – добросовестности. Любое правомерное поведение может быть как добросовестным, так и недобросовестным, в зависимости от фактических действий участников конкретных правоотношений.

Установление требования действовать в обороте добросовестно, осуществлять свои права, не допуская злоупотреблений в отношении третьих лиц и своих непосредственных контрагентов, является не чем иным, как декларативным предписанием, отражающим специфику частноправового регулирования общественных отношений и предполагающим дополнительный критерий оценки поведения субъектов гражданского права. По справедливому утверждению Д. А. Матанцева, поскольку гражданско-правовое регулирование является сферой господства частного интереса и усмотрения субъектов права, закономерно возникновение проблемы злоупотребления правом как особой формы неправомерного поведения, находящегося на стыке правонарушения и правомерного осуществления прав²⁰. Добросовестность в связи с этим является для судебного правоприменителя еще одним, факультативным, но важным, способом оценки поведения участников гражданских правоотношений, автономным от критерия правомерности их действий и влекущим особые правовые последствия в динамике реализации субъективных прав и обязанностей, отличные от квалификации сделки как недействительной и незаконной²¹.

На обозначенное качество требования добросовестного поведения уже обращалось внимание в литературе: так, по удачному выражению А. В. Волкова, «норма ст. 10 ГК РФ носит двойственный характер: по сво-

¹⁹ Об этом см., например: *Шарифуллин Р. В.* Частноправовое регулирование : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006.

²⁰ См.: *Матанцев Д. А.* Злоупотребление правом в гражданско-правовых обязательствах // Бюллетень нотариальной практики. 2011. № 4. С. 4. Об этом также см.: *Фоков А. П.* Современная доктрина и гражданское законодательство // Рос. судья. 2013. № 6. С. 2–7.

²¹ На это обращает внимание и К. И. Скловский (см.: *Скловский К. И.* Применение права и принцип добросовестности // Вестник экономического правосудия. 2018. № 2. С. 94–118), указывая, однако, что недопустимость оспаривания сделок по основанию недобросовестности ее участников объясняется качеством самого требования добросовестности как принципа, который, по мнению автора, пронизывает все сферы гражданско-правового регулирования и который невозможно нарушить по определению, поскольку принцип не является нормой права.

ей внешней форме – это императивная, запрещающая норма, но по занимаемому месту в системе гражданского права – это норма-гарантия, отвечающая за качественное использование элементов гражданско-правовой системы в условиях неопределенности правового регулирования, когда невозможно или затруднительно применить специальную норму права (с конкретными границами) либо когда эта норма сама стала «жертвой» своего формализма»²².

Подобной трактовке полностью соответствует избранная законодателем основная «реакция» на факт недобросовестного поведения – отказ в защите права (п. 3 ст. 10 ГК РФ), в литературе определяемая как санкция относительно-определенного характера, предполагающая возможность для правоприменителя выбрать конкретную форму отказа в защите права, которая «в необходимой мере соответствует характеру данного конкретного случая»: отказ в принудительном осуществлении права; отказ в конкретном способе защиты; лишение правомочий на результат, достигнутый путем недозволенного осуществления права; лишение субъективного права в целом и др.²³ С критическими замечаниями данной дефиниции выступает М. А. Егорова, обращающая внимание на то, что суд, отказывая недобросовестному лицу в защите его права, не лишает его ни субъективного права, ни принудительной возможности его осуществления, по существу, только блокирует такую возможность, тем самым наказывая недобросовестное лицо за его поведение по отношению к контрагенту и третьим лицам²⁴.

Данную позицию следует признать обоснованной, дополнив ее указанием на то, что отказ в защите права является гражданско-правовой санкцией, обусловленной существом недобросовестного поведения: отказывая в защите права, суд не вмешивается в динамику возникших обязательств, сохраняя тем самым спорное правоотношение неизменным, в такой его стадии и в таком распределении прав и обязанностей, которое не соответствует интересам недобросовестного лица, заявившего требование о том или ином их изменении.

Соглашаясь со сторонниками допустимости совокупного применения ст. 1, 10 и 168 ГК РФ, необходимо признать возможность оспаривания сделок не только по основанию наличия недобросовестности, но и в связи с неразумностью поведения участников гражданского оборота, поскольку требование разумности²⁵, подобно требованию добросовестности, в ряде

²² Волков А. В. Указ. соч.

²³ См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 89.

²⁴ См.: Егорова М. А. Содержание категории «отказ в защите права» как санкции за злоупотребление правом // Гражданское право. 2014. № 5. С. 10–14.

²⁵ Требования разумности и добросовестности выступают самостоятельными критериями оценки поведения субъектов гражданского оборота, при этом разумность трактуется как осмысленность (рациональность), логичность и целесообразность поведения субъекта (см.: Российское гражданское право : учебник : в 2 т. Т. 1: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные пра-

случаев установлено законом (см. п. 4 ст. 450, п. 4 ст. 450.1 ГК РФ). Более того, возможность оспорить сделку возникла бы и в случае противоречия поведения сторон принципу содействия в исполнении обязательства (п. 4 ст. 307 ГК РФ), что вряд ли можно признать обоснованным, но что, однако, полностью укладывается в логику рассуждений выше цитируемых авторов – сторонников признания сделок недействительными по основанию недобросовестного поведения²⁶.

С точки зрения политики права или, иными словами, практических соображений, интересов оборота, допустимость совокупного применения ст. 1, 10 и 168 ГК РФ также вызывает определенные возражения.

Как указывалось п. 1 §2 Концепции совершенствования общих положений ГК РФ, в содержание ст. 168 ГК РФ должны быть внесены уточнения, направленные на ограничение ситуаций, при которых сделка являлась бы ничтожной как противоречащая закону, поскольку имеют место случаи, когда несоответствие сделки тем или иными положениям закона не может выступать основанием для столь существенной негативной оценки данной сделки со стороны правопорядка, как признание ее ничтожной²⁷. По мысли разработчиков Концепции, именно действующее на момент реформирования общее правило о ничтожности каждой противоречащей закону сделки подрывает стабильность и предсказуемость гражданского оборота. В связи с этим предлагалось в рамках ст. 168 ГК РФ уточнить, что ничтожной является сделка, нарушающая запрет, прямо выраженный или вытекающий из закона, а также что судебным правоприменительным органам предоставляется возможность толковать волю законодателя и приходить на основе смысла закона к выводу о том, что сделка является оспоримой, хотя бы данный вывод не следовал из текста закона (п. 2). Аналогичное положение содержалось в Концепции развития гражданского законодательства: чтобы не допустить дальнейшего разрушения стабильности гражданского оборота, изменение законодательства должно быть направлено на сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность сделки как гражданско-правовая санкция яв-

ва. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., стереотип. М., 2011. С. 400).

²⁶ На позиции о возможности отказа в защите права по основанию неразумности поведения стоит Е. Е. Богданова. Исходя из положения о презумпции разумности и добросовестности поведения (п. 5 ст. 10 ГК РФ), автор приходит к выводу о том, что «отсутствие разумности может быть основанием для отказа в защите права тогда, когда субъект демонстрирует явную неспособность к разумному ведению дел, отсутствие опытности, что является как неразумным, так и недобросовестным по отношению к своим контрагентам, третьим лицам. То есть когда неразумности действий лица сопутствует его недобросовестность» (Богданова Е. Е. Принцип разумности в гражданском праве Российской Федерации // Адвокат. 2013. № 1. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

²⁷ Концепция совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 4. С. 61–62.

ляется неоправданной и явно не соразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений (п. 5.2.1)²⁸.

Руководствуясь подобными намерениями, законодатель, заменив в ст. 168 ГК РФ действовавшее ранее правило о ничтожности сделок на правило оспоримости не соответствующих закону, иному нормативно-правовому акту сделок (п. 1), указал при этом на то, что сделка, нарушающая требования закона или иного правового акта и при этом посягающая на публичные интересы либо права и охраняемые законом интересы третьих лиц, ничтожна, если из закона не следует, что такая сделка оспори-ма или должны применяться другие последствия нарушения, не связанные с недействительностью сделки (п. 2).

Не вдаваясь в подробный анализ избранного законодателем решения на предмет его соответствия теоретической природе ничтожных сделок и сделок, не соответствующих закону как их разновидности в частности, отметим лишь, что измененная редакция стала итогом борьбы с бесконтрольным оспариванием сделок сторонами договора, стремящимися уйти от исполнения возложенных на них обязательств, провозгласила принцип «нерушимости сделок»²⁹. С учетом изложенного не ясно, почему при подобной стратегии законодательных изменений на уровне судебной практики сохранился или, как отмечается в литературе, легализовался подход, допускающий признание недействительными сделок по такому весьма субъективному и разноплановому основанию, как недобросовестность. По справедливому утверждению В. А. Белова, подобный подход способен усугубить имевшую место до реформы гражданского законодательства практику безграничного оспаривания сделок, добавив к числу оснований недействительности сделок недобросовестность поведения участников гражданских правоотношений, которая позволит признать недействительной «любую – без преувеличения, абсолютно любую, без всяких исключений! – сделку»³⁰.

Допущение существования такого подвижного, гибкого основания недействительности сделок, как недобросовестность, в определенном смысле, с учетом обстоятельств конкретных дел, может быть действительно полезно в деле защиты прав и охраняемых законом интересов как сторон сделки, так и третьих лиц, публичного порядка в целом. Однако любое признание сделки недействительной влечет потерю ей юридической

²⁸ Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации : одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2009. № 11. С. 20.

²⁹ См.: Андреев В. К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1. С. 10.

³⁰ Белов В. А. «Двадцать пятое» постановление Пленума : толкование или... законодательство? // Вестник экономического правосудия РФ. 2015. № 11. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». Схожей позиции придерживается и Е. М. Ванюкова (см.: Ванюкова Е. М. Может ли злоупотребление правом быть основанием для признания сделки недействительной? // Закон. 2013. № 36. С. 131–139).

силы (в случае оспоримости) или констатацию ее изначального отсутствия (в случае ничтожности), а значит, представляет собой весьма существенное вторжение в динамику гражданских правоотношений, следовательно, требует от законодателя предельной четкости в формулировании оснований такого признания, их исчерпывающего и недвусмысленного перечня.

Следует признать, однако, что проблема, возникшая на уровне правоприменения и поставленная А. Г. Карапетовым в виде существования явно несправедливых и вредоносных сделок, которые невозможно признать недействительными ни по одному из формально закрепленных оснований, в самом деле, актуальна. Вместе с тем с учетом изложенного есть основания указать на возможность существования другого, более как теоретически, так и формально-юридически, практически подходящего основания недействительности сделок в виде их противоречия существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательств. Данное основание ничтожности сделок было формально легализовано Верховным Судом РФ в п. 74 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25 и, как следует из анализа правоприменительной практики³¹, имеет большой правозащитный положительный потенциал, способно гарантировать общее соответствие заключаемых участниками гражданского права соглашений не столько конкретным императивным предписаниям, сколько общему вектору, направлению российского законодательства. Вместе с тем выполнение рассмотренным основанием ничтожности гарантирующей функции в рамках общего института недействительности сделок возможно только в условиях однозначного определения того, что понимается под существом законодательного регулирования и на что правоприменителю при квалификации договора или его условий как ничтожных следует обращать первостепенное внимание.

Законодательное регулирование выступает одной из форм правотворчества – государственной деятельности, направленной на создание правовых, в частности законодательных норм, их дальнейшее совершенствование и прекращение действия. Любое законодательное регулирование того или иного явления, если оно претендует на эффективность, должно выступать не простой совокупностью субъективных правовых предписаний, а системой норм, отражающих потребности и интересы общества, объективные закономерности его развития. Это предполагает, что существо (иначе – содержание) законодательного регулирования того или иного правового явления следует определять на основе таких глубинных характеристик этого явления, которые отражают объективный характер

³¹ Об этом см.: Определение Верховного Суда РФ от 21 ноября 2016 г. № 305-ЭС16-9281 ; Апелляционное определение Челябинского областного суда от 8 декабря 2015 г. по делу № 11-13828/2015 ; Апелляционное определение Верховного Суда Республики Башкортостан от 20 октября 2015 г. по делу № 33-18156/2015 ; от 22 сентября 2015 г. по делу № 33-15250/2015 ; Апелляционное определение Новосибирского областного суда от 6 июня 2017 г. по делу № 33-4949/2017.

его законодательного формирования. В качестве «ориентиров», позволяющих выявить существо законодательного регулирования, могут выступать, в частности, правовые принципы, особые характеристики правовых явлений, причины их нормативного закрепления, их правовая, социальная и экономическая ценность, цели их регламентации.

Сделки, совершенные на аномально несправедливых условиях, а также сделки, характеризуемые как акты злоупотребления доверием и зависимым положением, а также эксплуатацией неопытности в делах, выделяемые в качестве сделок, которые можно оспорить на основании их противоречия принципу добросовестности, нарушения ими запрета на злоупотребление, исходя из приведенного содержания основания ничтожности в виде противоречия существу законодательного регулирования, могут быть признаны ничтожными как противоречащие принципам равенства участников гражданских правоотношения³², недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела (п.1 ст.1 ГК РФ)³³.

То же касается сделок, совершенных во вред кредитору, которые могут быть признаны ничтожными как противоречащие существу законодательного регулирования соответствующих обязательств, а именно принципу неприкосновенности собственности³⁴ (п. 1 ст. 1 ГК РФ).

Нельзя отрицать, что вопросы определения существа законодательного регулирования того или иного вида отношений находятся в сфере теории права и теории гражданского права, а поэтому требуют особых доктринальных знаний в части выражения судебной позиции – особой судебной мотивировки, объяснения судом своей позиции. Однако, по приведенным соображениям, касающимся назначения требования до-

³² Принцип равенства участников отношений, регулируемых гражданским законодательством, как отмечается в литературе, состоит в гарантированном правопорядком равном положении участников гражданского оборота, отсутствии преимуществ у кого-либо из них вне зависимости от личных качеств или общественного статуса и обеспечении им возможности свободной взаимной оценки мотивов и предпосылок для участия в гражданских правоотношениях (см.: Гражданский кодекс РФ : постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / Б. М. Гонгалло [и др.] ; под ред. П. В. Крашенинникова.

³³ Принцип недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела обеспечивает защиту частной жизни гражданина и основывается на положении п.1 ст. 23 Конституции РФ, гарантирующего права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (см.: Гражданский кодекс РФ : постатейный комментарий к главам 1–5 / А. В. Барков [и др.] ; под ред. Л. В. Санниковой. М., 2015. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»).

³⁴ Принцип неприкосновенности собственности в правовой литературе определяется как элемент конституционного статуса гражданина и правоспособности организаций, состоящий в гарантированной возможности накапливать, обособлять и защищать свою имущественную сферу предусмотренными законом способами (см.: Гражданский кодекс РФ : постатейный комментарий к главам 1, 2, 3 / Б. М. Гонгалло [и др.] ; под ред. П. В. Крашенинникова).

бросовестности, противоречие существу законодательного регулирования соответствующего вида обязательств как одна из форм противоречия закону и иному правовому акту (ст. 168 ГК РФ) выступает как доктринально, так и политически более подходящим средством устранения сделок, оспаривание которых предлагается в настоящее время осуществлять при помощи ссылки на ст. 10 ГК РФ.

*Юридический институт Томского
государственного университета*

*Гончарова В. А., аспирант кафедры
гражданского права*

E-mail: leran@sibmail.com

Тел.: 8-923-419-38-34

*Law Institute of Tomsk National Re-
search State University*

*Goncharova V. A., Post-graduate Stu-
dent of the Civil Law Department*

E-mail: leran@sibmail.com

Tel.: 8-923-419-38-34

УДК 342.9

КОНТРОЛЬНО-НАДЗОРНЫЕ И ЮРИСДИКЦИОННЫЕ ФУНКЦИИ РОСПАТЕНТА КАК НАПРАВЛЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНО- ПРАВОВОЙ ОХРАНЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Н. А. Кулаков

Санкт-Петербургский университет МВД России

Поступила в редакцию 8 августа 2018 г.

Аннотация: рассмотрены проблемы правового регулирования правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации как правообладателя. Раскрыта роль Федеральной службы по интеллектуальной собственности как основного субъекта государственного контроля (надзора) в области правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации. Сформулировано предложение по расширению юрисдикционных полномочий Роспатента за счет предоставления данному органу полномочий по составлению протоколов об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ. Разработан проект соответствующих изменений в действующее законодательство об административных правонарушениях.

Ключевые слова: контроль, надзор, административное принуждение, административная ответственность, интеллектуальная собственность, интеллектуальные права, исключительные права, патентные права, авторские права, программы для ЭВМ, базы данных.

Abstract: problems of legal regulation of legal protection of intellectual property of the Russian Federation as owner are considered. The role of Federal Service for Intellectual Property as main subject of the state control (supervision) in the field of legal protection of intellectual property of the Russian Federation is opened. The offer on expansion of jurisdictional powers of Rospatent due to granting powers to this body for drawing up protocols on the administrative offenses provided by part one of article 7.12 Code of the Russian Federation on Administrative Offences is formulated. The project of corresponding changes in the current legislation about administrative offenses is developed.

Key words: control, supervision, administrative coercion, administrative responsibility, intellectual property, intellectual rights, exclusive rights, patent rights, copyright, computer programs, databases.

Правовая охрана интеллектуальной собственности – одна из ключевых функций любого современного государства, ставящего перед собой задачу гармоничного экономического и социально-культурного развития и всестороннего повышения качества жизни населения. Не является исключением в этом смысле и Российская Федерация. В соответствии со ст. 44 Конституции РФ интеллектуальная собственность охраняется законом. Следовательно, любой правообладатель может рассчитывать на

защиту своих интеллектуальных прав и законных интересов со стороны государства в лице его государственного аппарата.

Необходимо отметить, что в роли правообладателя может выступать и Российская Федерация как публично-правовое образование, обладающее гражданской правосубъектностью. Российская Федерация становится правообладателем в случае, если результаты интеллектуальной деятельности выполнены за счет государственных средств в рамках гражданско-правовых либо трудовых отношений. В связи с этим интеллектуальная собственность Российской Федерации, как и любого другого правообладателя, также нуждается в правовой и, в частности, административно-правовой охране.

Под административно-правовой охраной интеллектуальной собственности мы предлагаем понимать воздействие на общественные отношения, реализуемое уполномоченными субъектами при помощи административно-правовых средств с целью обеспечения соблюдения интеллектуальных прав, прекращения нарушения таких прав, их восстановления, а также недопущения таких нарушений в дальнейшем. Важным направлением административно-правовой охраны интеллектуальной собственности является государственная контрольно-надзорная деятельность.

В системах социального управления контроль – важнейший вид обратной связи, по каналам которой субъекты власти получают информацию о фактическом положении дел, а также о выполнении принятых решений. Контроль используется для повышения исполнительской дисциплины, оценки работы, предотвращения нежелательных последствий, оперативного регулирования процесса¹.

Административно-правовая теория и практика не выработали единого подхода к содержанию и соотношению таких категорий, как контроль и надзор. В теории административного права мнение большинства специалистов сводится к тому, что контроль является более широким понятием, чем надзор. По мнению Д. Н. Бахраха, в зависимости от объема контроля различают собственно контроль, в процессе которого проверяются законность и целесообразность деятельности, и надзор, который ограничивается только проверкой законности.

Надзор – это суженный контроль². Схожей точки зрения придерживаются и другие специалисты³.

Вместе с тем в действующем законодательстве Российской Федерации понятие государственный контроль синонимично понятию надзор. Ярким примером в этом смысле является название 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»⁴.

¹ См.: Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право: учеб. для вузов. 2-е изд., изм. и доп. М., 2006. С. 743.

² См.: Там же.

³ См.: Козлов Ю. М. Административное право. М., 2005. С. 543.

⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6249.

Не углубляясь в дискуссию относительно рассматриваемых категорий, отметим, что такая дискуссия в настоящее время имеет в большей степени теоретическое значение. Следует согласиться с тем, что рассматриваемые понятия на современном этапе развития российской системы государственного управления не следует воспринимать в качестве разных, не совпадающих видов государственно-властной деятельности. Надзор следует рассматривать как традиционное наименование отдельных видов контроля и не более того⁵.

Государственный контроль и надзор определяются как «деятельность уполномоченных органов государственной власти, направленная на предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, посредством организации и проведения проверок, принятия мер по пресечению и устранению последствий выявленных нарушений»⁶.

Контроль и надзор как направление административно-правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации имеют важнейшее значение. Очевидно, что без реализации контрольно-надзорных функций в рассматриваемой области невозможно обеспечить соблюдение интеллектуальных прав и законных интересов Российской Федерации и, следовательно, рационального использования бюджетных средств в рамках государственного заказа результатов интеллектуальной деятельности.

Центральным субъектом административно-правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации является Федеральная служба по интеллектуальной собственности (далее – Роспатент)⁷. Анализ основных функций Роспатента позволяет сделать вывод, что именно Роспатент уполномочен охранять права Российской Федерации как правообладателя. Такая охрана осуществляется, прежде всего, посредством реализации функции по контролю и надзору в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности гражданского, военного, специального и двойного назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета.

В отношении результатов интеллектуальной деятельности гражданского назначения данная функция реализуется Роспатентом на основании соответствующего Административного регламента⁸. Предме-

⁵ См.: *Кудиллинский М. Н.* Контроль как вид государственно-управленческой деятельности. Соотношение понятий «контроль» и «надзор» // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 8. С. 47.

⁶ *Петров А. В., Епифанов А. Е.* Юридическая природа государственного контроля и надзора // Журнал рос. права. 2013. № 7 (199). С. 3.

⁷ О Федеральной службе по интеллектуальной собственности : постановление Правительства РФ от 21 марта 2012 г. № 218 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 14. Ст. 1627.

⁸ Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной функции по осуществлению контроля и надзора в сфере правовой охраны и использования

том анализируемой государственной функции является соблюдение государственными заказчиками и организациями – исполнителями государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, требований, установленных законодательством. Государственная функция реализуется в форме проведения должностными лицами Роспатента проверок в отношении:

1) получателей средств федерального бюджета (государственных органов, органов управления государственными внебюджетными фондами, федеральных казенных учреждений и др.), осуществляющих закупки научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения;

2) организаций – исполнителей государственных контрактов и договоров, финансирование которых осуществляется за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, в том числе за счет субсидий, на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ гражданского назначения (далее – исполнители).

Указанные проверки проводятся на основе и в соответствии с требованием законодательства о защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Результатом исполнения государственной функции является акт проверки заказчика или исполнителя, оформляемый должностными лицами Роспатента по результатам проверки. При выявлении в рамках проверки нарушений заказчиком, исполнителем обязательных требований результатами исполнения государственной функции являются:

1) акт проверки, оформляемый должностными лицами Роспатента и выдача предписания об устранении выявленных нарушений руководителю, иному должностному лицу или уполномоченному представителю заказчика, исполнителя;

2) возбуждение дела об административном правонарушении и принятие мер по привлечению к административной ответственности должностных лиц заказчика и (или) исполнителя в случаях, предусмотренных КоАП РФ;

3) направление информации о нарушении законодательства и материалов проверки в правоохранительные органы, Счетную палату Российской Федерации и иные органы государственной власти Российской Федерации.

результатов интеллектуальной деятельности гражданского назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, а также контроля и надзора в отношении государственных заказчиков и организаций-исполнителей государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ : приказ Минэкономразвития России от 8 апреля 2015 г. № 209 // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru>, 20.05.2015 (дата обращения: 12.05.2018).

Контрольно-надзорные функции в сфере правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, реализуются на основе иного регламента⁹. За некоторыми исключениями, контроль в указанной сфере осуществляется в порядке, аналогичном порядку проведения проверок в отношении результатов интеллектуальной деятельности гражданского назначения.

Эффективность контрольно-надзорных полномочий Роспатента обеспечивается наделением его должностных лиц административно-юрисдикционными полномочиями по применению мер административной ответственности. В соответствии с п. 74–75 ч. 2 ст. 28.3 КоАП РФ должностные лица Роспатента вправе составлять протоколы об административных правонарушениях, связанных с противодействием осуществлению контрольно-надзорных функций (ч. 1 ст. 19.5, ст. 19.6, ст. 19.7 КоАП РФ).

Кроме того, должностные лица Роспатента в соответствии с п. 75 ст. 28.3 КоАП РФ вправе составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 2 ст. 7.12 КоАП РФ. Данная норма предусматривает административную ответственность за нарушение патентных и изобретательских прав.

Наделение должностных лиц Роспатента правом составления протоколов об административных правонарушениях в области патентного законодательства представляется оправданным. В рамках функции по защите интересов государства как правообладателя действия соответствующих должностных лиц, в частности, направлены на выявление такого рода правонарушений. Согласно официальным отчетам о контрольно-надзорной деятельности Роспатента, нарушения патентных прав Российской Федерации выявляются в ходе проверок регулярно¹⁰.

Вместе с тем, как следует из указанных отчетов, результатом научно-исследовательских работ, выполненных за счет средств федерального бюджета, нередко являются программы для ЭВМ и базы данных. Программы для ЭВМ и базы данных (в отдельных случаях, когда такие базы

⁹ Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной функции по осуществлению контроля и надзора в сфере правовой охраны и использования результатов интеллектуальной деятельности военного, специального и двойного назначения, созданных за счет бюджетных ассигнований федерального бюджета, а также контроля и надзора в установленной сфере деятельности в отношении государственных заказчиков и организаций – исполнителей государственных контрактов, предусматривающих проведение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ : приказ Министерства экономического развития Российской Федерации от 26 апреля 2013 г. № 234. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант». URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/70312268/#review> (дата обращения: 12.05.2018).

¹⁰ Отчет о результатах плановых и внеплановых проверок юридических лиц за 2015, 2016 гг. URL: https://rupto.ru/ru/activities/rid/audit/inf_prov_org (дата обращения: 13.05.2018).

данных могут быть охарактеризованы как оригинальные в отношении организации объединяемого ими материала, структуры и последовательности его расположения) подлежат охране в качестве объектов авторских прав. Охраноспособность программ для ЭВМ и баз данных как объектов авторских прав закреплена ст. 1260, 1261 части четвертой ГК РФ.

Кроме того, объектом государственного заказа могут выступать и иные объекты авторских прав. В частности, это могут быть произведения науки (например, научная статья на определенную тему) или искусства (картины, музыкальные произведения, фильм и т. д.). Государственный заказ объектов авторских прав является распространенным явлением на практике¹¹.

Вместе с тем действующее законодательство не наделяет должностных лиц Роспатента полномочиями по составлению протоколов об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ. Данная норма предусматривает административную ответственность за нарушение авторских и смежных прав.

В настоящее время Роспатент в случае выявления нарушения авторских прав Российской Федерации вправе вынести в отношении нарушителя обязательное для исполнения предписание. Если предписание не исполнено в течение 30 дней, должностные лица Роспатента составляют протокол по ст. 19.5 КоАП РФ, что подтверждается проанализированными выше отчетами о контрольно-надзорной деятельности Роспатента.

Тем не менее такое положение вещей не позволяет в полной мере использовать потенциал института административной ответственности как одного из способов защиты интеллектуальных прав Российской Федерации. К числу принципов административного процесса ведущие специалисты обоснованно относят принципы оперативности и быстроты¹².

Данные принципы подразумевают, что административная ответственность должна наступать в возможно кратчайшие сроки после выявления правонарушения. Только при таком подходе возможно достижение целей административного наказания: частной и общей превенции административных правонарушений.

Однако указанные принципы, как показано выше, не учтены действующим законодательством в части правовой защиты интеллектуальных прав Российской Федерации. Как следствие, не реализуются данные принципы и в рамках деятельности Роспатента как основного субъекта административно-правовой охраны интеллектуальной собственности Российской Федерации. Привлечение к административной ответственности за невыполнение в срок законного предписания Роспатента (ст. 19.5 КоАП РФ), в сущности, не связано с самим фактом нарушения интеллектуальных прав Российской Федерации. Такая ответственность наступает

¹¹ Ростендр : все тендеры России. URL: <http://rostender.info/category/tendery-kartiny> (дата обращения: 13.05.2018).

¹² См., например: *Сорокин В. Д.* Административный процесс и административно-процессуальное право. СПб., 2002. С. 37 ; *Панова И. В.* Административно-процессуальная деятельность в Российской Федерации. Саратов, 2001. С. 39.

за посягательство на иной объект – порядок управления. Нарушение же интеллектуальных прав Российской Федерации как самостоятельный административно-правовой деликт, подлежащий правовой оценке не находит, не документируется и как результат виновное лицо к ответственности не привлекается.

В связи с вышесказанным видится целесообразным расширить административно-юрисдикционные полномочия Роспатента за счет предоставления его должностным лицам права составления протоколов об административных правонарушениях, посягающих на авторские и смежные права (предусмотренных ч. 1 ст. 7.12 КоАП РФ). С этой целью предлагается изложить п. 75 ст. 28.3 КоАП РФ в следующей редакции: «должностные лица органов, уполномоченных в области защиты патентных прав вправе составлять протоколы об административных правонарушениях, предусмотренных статьей 7.12, статьей 7.28, частью 1 статьей 19.5, статьями 19.6, 19.7 настоящего Кодекса...». На наш взгляд, учитывая, что в рамках реализации контрольно-надзорных функций должностные лица Роспатента выявляют признаки соответствующего состава административного правонарушения, целесообразность предложенных изменений очевидна.

*Санкт-Петербургский университет
МВД России*

Кулаков Н. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры административной деятельности органов внутренних дел

E-mail: 2-kvadrat@mail.ru

Saint-Petersburg University of the Russian Ministry of Internal Affairs

Kulakov N. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Administrative Activities of Internal Affairs Bodies Department

E-mail: 2-kvadrat@mail.ru

РЕТРОСПЕКТИВНЫЙ АНАЛИЗ РАЗВИТИЯ ПРАВОВОЙ
РЕГЛАМЕНТАЦИИ ПОНЯТИЯ «ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ»,
А ТАКЖЕ ПРИНЯТИЯ НАЦИОНАЛЬНЫХ И МЕЖДУНАРОДНЫХ
ПРАВОВЫХ АКТОВ В СФЕРЕ
БЕЗОПАСНОСТИ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ

Л. В. Любимов

Воронежский институт МВД России

Поступила в редакцию 25 июня 2018 г.

Аннотация: рассматривается история правовой регламентации термина «дорожное движение», а также проводится сопоставление процесса развития автомобильного транспорта с процессом принятия национальных и международных правовых актов в сфере безопасности дорожного движения с целью выявления хронологической последовательности происходящих изменений в государственном (и межгосударственном) управлении процессами, связанными с появлением нового вида транспортных средств.

Ключевые слова: дорожное движение, деятельность по обеспечению безопасности дорожного движения, правовая регламентация, Международные конвенции.

Abstract: the history of legal regulation of the term «road traffic» as well as a comparison of the process of development of road transport with the adoption process of the national and international legal acts in the sphere of road safety with the aim of identifying the chronological sequence of changes in state (and interstate) management of the processes associated with the emergence of a new type of vehicles.

Key words: road traffic, road safety activities, legal regulation, International conventions.

2018. № 4
186

В ближайшем будущем человечеству предстоит не просто ввести в процесс дорожного движения достижения четвертой промышленной революции (в первую очередь речь идет об использовании тех возможностей, которые предоставляет появление беспилотных автомобилей), а создать полноценные условия для массового их применения, в том числе и в виде формирования необходимой для этого нормативно-правовой базы. В связи с этим представляет интерес ретроспективный анализ истории развития правовой регламентации самого понятия «дорожное движение» и деятельности по обеспечению его безопасности, проводимый с целью обобщения уже имеющегося у человечества опыта правового регулирования процессов, связанных с появлением технических инноваций в процессе дорожного движения.

Так, обращает на себя внимание тот факт, что термин «дорожное движение» (Road Traffic) был введен в международную практику только в 1949 г. Международной конвенцией о дорожном движении¹. Действующей

¹ Международная конвенция о дорожном движении (Женева, 19 сентября 1949 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/10180322> (дата обращения: 10.05.2018).

щие до этого Международные конвенции 1909 г.² и 1926 г.³ использовали в своих названиях такие словосочетания, как «передвижение автомобилей» и «автомобильное движение». Только по одним названиям и датам принятия упомянутых Конференций уже можно проследить генезис международного подхода к определению сущности анализируемого нами процесса.

Если в 1909 г. уровень автомобилизации характеризовался как крайне низкий, по сути, автомобиль только появлялся на улицах больших городов мира и не представлял из себя большой опасности, то и акцент международного сообщества делался только на самом автомобиле и лицах, им управляющих. В этих условиях острой необходимости в правовой регламентации средств организации такого движения не было, в связи с чем и в названии принятой в данном году Конвенции использовался термин «передвижение автомобилей». Действительно, если проанализировать содержание Конвенции 1909 г., можно констатировать, что основной целью ее принятия было установление для всех государств минимум требований к автомобилям и их водителям для того, чтобы они могли быть допущены к переезду из одной страны в другую (вводились определенный род и качество системы тормозов, управления и сигнализации, система знаков, которая устанавливала бы национальность автомобиля и т. д.; определенный возраст и квалификация шоферов). Конвенция предусматривала выдачу особых паспортов, так называемых международных дорожных свидетельств, при предъявлении которых водители и их автомобили допускались беспрепятственно к передвижению по стране.

Развитие автотранспортного транспорта во время Первой мировой войны, особенно в послевоенные годы, показало устарелость Конвенции 1909 г. и ее несоответствие со сложившимся в то время состоянием автотранспорта. Инициативу созыва международной конференции для пересмотра Конвенции 1909 г. взяло на себя французское правительство, предложив проект новой Конвенции. Интерес этого проекта заключался в том, что в отличие от Конвенции 1909 г., касавшейся передвижения лишь только на автомашинах, он охватывал все средства передвижения по дорогам общего пользования и весьма детально описывал порядок пользования такими дорогами для каждого из этих средств, вплоть до вьючных и верховых лошадей⁴. Кроме того, принятая в Париже 24 апреля 1926 г. новая Конвенция содержала в себе специальные положения о форме, размерах дорожных знаков и местах их установки. Ею впервые была введена треугольная форма для предупреждающих знаков. Таким образом,

² Международная конвенция относительно передвижения автомобилей (Париж, 11 октября 1909 г.) // Известия Министерства иностранных дел. СПб., 1912. Кн. 1. С. 1–29.

³ Международная конвенция относительно автомобильного движения (Париж, 24 апреля 1926 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/2540348/#text> (дата обращения: 10.05.2018).

⁴ Мигри. Международная конвенция автопередвижения // За рулем. 1929. № 6(15). С. 8–9.

условия, которые сложились к 1926 г., потребовали на международном уровне изменить подход к анализируемому нами процессу от ассоциации его просто с передвижением одних только автомобилей (как это делала Конвенция 1909 г.) до осознания его как сложного и многокомпонентного явления, определяемого уже как «автомобильное движение».

Если вновь вернуться к Конвенции 1949 г., то нетрудно заметить, что хотя в ее названии и применяется термин «дорожное движение», однако в дальнейшем тексте Конвенции так и не давалось определения этому понятию⁵. Указанное обстоятельство говорит о том, что в мировой практике к 1949 г. не сложилось понимание дорожного движения как потенциально опасного и сложного социально-технического процесса. Это в первую очередь объясняется тем, что сам процесс дорожного движения еще не приобрел привычную нам современную форму и по-прежнему находился на начальной стадии своего развития вследствие разрушительного воздействия прошедшей Второй мировой войны, во многом затормозившей такое развитие (особенно в сферах автодорожного строительства и автодорожной инфраструктуры).

Так, в первые послевоенные годы в СССР продолжала оставаться высокой доля грузооборота, осуществляемая посредством гужевого транспорта, а плотность грунтовых дорог во многих регионах страны преобладала над плотностью автодорог с твердым покрытием. В целом состояние автомобильно-дорожного комплекса можно было охарактеризовать как тяжелейшее. Большинство автомобильных заводов были разрушены или эвакуированы для того, чтобы выпускать ориентированную для нужд фронта военную технику, а междугородние трассы с улично-дорожной сетью городов и населенных пунктов находились в полуразрушенном состоянии⁶. Оставалась низкой и доля автотранспортных средств, принадлежавших индивидуальным владельцам⁷.

Поэтому после Второй мировой войны перед СССР, как и перед остальным миром, стояла главная задача урегулировать требования и правила, которыми руководствовались бы отдельные страны, организовывая на своей территории процесс дорожного движения. Разработкой таких требований и правил занялась созданная в 1947 г. Европейская экономическая комиссия Организации Объединенных Наций (ЕЭК ООН), а 19 сентября 1949 г. в Женеве на очередной конференции ООН по дорожному движению уже были приняты «Конвенция о дорожном движении»

⁵ Международная конвенция о дорожном движении (Женева, 19 сентября 1949 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/10180322> (дата обращения: 10.05.2018).

⁶ См.: *Войтенков Е. А.* Государственно-правовое обеспечение безопасности дорожного движения в России : исторический опыт и перспективы : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 171.

⁷ Так, к 1950 г. в СССР насчитывалось всего 23 956 автомобилей отечественного и иностранного производства, принадлежавших физическим лицам (см.: *Рифицкий Г. П.* Автомобильно-дорожный комплекс России и безопасность движения. Ч. 3 : 1945–1965 гг. М., 2011. С. 76–78).

вместе с «Протоколом о дорожных знаках и сигналах»⁸, к которым СССР присоединился в 1959 г. и на базе которых в нашей стране были разработаны первые единые Правила дорожного движения⁹ и ГОСТ 2965–60 «Знаки дорожные, сигнальные»¹⁰ (введены в действие одновременно в 1961 г.).

Кроме того, Конвенция 1949 г. впервые установила важнейшие для организации дорожного движения ограничения габаритных размеров и массы автомобилей, участвующих в международном движении. Так, общая ширина таких автомобилей не должна была превышать 2,5 м, а высота – 3,8 м. Максимальная длина автомобиля с одним прицепом – 18 м, а с двумя прицепами – 22 м. Максимальная допустимая нагрузка, приходящаяся на одиночную наиболее нагруженную ось – 8 т, а на двойную ось – 14,5 т. Эти параметры принимались в качестве расчетных при проектировании и строительстве дорог, при создании новых автомобилей, учитывались при осуществлении конкретных мероприятий по организации движения.

Таким образом, целью Конвенции 1949 г. являлось содействие развитию международного дорожного движения и его безопасности. К Конвенции о дорожном движении 1949 г. присоединилось большинство стран мира, что обеспечило широкие масштабы унификации национальных правил движения. Однако система дорожных знаков по Протоколу 1949 г. ориентировалась на европейский опыт организации движения и не была принята странами Северной и Южной Америки, а также рядом государств, использовавших собственные системы дорожной сигнализации¹¹.

Быстрые темпы автомобилизации во всех странах мира требовали постоянного совершенствования правил дорожного движения и системы дорожной сигнализации. Поэтому практически сразу после принятия упомянутых соглашений в рамках Комитета по внутреннему транспорту (КВТ) ЕЭК ООН была начата работа по подготовке новых конвенций. Указанная работа была завершена принятием в Вене 8 ноября 1968 г. Конвенции о дорожном движении¹² и Конвенции о дорожных знаках и

⁸ Международная конвенция о дорожном движении (Женева, 19 сентября 1949 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/10180322> (дата обращения: 10.05.2018).

⁹ Правила движения по улицам и дорогам Союза ССР : приказ МВД СССР от 11 января 1960 г. № 25. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс». URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=home#doc/ESU/37980/4294967295/0> (дата обращения: 10.05.2018).

¹⁰ Знаки дорожные, сигнальные : госстандарт СССР № ГОСТ 2965–60 // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации «ТЕХЭКС-ПЕРТ». URL: <http://docs.cntd.ru/document/464608698> (дата обращения: 10.05.2018).

¹¹ См.: *Клишковштейн Г. И., Афанасьев М. Б.* Организация дорожного движения. М., 2001. С. 14.

¹² Международная конвенция о дорожном движении (Вена, 8 ноября 1968 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/2540357/> (дата обращения: 10.05.2018).

сигналах¹³. Однако и эти конвенции, отрегулировавшие ряд важных вопросов, связанных с организацией дорожного движения, так и не установили саму дефиницию «дорожного движения».

В России термин «дорожное движение» получил официальное признание лишь в 1971 г., после того как по инициативе Государственной автомобильной инспекции Комитет по научно-технической терминологии Академии наук СССР разрешил его использовать вместо ранее применявшихся в нормативных актах терминов «движение по улицам городов и автомобильным дорогам», «уличное движение», «движение в городах, других населенных пунктах и на автомобильных дорогах»¹⁴.

Сопоставление процесса развития автомобильного транспорта с процессом принятия национальных и международных правовых актов в сфере безопасности дорожного движения позволяет нам выявить характерную хронологическую последовательность происходящих изменений в государственном (и межгосударственном) управлении процессами, связанными с появлением нового вида транспортных средств. Данная последовательность выглядит следующим образом:

1) появление нового вида транспортного средства;

2) появление новых средств (или технических возможностей их создания) и методов организации дорожного движения, делающих безопасным процесс эксплуатации нового вида транспортного средства;

3) появление новых правовых институтов, методов и приемов, апробированных в национальном законодательстве отдельных стран с целью правовой регламентации происходящих изменений в общественных отношениях, связанных с появлением нового вида транспортного средства, а также новых средств и методов организации дорожного движения;

4) закрепление на международном уровне в виде заключенной Конвенции основных понятий, требований и критериев, которыми в дальнейшем необходимо будет руководствоваться всему мировому сообществу, организовывая процесс дорожного движения и осуществляя деятельность по обеспечению его безопасности;

5) создание в государствах, присоединившихся к Конвенции национальных законодательных баз в сферах организации процесса дорожного движения и обеспечения его безопасности, основывающихся на общих с мировым сообществом понятиях, требованиях и критериях.

Следует сказать, что за всю прошедшую историю человечество пережило всего два ключевых момента, связанных с появлением революционно новых транспортных средств, кардинальным образом поменявших представление о самом процессе передвижения человека по дорогам. К таковым следует отнести моменты изобретения колеса и изобретения автомобиля. Указывая в первоначальном этапе приведенной нами по-

¹³ Международная конвенция о дорожных знаках и сигналах (Вена, 8 ноября 1968 г.) // Информационно-правовой портал «ГАРАНТ.РУ». URL: <http://base.garant.ru/2540647/> (дата обращения: 10.05.2018).

¹⁴ См.: Лукьянов В. В. Безопасность дорожного движения. М., 1974. С. 9.

следовательности на появление «нового вида транспортного средства», мы в первую очередь имели в виду момент изобретения автомобиля, так как именно с этого времени ярко прослеживаются переходные явления (правового, организационного, управленческого характера и др.) от многовекового применения человеком гужевого транспорта к использованию в его жизни более совершенного транспортного средства, а накопленный в ходе такого перехода опыт может быть полезен уже в условиях наступления третьего исторического момента, связанного с появлением революционно нового транспортного средства – беспилотного автомобиля.

Правильность такого подхода подтверждается и выводами проведенных в последнее время историко-правовых исследований.

Например, Е. А. Войтенков утверждает, что «правовой аспект решения проблем организации дорожного движения и обеспечения его безопасности в имперский период истории России был очень незначителен, поскольку дорожное движение и проблемы, связанные с ним, не имели отчетливой и существенной социальной значимости»¹⁵. Иными словами, существовавший в то время (или преобладающий в последние годы указанного периода) гужевой транспорт, характеризовавшийся невысокой скоростью передвижения и поэтому не представляющий из себя серьезной общественной опасности, не только не требовал появления сложных, высокотехнологичных средств и методов организации дорожного движения, но и обширной законодательной базы в сфере обеспечения безопасности дорожного движения.

Указанная картина кардинальным образом начинает меняться уже в советский период, который пришелся на время, когда автомобиль быстрыми темпами стал увеличивать свою роль в осуществлении грузовых и пассажирских перевозок на дорогах страны и мира. В связи с этим с самого начала советское руководство стало уделять большое внимание вопросам, связанным с развитием автомобильного транспорта. Так, В. И. Ленин отмечал громадное значение автомобильного дела, справедливо полагая, что именно автомобилями будет заменено большое количество рабочего скота в земледелии и извозной промышленности, что в свою очередь позволит обратить значительное количество земли, используемой для заготовки кормов, на добывание продуктов питания для населения¹⁶.

Следует отметить, что наметившееся в советский период увеличение роли автомобиля приводило не только к появлению соответствующих средств, методов организации дорожного движения и законодательной базы, но и к становлению нового государственного аппарата, осуществляющего функции по обеспечению безопасности дорожного движения. Так,

¹⁵ Войтенков Е. А. Государственно-правовое обеспечение безопасности дорожного движения в России : исторический опыт и перспективы : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2014. С. 20.

¹⁶ См.: Ленин В. И. Полн. собр. соч. М., 1973. Т. 23. С. 351–352.

только за первые двадцать лет советской власти данный государственный аппарат прошел путь своего становления от возложения в конце 1917 г. задач по наблюдению за движением транспорта и пешеходов по улицам Петрограда на сформированные из числа рабочих и служащих подразделения дружинников¹⁷ до создания в 1936 г. в системе правоохранительных органов специализированной структуры по обеспечению безопасности дорожного движения – Госавтоинспекции¹⁸.

Завершая анализ приведенной выше хронологической последовательности происходящих изменений в государственном (и межгосударственном) управлении процессами, связанными с появлением нового вида транспортных средств хочется выделить такую ее специфическую особенность, как предшествование заключения соответствующей Международной конвенции перед последующими процессами создания национальных законодательных баз в сферах организации процесса дорожного движения и обеспечения его безопасности.

Представляется, что и в условиях внедрения в процесс дорожного движения возможностей использования беспилотных автомобилей указанная хронологическая последовательность со всей ее спецификой будет также выполняться, т. е. первоочередное значение перед созданием соответствующего национального законодательства будет иметь разработка и заключение новой Международной конвенции о дорожном движении, которая помимо новых требований и критериев к организации процесса дорожного движения и осуществлению деятельности по обеспечению его безопасности позволит, как мы надеемся, наконец-то закрепить на международном уровне и само определение «дорожное движение».

Подтверждению прогноза о выполнении в современных условиях упомянутой выше хронологической последовательности служит и ряд следующих обстоятельств. Во-первых, многократно возросшая интенсивность появления новаторских технических решений (если ранее интервалы между своими «техническими прорывами» человечество рассчитывало десятилетиями, столетиями, а порой и тысячелетиями, то сегодня счет идет на годы и даже на месяцы). Во-вторых, происходящие в мире процессы глобализации стали приводить к тому, что первоочередную роль приобретают именно решения, принимаемые на международном уровне.

Безусловно, для того чтобы Россия могла полноценно участвовать в будущем процессе формирования международных правил и критериев

¹⁷ Документы великой пролетарской революции. Т. 1 : Из протоколов и переписки Военно-революционного комитета Петроградского совета. М., 1938. Ст. 479. С. 296–297.

¹⁸ Об утверждении Положения о Государственной автомобильной инспекции Главного управления рабоче-крестьянской милиции Народного комиссариата внутренних дел Союза ССР : постановление СНК СССР от 3 июля 1936 г. № 1182 // Информационно-правовой портал «Правовая Россия». URL: <http://lawru.info/dok/1936/07/03/n1195599.htm> (дата обращения: 10.05.2018).

в рассматриваемых нами сферах, ей изначально необходимо накопить свой собственный опыт, связанный с внедрением в дорожное движение возможностей, предоставляемых искусственным интеллектом. И опыт этот обязательно должен быть передовым, иначе Россия не сможет составить конкуренцию другим технически развитым странам.

Воронежский институт МВД России

Любимов Л. В., кандидат юридических наук, доцент, старший преподаватель кафедры уголовного права и криминологии

E-mail: leonvrn@rambler.ru

Тел.: 8(473) 200-53-37

Voronezh Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs

Lyubimov L. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Senior Lecturer of the Criminal Law and Criminology Department

E-mail: leonvrn@rambler.ru

Tel.: 8 (473) 200-53-37

К НЕКОТОРЫМ ВОПРОСАМ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
ПОЛЕТОВ БЕСПИЛОТНЫХ ЛЕТАТЕЛЬНЫХ АППАРАТОВ
НА ТЕРРИТОРИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

А. И. Быков

*Федеральное казенное учреждение научно-исследовательский институт
Федеральной службы исполнения наказаний*

Поступила в редакцию 9 июня 2018 г.

Аннотация: рассматриваются некоторые проблемы правового регулирования полетов беспилотных летательных аппаратов на территории Российской Федерации. В настоящее время беспилотники стали популярны среди гражданского населения, что повлекло к созданию новых общественных отношений, требующих законодательного регулирования со стороны государства. Автором проведен анализ правовой базы, регулирующей данный вопрос, сделаны выводы и предложены пути решения данной проблемы.

Ключевые слова: законодательство, беспилотный летательный аппарат, БПЛА, правовые нормы, санкции.

Abstract: in this article the author considers some problems of legal regulation of flights of unmanned aerial vehicles on the territory of the Russian Federation. Over the past couple of years, drones have become popular among the civilian population, which led to the creation of new public relations that require legislative regulation by the state. The author analyzes the legal framework governing this issue, draws conclusions and suggests ways to solve this problem.

Key words: legislation, unmanned aerial vehicle, BPLA, legal norms, sanctions.

Российская Федерация – демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления, – так гласит Конституция РФ¹. Из данного определения следует, что на территории Российской Федерации действует верховенство права, что характеризует регулирование государственных и общественных отношений посредством законодательства. В их числе массовое использование беспилотных летательных аппаратов (далее – БПЛА, дрон), которое требует разработку и принятие законодательства, регулирующего ввоз, приобретение, использование и регистрацию БПЛА на территории Российской Федерации.

Стоит отметить, что до 2016 г. использование беспилотников в целях осуществления полетов в воздушном пространстве Российской Федерации не было регламентировано. БПЛА весом до 30 кг не подлежали учету и свободно использовались гражданским населением. В последующем Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 291-ФЗ «О внесении изменений в Воздушный кодекс Российской Федерации» внес поправки в Воздушный кодекс Российской Федерации (далее – ВК РФ), предусмотрев

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

с 5 июля 2017 г. государственную регистрацию и государственный учет БПЛА весом от 0,25 до 30 кг. Однако беспилотники весом до 250 г не были учтены, что вывело их за пределы правового поля, регулирующего их использование².

По состоянию на начало 2018 г. ведение реестра БПЛА массой более 30 кг отнесено к компетенции Федерального агентства воздушного транспорта (далее – Росавиация). Коммерческие компании и граждане, ввозящие или производящие на территории Российской Федерации беспилотники данной категории, должны зарегистрировать аппарат и получить справку о его постановке на учет в Федеральной службе безопасности РФ. В случае если БПЛА имеет массу от 0,25 до 30 кг, то учет за ними будет осуществлять Министерство транспорта РФ. Такая информация содержится в проекте постановления Правительства РФ «Об утверждении Порядка учета беспилотных гражданских воздушных судов с максимальной взлетной массой от 0,25 килограмма до 30 килограммов, ввезенных в Российскую Федерацию или произведенных в Российской Федерации»³. Предполагается также, что для регистрации и получения разрешения на использование и полет БПЛА потребуется предоставить в регистрирующий орган следующие сведения: Ф.И.О. собственника, контактный телефон, адрес регистрации и проживания и ИНН владельца. Помимо этого необходимо будет указать технические характеристики и дополнительную информацию о беспилотнике, в том числе: год изготовления, мощность, максимальная взлетная масса, тип и число двигателей, компания-изготовитель, назначение модели, серийный номер аппарата. Для прохождения процедуры регистрации БПЛА собственник должен предварительно зарегистрироваться на едином электронном портале оператора системы учета, указав свои персональные данные.

Предположительно постановкой на учет БПЛА должно заниматься подведомственное Министерству транспорта РФ предприятие «Защита-ИнфоТранс», которое разработало технологию идентификации беспилотников с помощью радиочастотных меток – RFID-меток. Радиометки будут прикрепляться на корпус дрона при регистрации и позволят считывать информацию о беспилотнике и его владельце на расстоянии до 300 м. Данные, полученные от БПЛА, обрабатываются с помощью специального оборудования, становятся доступными оператору считывающего прибора. Стоимость RFID-метки сопоставимо с ценой постановки на учет БПЛА и обойдется его владельцу примерно в 200–300 рублей.

Следует отметить, что в настоящее время ФГУП «ЗащитаИнфоТранс» не производит постановку на учет, так как на территории Российской Федерации не налажена система мониторинга воздушного пространства для БПЛА и не принят соответствующий нормативно-правовой акт.

² О внесении изменений в Воздушный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 3 июля 2016 г. № 291-ФЗ. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Данные меры, по мнению законодателя, будут способствовать контролю и осуществлению безопасности в воздушном пространстве государства. Однако за последнее время в мире участились случаи чрезвычайных происшествий, произошедших по вине оператора беспилотника или в случае потери управления над БПЛА, которые в свою очередь повлекли или могли повлечь человеческие увечья, травмы, имущественные потери. В ноябре 2017 г. в японском городе Огаки на шоу робототехники БПЛА врезался в группу людей из шести человек. По мнению экспертов, оператор потерял управление над беспилотником, что повлекло его падение, который нанес вред здоровью участникам мероприятия⁴. Неоднократны случаи столкновения дронов с гражданской авиацией. Так, неподалеку от канадского Квебек-Сити гражданский БПЛА столкнулся с самолетом, нанеся повреждения крылу воздушного судна⁵. Подобные случаи были отмечены в Англии, Австралии, Великобритании, Аргентине, Соединенных Штатах Америки. Были отмечены также случаи столкновения БПЛА со зданиями, сооружениями, транспортом, например в Улан-Удэ беспилотник «Почты России» столкнулся со зданием, выполняя доставку груза.

Данные случаи характеризуют БПЛА как источник повышенной опасности, который требует оперативного и качественного регулирования со стороны законодателя.

В настоящее время предусмотрены некоторые ограничения как при регистрации, так и использования БПЛА, например владелец может быть лишен права управлять беспилотником из-за судимости или привязанности к наркотическим средствам. Нарушение правил, закрепленных ст. 11.3–11.5 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ)⁶, влечет, как правило, наложение административного штрафа от 1 тыс. до 500 тыс. рублей, в зависимости от совершенного деяния. Так, согласно ч. 4 ст. 11.5 КоАП РФ управление воздушным судном лицом, не имеющим права управления им, влечет наложение административного штрафа в размере от 2 тыс. до 2500 рублей.

Управление воздушным судном, не прошедшим государственной регистрации, не поставленным на государственный учет или не имеющим государственного и регистрационного или учетного опознавательного знака, имеющим заведомо подложные регистрационные данные, влечет наложение административного штрафа на владельца воздушного судна в размере от 2 тыс. до 2500 рублей или лишение права управления воздушным судном на срок до 1 года (ч. 5 ст. 11.5 КоАП РФ).

⁴ На шоу в Японии дрон врезался в толпу зрителей. URL: <https://news.sputnik.ru/obschestvo/d27b00eb473e42760c5c264770199ab61b919bb6> (дата обращения: 19.06.2018).

⁵ Дрон идет на таран. URL: https://www.gazeta.ru/tech/2017/10/18/10948256/dron_hit_plane.shtml (дата обращения: 19.06.2018).

⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 23.04.2018). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

За нарушение правил использования воздушного пространства согласно ст. 11.4 КоАП РФ лицо, его допустившее, может быть оштрафовано до 5 тыс. рублей (физические лица) и до 500 тыс. рублей (юридические лица).

В случае если правонарушение несет уголовную ответственность, то квалификация преступления будет осуществляться в соответствии с Уголовным кодексом Российской Федерации.

По нашему мнению, в предлагаемом механизме регистрации и контроля БПЛА имеются существенные недостатки, например:

- малая дальность (300 м) идентификации. Этого расстояния недостаточно для контроля обширных территорий нашей страны;
- отсутствие правовых последствий для владельцев БПЛА, не прошедших регистрацию;
- сложности установления и доказывания, так как очевидно, что для того чтобы привлечь нарушителя к ответственности, необходимо изъять летающий (летевший) БПЛА, а также установить его владельца;
- отсутствие правовой регламентации ситуаций, связанных с невозможностью идентификации БПЛА в связи с поломками радиометки. Устанавливаемая на корпус БПЛА радиометка может экранироваться различными способами и приводиться в негодность;
- слабая защищенность радиометок. Не исключены случаи подделки радиометок, замены их с одного БПЛА на другой, подобно тому, как это происходит с SIM-картами мобильных телефонов.

К вышеперечисленным недостаткам стоит добавить, что большинство операторов беспилотников не обладают опытом и навыками управления, знаниями нормативно-правового регулирования полетов, запрещенных для полета зон, что в свою очередь ставит под угрозу жизнь и здоровье окружающих. Кроме того, БПЛА может также нанести огромный вред имуществу.

Анализ регулирования полетов БПЛА в Российской Федерации показал, что правовая база находится на стадии формирования, она не систематизирована, отсутствует механизм реализации, мониторинга, юридической ответственности. В целом не сформирована единая государственная концепция в решении данной проблемы.

В целях уменьшения чрезвычайных ситуаций по вине оператора беспилотника, считаем целесообразным внести дополнение в ВК РФ в части, касающейся получения права управления БПЛА, а именно ст. 8.1 «Обязательные сертификация и аттестация в гражданской авиации» необходимо дополнить пунктом следующей редакции: «В целях использования беспилотных летательных аппаратов гражданское лицо должно обладать правами, которые можно получить, пройдя курс специального обучения». Кроме того, необходимо дополнить ВК РФ статьей, содержащей условия получения права на управление БПЛА. В ней будут перечислены требования к потенциальным операторам беспилотников.

Предполагаемые права будут выдаваться сроком на два года, по истечении которого оператор БПЛА должен осуществить передачу ком-

плексного экзамена в целях проверки теоретических знаний и практических навыков.

К курсу специального обучения и сдаче экзаменов будут допущены лица, достигшие возраста совершеннолетия (18 лет), имеющие медицинское заключение об отсутствии противопоказаний к управлению беспилотным летательным аппаратом, прошедшие в установленном порядке соответствующее профессиональное обучение.

Медицинское заключение характеризуется освидетельствованием врачей по направлениям: наркология, психиатрия. Данная справка позволит исключить из претендентов на получение прав потенциально опасных и больных лиц, сократив число несчастных случаев, совершаемых с помощью БПЛА.

Специальное обучение предлагается разделить на три этапа. На первом этапе изучаются теоретические основы, которые предусматривают правовые основы воздушного законодательства, правила осуществления полетов, зоны, запрещенные для полетов, принципы работы БПЛА и основы знания аэродинамики, технологию изготовления основных узлов летательного аппарата, состав и функции целевой нагрузки, первая неотложная помощь на случай столкновения или аварии, где одной из сторон выступает беспилотник.

Второй этап предусматривает практическое обучение. Оно должно быть не менее шести часов, в зависимости от практических навыков претендента.

Третий этап – завершающий, на котором обучающийся сдает комплексный экзамен по теоретическому курсу и практическим навыкам. По итогам данных экзаменов претенденту будут выдаваться права на пользование БПЛА.

Обучение теоретической и практической базы необходимо организовать на возмездной основе квалифицированными кадрами, обладающими специальными знаниями и подготовкой. Данные лица должны иметь лицензию на осуществление обучения теоретической и практической базы в области использования БПЛА.

Комплексный экзамен, по нашему мнению, должны принимать сотрудники территориальных органов субъектов Министерства РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий, в которых планируется выдача удостоверений права управления БПЛА. Макет и типовая форма прав на пользование беспилотным летательным аппаратом будет схожа с правами на пользование транспортным средством. На них будут указаны: Ф.И.О. оператора, год рождения, место рождения, дата получения прав и передачи, фотография и личная подпись.

Помимо установления права на использование беспилотника, необходимо предусмотреть приостановление и лишение права. Таким образом, целесообразно дополнить ВК РФ статьей: «Основания прекращения, приостановления действия права на управление беспилотным летательным аппаратом», где будут урегулированы следующие вопросы:

- 1) истечение срока действия удостоверения;
- 2) выявленное в результате обязательного медицинского освидетельствования наличие медицинских противопоказаний или ранее не выявленных медицинских ограничений к управлению беспилотным летательным аппаратом;
- 3) решение суда о лишении права управления беспилотным летательным аппаратом временно или на неопределенный срок.

Данное предложение, позволит сократить потенциальное число опасных операторов, по вине которых могут произойти чрезвычайные ситуации при использовании БПЛА.

*Федеральное казенное учреждение
научно-исследовательский институт
Федеральной службы исполнения наказаний*

*Быков А. И., научный сотрудник
E-mail: HellSinG199@mail.ru
Тел.: 8-920-454-93-17*

*Institute of the Penitentiary System of
Russia*

*Bykov A. I., Research Assistant
E-mail: HellSinG199@mail.ru
Tel.: 8-920-454-93-17*

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ. ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

УДК 342.9

СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАРУБЕЖНОГО И РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВИЛ РЫБОЛОВСТВА И ОХРАНЫ РЫБНЫХ ЗАПАСОВ

И. В. Панова

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»*

С. В. Синицина

Астраханский государственный технический университет

Поступила в редакцию 5 сентября 2018 г.

Аннотация: *предпринята попытка проведения сравнительного анализа зарубежного и российского законодательства в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов, в частности было рассмотрено законодательство Республик Туркменистана, Казахстана, Беларуси и др. Установлены как соответствия, так и некоторые разночтения норм российского законодательства и стран СНГ. На основе анализа норм зарубежного права были сделаны предложения нормативного характера для российского законодательства, которые имеют практическое значение.*

Ключевые слова: *административно-правовое регулирование правил рыболовства, рыбное хозяйство, рыбохозяйственная деятельность, охрана рыбных запасов, водные биологические ресурсы, анализ, зарубежное право, аргументы, экологический кризис, негативное воздействие.*

Abstract: *this article attempts to carry out a comparative analysis of foreign and Russian legislation in the field of administrative and legal regulation of fishing rules and protection of fish stocks, in particular, the legislation of the republics of Turkmenistan, Kazakhstan, Belarus and others. Both compliance and some discrepancies in the norms of the Russian legislation and the CIS countries have been established. On the basis of the analysis of the norms of foreign law, the proposals of normative character for the Russian legislation, which have practical value, were made.*

Key words: *administrative and legal regulation of fishing rules, fishing industry, fishing management, protection of fish stocks, water biological resources, analysis, foreign law, arguments, ecological crisis, negative impact.*

Большой интерес к ознакомлению с зарубежным законодательством о рыболовстве и охране рыбных запасов не только вызван стремлением сравнить состояние российского и зарубежного права, но и важен с точки зрения заимствования положительного опыта, а также помогает глубже анализировать собственное законодательство, выдвигать предло-

жения по его совершенствованию. Как правильно отмечал французский юрист Марк Ансель, изучение зарубежного права «открывает перед юристом новые горизонты, позволяет ему лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами. Сравнение способно вооружить юриста идеями и аргументами, которые нельзя получить даже при очень хорошем знании только собственного права»¹.

Рыбное хозяйство – важная составляющая продовольственного обеспечения любого государства. В ряде стран в условиях деградации сельскохозяйственных угодий значение рыбного хозяйства возрастает. Следует помнить, что данная отрасль не может существовать и развиваться без соблюдения самых жестких требований к сохранению водных биологических ресурсов (далее – водных биоресурсов), обеспечению благоприятного состояния водных объектов рыбохозяйственного значения².

Вместе с тем в первое десятилетие XXI в. процесс разрушения водных экосистем России и ряда зарубежных стран продолжился. Его основной причиной служит бесконтрольный вылов рыбных запасов, сброс сточных вод, загрязнение водоемов. В прошлом большой вред водным биоресурсам причинило строительство плотин и гидроузлов мелиоративного назначения. При этом рыбопропускные устройства на этих сооружениях не были эффективны. Все это привело к процессам длительной деградации ресурсной базы рыбного хозяйства, не только сокращению размеров добычи, но и значительному ухудшению видового состава уловов (замена ценных промысловых объектов малоценными)³.

Следовательно, деградация водных биоресурсов есть одно из проявлений экологического и в какой-то мере продовольственного кризиса. Деградацию водных биоресурсов необходимо минимизировать, а также компенсировать с помощью научно обоснованного рыбоводства. Как известно, часть разведенных в контролируемых условиях водных биоресурсов пополняет опустевшие в силу чрезмерной антропогенной нагрузки водоемы и водотоки. В целях воспроизводства рыбных запасов в России и в ряде зарубежных государств строились рыбноводные хозяйства и возводились искусственные нерестилища.

Как на национальном, так и на международном уровне необходим правовой ответ на деградацию водных биоресурсов. Не последнее значение для национального правового регулирования в указанной области играют и акты международного мягкого права. Речь идет, прежде всего, о Кодексе ведения ответственного рыболовства (далее – Кодекс), принятом

¹ Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права : сборник. М., 1981. С. 38.

² См.: Сиваков Д. О. Правовое регулирование рыболовства в России и за рубежом // Экологическое право. 2013. № 5. С. 30–36.

³ См.: Правовой механизм государственного регулирования и поддержки агропромышленного комплекса / под ред. С. А. Боголюбова. М., 2016. С. 278–299.

на Конференции ФАО 31 октября 1995 г.⁴ Следует также обратить внимание на международные правовые акты, разработанные Продовольственной и сельскохозяйственной организацией ООН (сокращенно – ФАО).

«Добровольный по своему исполнению» Кодекс концептуально построен на обязанности государства и пользователей природных ресурсов сохранять экосистемы (как морские, так и прибрежные). Само право на рыболовство влечет за собой обязанность осуществлять его «ответственным способом», обеспечивающим сохранение живых водных ресурсов (ст. 6).

В морских и пресноводных экосистемах следует защищать и восстанавливать жизненно важные места обитания (лагуны, мангровые заросли, рифы, районы обитания молодежи и нерестилища). Необходимо пресечь разрушения, деградацию, загрязнение и другие виды негативного воздействия на местообитания⁵.

В свою очередь управление рыболовством должно содействовать поддержанию качества, разнообразия и наличия живых водных ресурсов в количестве, достаточном для нынешних и будущих поколений. Государствам следует принимать меры по восстановлению популяций, предотвращать перелов рыбы и возникновение избытка добывающих мощностей⁶. В данном аспекте целью государственного регулирования является обеспечение равновесия промыслового усилия и репродуктивных возможностей живых водных ресурсов. В Кодексе предусмотрена развернутая система наблюдения (мониторинга):

– за состоянием ресурсов, изменением их ареалов, влиянием на них отходов и загрязнений;

– за деятельностью рыбопромыслового флота (суда должны регулярно передавать сведения о своей деятельности уполномоченным органам);

– за обеспечением населения рыбопродукцией и их влиянием на здоровье потребителей.

Добычу, грузовые, транспортные операции, перегрузку и распределение рыбы и рыбопродуктов следует осуществлять так, чтобы сохранять их питательную ценность и качество, безопасность для потребителя, а также добиться максимального сокращения отходов при производстве данных продуктов⁷.

Несомненно, Кодекс закладывает определенную модель правоотношений в области мирового рыбного хозяйства. Поэтому многие положения названного Кодекса нашли свое отражение в национальном законо-

⁴ См.: *Зиланов В. К.* Международно-правовые основы управления морскими живыми ресурсами. М., 2014. С. 241.

⁵ См.: *Законодательство о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов* : науч.-практ. пособие / рук. авт. кол. Д. О. Сиваков. М., 2014. С. 84.

⁶ См.: *Сиваков Д. О.* Модель ответственного рыболовства и отечественное законодательство // *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения.* 2015. № 3. С. 34–39.

⁷ См.: *Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов* : науч.-практ. пособие / отв. ред. Е. Л. Минина. М., 2016. С. 57.

подательстве о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов многих «рыболовных» государств.

Говоря о международно-правовом регулировании охраны рыбных запасов, нельзя не обойти стороной опыт административно-правового регулирования рыболовства и охраны рыбных запасов в некоторых государствах – ближайших соседях Российской Федерации. Так, интересен опыт в рассматриваемой области общественных отношений Республики Туркменистан. Законодательство Туркменистана о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов основывается на Конституции Туркменистана и состоит из Закона Туркменистана от 21 мая 2011 г. № 197-4 «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»⁸ и иных нормативно-правовых актов Туркменистана, регулирующих вопросы рыболовства и сохранения водных биологических ресурсов⁹.

Основным законом, регулирующим охрану рыбных запасов, является Закон Туркменистана от 21 мая 2011 г. № 197-4 «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов». Данный закон содержит основные положения о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов. При этом водные биологические ресурсы (далее – водные биоресурсы) – это рыба, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы (ч. 1 ст. 1 данного закона). Рассматриваемый закон закрепляет положения о государственном регулировании в области рыболовства и сохранения водных биоресурсов, сохранения водных биоресурсов и охраны среды их обитания, права на водные биоресурсы и их пользователи, рыболовство (объекты, виды, рыбопромысловые участки, любительское и спортивное) и другие положения.

Если сравнить нормы Закона Туркменистана от 21 мая 2011 г. № 197-4 «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» с нормами Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов»¹⁰, то следует констатировать заимствование норм и понятий у отечественного закона. Например, по туркменскому закону водные биоресурсы – это рыба, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии естественной свободы. Если обратимся к ч. 1 ст. 1 Федерального закона № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов», то увидим, что водные биоресурсы – это тоже рыбы, водные беспозвоночные, водные млекопитающие, водоросли, другие водные животные и растения, находящиеся в состоянии

⁸ URL: http://www.base.spinform.ru/show_doc.fwx?Rgn=43418 (дата обращения: 09.06.2018).

⁹ См.: *Бекяшев Д. К.* Международно-правовой принцип экосистемного подхода в управлении рыболовством // Актуальные проблемы российского права. 2016. № 8. С. 182.

¹⁰ О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов : федер. закон от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ (в ред. от 05.12.2017) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 52 (ч. 1). Ст. 5270.

естественной свободы, т. е. определения понятий водных биоресурсов в указанных законах абсолютно идентичные.

По туркменскому закону сохранение водных биоресурсов – поддержание водных биоресурсов или их восстановление до уровней, при которых могут быть обеспечены максимальная устойчивая добыча (вылов) водных биоресурсов и сохранение их биологического разнообразия, посредством осуществления на основе научных данных мер по изучению, охране, воспроизводству, рациональному использованию водных биоресурсов и охране среды их обитания (абз. 4 ст. 1). В российском законе сохранение водных биоресурсов – это поддержание водных биоресурсов или их восстановление до уровней, при которых могут быть обеспечены максимальная устойчивая добыча (вылов) водных биоресурсов и их биологическое разнообразие¹¹, посредством осуществления на основе научных данных мер по изучению, охране, воспроизводству, рациональному использованию водных биоресурсов и охране среды их обитания (п. 7 ч. 1 ст. 1).

Учитывая, что российский закон был принят в 2004 г., а туркменский – в 2011 г., то можно сделать вывод, что некоторые нормы, закрепленные в законе Туркменистана, были заимствованы у российского законодательства.

Однако в туркменском законе есть и другие определения понятий, которые в отечественном законе трактуются по-другому. Так, понятие «рыболовство» по туркменскому закону представляет деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов в водных объектах рыбохозяйственного значения. По отечественному закону рыболовство – это деятельность по добыче (вылову) водных биоресурсов и в предусмотренных федеральным законом случаях по приемке, обработке, перегрузке, транспортировке, хранению и выгрузке уловов водных биоресурсов, производству рыбной и иной продукции из водных биоресурсов.

Помимо вышеизложенного, анализируемый закон Туркменистана содержит положения, которых нет в отечественном законодательстве. Так, в законе Туркменистана содержится целая глава, посвященная экономическому регулированию охраны и рационального использования водных биоресурсов. Статья 23 закона предусматривает вопросы экономического регулирования охраны и рационального использования водных биоресурсов, которые предусматривают экономически обоснованную систему платежей за пользование водными биоресурсами; экономически обоснованную систему штрафов, исков и платежей за нарушение законодательства об охране и рациональном использовании водных биоресурсов; целенаправленное использование средств, получаемых от реализации конфискованных и переданных уполномоченным государственным органам орудий незаконного добывания водных биоресурсов и его продуктов, в порядке, установленном законодательством Туркменистана; экономическое стимулирование охраны и рационального использования водных биоресурсов; добровольные взносы юридических и физических лиц; дру-

¹¹ См.: *Винокуров А. Ю.* Общественный экологический контроль : современное состояние и перспективы // *Экологическое право.* 2014. № 3. С. 17.

гие экономические методы регулирования в порядке, установленном законодательством Туркменистана.

Кроме того, платежи за пользование водными биоресурсами, их предельные размеры и порядок взимания устанавливаются в соответствии с рассматриваемым законом, иными нормативными правовыми актами Туркменистана (ст. 24).

Заслуживает похвалы норма туркменского закона о мерах поощрения пользователей водных биоресурсов. Такие меры устанавливаются Кабинетом министров Туркменистана и стимулируют осуществление общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов (ст. 25).

Таким образом, краткий сравнительный анализ туркменского и российского законодательства о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов позволил сделать вывод о заимствовании туркменским законодателем некоторых норм у российского законодательства в рассматриваемой области. Вместе с тем в туркменском законодательстве о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов предусмотрена наиболее расширенная система экономического регулирования охраны и рационального использования водных биоресурсов, порядок взимания платежей за пользование водными биоресурсами, их предельные размеры в отличие от отечественного законодательства. Кроме того, поддерживаем включение туркменским законодателем в анализируемый закон нормы о поощрении пользователей водных биоресурсов. Учитывая опыт Туркменистана в области охраны рыбных запасов, полагаем, что закрепление в отечественном законе нормы о мерах поощрения пользователей водных биоресурсов будет их стимулировать на осуществление общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов. В связи с этим предлагаем ст. 2 «Основные принципы законодательства о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов» Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» дополнить п. 10 следующего содержания: «В целях осуществления общепользовательных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных биоресурсов постановлением Правительства РФ устанавливаются меры поощрения для пользователей водных биоресурсов».

Интересен опыт административно-правовой охраны рыбных запасов в Республике Казахстан.

Казахстан располагает богатым рыбохозяйственным водным фондом и благоприятными условиями для интенсивного развития рыбоводства и рыболовства. Учитывая прогнозируемый прирост населения республики и исходя из рекомендуемой наукой нормы (14,6 кг на человека), для удовлетворения потребности населения в рыбе и рыбной продукции необходимо довести объем вылова, выращивания товарной рыбы и импорта рыбы до 272,0 тыс. т в год¹².

¹² О Концепции развития рыбного хозяйства Республики Казахстан. URL: <http://egov.kz/cms/ru/law/list/P060000963> (дата обращения: 09.06.2018).

В целом экспорт рыбы и рыбной продукции за последние годы по отдельным позициям превышает импорт, за исключением консервированной продукции. В республику рыба и рыбная продукция поступает из 43 зарубежных стран. К основным поставщикам рыбы относятся Россия, Норвегия и Китай.

Импорт рыбы и рыбной продукции за последние пять лет как по объему, так и по стоимости был самым высоким в 2017 г. и достигал соответственно 41,9 тыс. т и 23,3 млн долларов США против 34,7 тыс. т и 16,0 млн долларов США по сравнению с 2015 г. Основной объем завозимой продукции в 2017 г. приходился на мороженую, готовую и консервированную рыбу, что составляло почти 95 % от завезенной продукции¹³.

Природоохранные отношения в этом государстве имеют стройную систему и строгую регламентацию. Это объясняется тем, что общественность придает большое значение вопросам охраны природы, в том числе и рыбным запасам, созданию благоприятных с экологической точки зрения условий для жизни.

Обострение социально-экологических кризисов, появление новых видов негативного воздействия на объекты природной среды и новых видов общественно опасного экологического поведения, рост масштабов вредных последствий, причиняемых правонарушителями, – вот далеко не полный перечень факторов, побудивших законодателей ряда стран, в том числе и Республики Казахстан, подготовить и принять нормы законодательства в рассматриваемой области.

Главное место в системе природоохранительного законодательства Республики Казахстан занимает Конституция¹⁴, принятая 30 августа 1995 г., которая содержит публичное заявление о том, что государство ставит целью охрану окружающей среды, благоприятной для жизни и здоровья человека (ст. 31). Кроме того, в ст. 6 Конституции предусматривается право государственной собственности на животный мир.

В Республике Казахстан основным законом, осуществляющим административно-правовое регулирование в области рыболовства и охраны рыбных запасов, является Закон Республики Казахстан от 9 июля 2004 г. № 593-III (с изменениями и дополнениями по состоянию на 15.06.2017) «Об охране, воспроизводстве и использовании животного мира»¹⁵. Этот нормативно-правовой акт является комплексным законом в сфере охраны не только рыбных запасов, но и всего животного мира. Содержит этот закон и такие понятия, как «рыболовство», т. е. лов рыбных ресурсов и других водных животных (п. 14 ст. 1); «рыболов» – физическое лицо, получившее право на любительское (спортивное) рыболовство в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан (п. 15 ст. 1);

¹³ О Концепции развития рыбного хозяйства Республики. URL: <http://egov.kz/cms/ru/law/list/P060000963> (дата обращения: 09.06.2018).

¹⁴ Конституция Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. // Ведомости Парламента Республики Казахстан. 1998. № 2–3. Ст. 25.

¹⁵ URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1049332&page=3#pos=1;-117 (дата обращения: 01.06.2018).

«рыболовный трофей» – объект рыбных ресурсов и других водных животных, их части и дериваты, изъятые из среды обитания в порядке, установленном законодательством Республики Казахстан (п. 16 ст. 1); «рыбак» – работник субъекта рыбного хозяйства, осуществляющий в силу своих трудовых обязанностей лов рыбных ресурсов и других водных животных на закрепленных рыбохозяйственных водоемах и (или) участках (п. 30 ст. 1) и др.

Сравнительный анализ казахского закона и российского закона о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов показал, что в отечественном законодательстве не предусмотрено вышеописанных понятий. Поэтому для определения и конкретизации субъектов рыболовства, позаимствовав опыт применения казахского закона, полагаем целесообразным внести в Федеральный закон от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» следующие изменения. Так, в частности, ч. 1 ст. 1 предлагается дополнить:

пункт 22 текстом следующего содержания: «Рыболов – это работник соответствующего рыбного хозяйства, осуществляющий в силу своих трудовых обязанностей лов рыбных ресурсов и других водных животных на закрепленных рыбохозяйственных водоемах и (или) участках»;

пункт 23 текстом следующего содержания: «Рыбак – физическое лицо, получившее право на любительское (спортивное) рыболовство в порядке, установленном законодательством Российской Федерации».

Небезынтересно административно-правовое регулирование рыболовства и охраны рыбных запасов в Республике Беларусь, которое осуществляется в связи с тем, что одним из перспективных направлений хозяйственной деятельности, обеспечивающих продовольственную безопасность Республики Беларусь, является рыбохозяйственная деятельность, сочетающая в себе хозяйственную деятельность по производству товарной рыбной продукции и природопользование, имеющее в случае с рыбохозяйственной деятельностью комплексный характер.

В качестве стратегической цели развития данной области экономических отношений в Республике Беларусь признана переориентация с промыслового рыболовства на искусственное разведение рыбы и развитие аквакультуры, что требует совершенствования нормативной правовой базы этих отношений, которая в настоящее время регулирует преимущественно традиционные отношения по рыболовству и ведению рыболовного хозяйства.

Сложный характер правоотношений, возникающих при осуществлении рыбохозяйственной деятельности, регулируемых не только нормами аграрного, гражданского, хозяйственного законодательства, но и, в значительной степени, нормами природоресурсного права, а также отсутствие комплексных теоретико-правовых исследований в данной области позволяет говорить об актуальности изучения вопросов рыбохозяйственной деятельности.

В Республике Беларусь понятие и содержание рыбохозяйственной деятельности определяется законодательством о животном мире. В соот-

ветствии с Указом Президента Республики Беларусь от 8 декабря 2005 г. № 580 «О некоторых мерах по повышению эффективности ведения охотничьего хозяйства и рыбохозяйственной деятельности, совершенствованию государственного управления ими»¹⁶ рыбохозяйственная деятельность – вид экономической деятельности, включающей рыбоводство (разведение и выращивание рыбы в искусственных водоемах) и ведение рыболовного хозяйства.

В белорусском законодательстве понятие «рыбное хозяйство» не предусмотрено. Это свидетельствует о некоторой разрозненности правового регулирования единого комплекса отношений, связанных с рыболовством, аквакультурой, сохранением водных биоресурсов и производством рыбной продукции.

Поэтому полагаем, что использование понятия «рыбное хозяйство» в большей степени соответствует структуре этой самостоятельной отрасли агропромышленного производства, в то время как правомерно используемые наравне с ним понятия «рыболовство» и «рыбоводство» отражают в основном лишь природоресурсную сторону данных правоотношений. По мнению Н. А. Шингель, применение его в законодательстве Республики Беларусь позволит унифицировать этот вид хозяйственной деятельности с точки зрения правового регулирования, в том числе по субъектному составу, независимо от содержания возникающих при этом природоресурсных отношений¹⁷.

С точки зрения правового регулирования двух видов рыбохозяйственной деятельности, выделяемых в Республике Беларусь, у них имеются значительные отличия. Наиболее полно урегулированы вопросы рыболовства, в том числе промыслового, и ведения рыболовного хозяйства. Учитывая непосредственную связь рыболовства (рыболовного хозяйства) с природоресурсными отношениями, основной массив правовых норм, которые касаются ведения этого вида деятельности, находится в природоресурсном законодательстве, прежде всего в водном и законодательстве о животном мире¹⁸. Отношения же, возникающие при ведении рыбоводства, лишь частично охватываются сферой действия водного законодательства, но в целом специальное законодательство, системно регулирующее данный вид деятельности, отсутствует.

Таким образом, полагаем, что единое рыбохозяйственное законодательство, регулирующее отношения в области аквакультуры, рыболовства и сохранения водных биоресурсов, которое по смыслу ст. 2 модель-

¹⁶ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: Шингель Н. А. Проблемы правового регулирования рыбохозяйственной деятельности в Республике Беларусь. URL: https://law.bsu.by/pub/25/Shingel_5.doc (дата обращения: 03.06.2018).

¹⁸ См.: Марьин Е. В. Финансово-правовые механизмы обеспечения охраны окружающей среды и рационального природопользования // Право и экология : материалы VIII Междунар. школы-практикума молодых ученых-юристов (г. Москва, 23–24 мая 2013 г.) / отв. ред. Ю. А. Тихомиров, С. А. Боголюбов. М., 2014. С. 85–89.

ного Рыбохозяйственного кодекса, для государств – участников СНГ¹⁹ должно являться нормативно-правовой базой этих отношений²⁰.

В другой республике СНГ – Азербайджане осуществляется также административно-правовое регулирование правил рыболовства и охраны рыбных запасов. Так, Закон Азербайджанской Республики от 27 марта 1998 г. № 457-1Г (с изменениями и дополнениями по состоянию на 28.10.2014) «О рыболовстве»²¹ считает одним из основных принципов рыбохозяйственной политики государства (ст. 7) разделение функций управления в области увеличения, регулирования, использования, охраны и научного обеспечения рыбных запасов и функций рыбозаведения, рыболовства и производства рыбных продуктов. Подобной нормы нет в российском законодательстве.

Статья 13 рассматриваемого закона посвящена включению рыбных продуктов в торговый оборот. Согласно этой норме, в Азербайджане в данный оборот могут включаться рыбные продукты, отвечающие по качеству государственным стандартам и санитарным правилам, имеющие документы о происхождении и качестве²².

В законе предусмотрены положения по установлению порядка утверждения норм допустимых вредных воздействий на водные объекты (ст. 25), ведения рыбохозяйственного кадастра (ст. 27), осуществления рыбохозяйственной экспертизы проектных документов (ст. 28) и определения водоохранных зон (ст. 30) и в значительной степени схожи с правовыми нормами российского природоохранного законодательства.

В законе содержатся также понятия и нормы, закрепленные в российском аналогичном законе. В частности, речь идет об основных принципах политики государства в области рыболовства, обязанностей государства в области увеличения, использования и охраны рыбных запасов, промышленного, спортивного и любительского лова рыбы и др.

На наш взгляд, азербайджанскому законодателю следовало бы обратить внимание на опыт административно-правового регулирования в рассматриваемой области российского законодательства, поскольку, как представляется, российский закон о рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов является наиболее расширенным по сравнению с азербайджанским.

В Кыргызской Республике вопросы охраны рыбных запасов являются тоже актуальными в настоящее время. Основным законом в рассматриваемой области общественных отношений, является закон Кыргызской

¹⁹ О модельном Рыбохозяйственном кодексе для государств – участников СНГ : постановление Межпарламентской ассамблеи государств – участников СНГ от 16 мая 2011 г. № 36-6. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: *Сиваков Д. О.* Правовое регулирование рыболовства в России и за рубежом // *Экологическое право.* 2013. № 5. С. 30–36.

²¹ URL: <http://www.zewo.ru/laws/0457-lq.html> (дата обращения: 04.06.2018).

²² См.: *Правовое регулирование использования и охраны биологических ресурсов : науч.-практ. пособие / С. А. Боголюбов [и др.] ; отв. ред. Е. Л. Минина. М., 2016. С. 254.*

Республики от 25 июня 1997 г. № 39 «О рыбном хозяйстве»²³, который регулирует правовые организационные основы рыбного хозяйства республики в целях «всемерного его развития, сохранения и увеличения рыбных запасов, повышения рыбопродуктивности водоемов и прудов, наиболее полного удовлетворения потребностей населения в рыбной продукции» (преамбула данного закона). К понятию «рыбное хозяйство» (ст. 2) относится «система рыбоводства, рыболовства, воспроизводства и охраны рыбных запасов, направленная на улучшение видового состава рыбных запасов водоемов и прудов, а также обеспечение деятельности рыбохозяйствующих субъектов, независимо от их форм собственности, по выращиванию товарной рыбы, посадочного и племенного материала, добыче, ее охране и переработке». На основании данной статьи к рыбным запасам отнесены как естественные, так и искусственные рыбные запасы, т. е. объекты рыбоводства, при этом только первые провозглашены собственностью государства.

Отдельная статья Закона Кыргызской Республики (ст. 5) посвящена учету рыбных запасов, включая рыбу, выращенную в искусственных водоемах. Она обязывает субъекты рыбного хозяйства ежегодно предоставлять в государственные органы управления рыбохозяйственным комплексом информацию о запасах рыбных ресурсов, таким образом делая указанную процедуру строго обязательной.

Особое внимание в Законе Кыргызской Республики «О рыбном хозяйстве» уделено созданию Фонда развития рыбного хозяйства. Данное понятие не тождественно термину «рыбный запас». В части VI указанного закона речь идет о государственных и негосударственных финансовых институтах (ст. 19), создаваемых для консолидации средств, используемых с целью воспроизводства и охраны рыбных запасов, а также производства рыбы (т. е. рыбоводства) в Кыргызской Республике (ст. 18). Создание подобного фонда в России, закрепление его статуса на законодательном уровне, при условии реального целевого использования, может оказать значительную поддержку отечественным рыбоводным хозяйствам.

Проводя сравнительно-правовой анализ зарубежного и российского законодательства, следует обратить внимание и на нормы об охране рыбных запасов в Республике Молдова. В этом государстве основным нормативно-правовым актом в рассматриваемой области общественных отношений является Закон от 8 июня 2006 г. № 149 «О рыбном фонде, рыболовстве и рыбоводстве»²⁴, который к рыбному фонду отнес все популяции рыб и других водных организмов. Данный закон регулирует порядок и условия создания и охраны рыбного фонда, воспроизводства, выращивания и вылова гидробионтов, мелиорации рыбохозяйственных водных объектов, развития рыбоводства, определяет принципы деятельности органов публичной власти, наделенных полномочиями по управлению водными биоресурсами (ст. 2). Использование обобщающего понятия

²³ Эркин-Тоо. 1997. № 49. 20 июля. С. 15.

²⁴ URL: <http://base.spinform.ru> (дата обращения: 05.06.2018).

«гидробионты» является примером удачного применения емкого общераспространенного термина, к которому отнесены естественные водные биоресурсы и иные объекты рыбоводства.

Необходимо заметить, что в законодательстве некоторых стран, понятие «рыбный/рыбохозяйственный фонд» применяется в различной смысловой интерпретации. В одних случаях речь идет о финансовом институте поддержки рыбоводства, а в других, как в рассматриваемом законе Республики Молдова, – в качестве синонима понятия «рыбные ресурсы (запасы)/запасы водных биоресурсов»²⁵.

Анализируя закон Республики Молдова, следует отметить, что глава 2 полностью посвящена компетенции органов публичной власти и специализированных учреждений в рыбохозяйственной деятельности. В ней определены полномочия не только государственных органов власти, но и Академии наук Молдовы, а также профильных учреждений (например, по разработке научных исследований и выработке практических рекомендаций (ст. 8). Назидательным для российской практики является предоставление широких полномочий в области рыбоводства органам местного управления (ст. 9), которые правомочны даже приостанавливать несанкционированную деятельность по использованию водных биоресурсов в природных рыбохозяйственных водоемах (п. «1» ст. 9).

Помимо этого, законом Республики Молдова определено статусное формирование Ихтиологического совета как органа при центральном управлении природными ресурсами и охраны окружающей среды, по координации рыбохозяйственных и научно-исследовательских работ (ст. 10). Это скорее подобие Межведомственной ихтиологической комиссии (ФГУ «МИК») при Росрыболовстве, которая, к сожалению, не имеет столь сильной правовой основы создания, в связи с чем с каждым годом становилась все менее «межведомственной» вплоть до реорганизации. Придание ей подобного статуса на уровне закона могло бы повысить значимость данной организации, объединяющей именитых ученых и практиков-рыбоводов, и заставить считаться с ее мнением.

Предварительный анализ законодательства стран СНГ позволил сделать вывод, что нормы законодательных актов по-разному решают вопрос об иностранном присутствии в территориальных водах суверенного государства. Например, согласно законодательству Азербайджана, юридические и физические лица иностранных государств могут пользоваться рыбными запасами в водных бассейнах страны. Юридические и физические лица иностранных государств приобретают право пользования рыбными запасами Азербайджанской Республики в порядке, предусмотренном законодательством. Право и правила пользования юридическими и физическими лицами иностранных государств рыбными запасами в Азербайджане определяются соответствующим органом исполнительной власти.

²⁵ Мониторинг законодательства о лесах и животном мире : науч.-практ. пособие / сост. С. А. Боголюбов [и др.]. М., 2011. С. 296.

Принципы российского законодательства о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов и принципы политики в области рыбного хозяйства других государств являются важным ориентиром для правового регулирования в названных государствах, а в итоге – ответственного рыболовства. Имеет место сходство законодательства России и других государств – членов СНГ в области рыбного хозяйства (в части понятийного аппарата, принципов, видов рыболовства, квот вылова, комбинации разрешительных и договорных способов регулирования)²⁶.

Таким образом, сравнительный анализ законодательства зарубежных стран с российским в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов показал, что соответствующие положения во многом повторяют нормы российского закона, но с учетом исправления пробелов и неточностей российского законодателя. Наиболее показателен в этом отношении является Закон Туркменистана от 21 мая 2011 г. № 197-4 «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов».

В целом можно сделать вывод о том, что страны СНГ содержат обширную законодательную базу, позволяющую регулировать отношения в сфере рыболовства и охраны рыбных запасов.

Вместе с тем сравнительный анализ законодательства зарубежных стран с российским в области административно-правового регулирования правил рыболовства и охраны рыбных запасов позволил сделать предложения законодательного характера. Так, для определения и конкретизации субъектов рыболовства, позаимствовав опыт применения казахского закона, полагаем целесообразным внести в Федеральный закон от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» следующие изменения. В частности, ч. 1 ст. 1 закона предлагается дополнить:

1) пункт 22 текстом следующего содержания: «Рыболов – это работник соответствующего рыбного хозяйства, осуществляющий в силу своих трудовых обязанностей лов рыбных ресурсов и других водных животных на закрепленных рыбохозяйственных водоемах и (или) участках»;

2) пункт 23 текстом следующего содержания: «Рыбак - физическое лицо, получившее право на любительское (спортивное) рыболовство в порядке, установленном законодательством Российской Федерации».

Кроме того, предлагается, ст. 2 «Основные принципы законодательства о рыболовстве и сохранении водных биоресурсов» Федерального закона от 20 декабря 2004 г. № 166-ФЗ «О рыболовстве и сохранении водных биологических ресурсов» дополнить пунктом 10 текстом следующего содержания: «В целях осуществления общепользовных мероприятий по рациональному использованию, воспроизводству и охране водных

²⁶ См.: *Сиваков Д. О.* Правовое регулирование рыболовства в России и зарубежных государствах : общее и особенное // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2017. № 5. С. 135–141.

биоресурсов, постановлением Правительства РФ устанавливаются меры поощрения для пользователей водных биоресурсов».

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Панова И. В., доктор юридических наук, профессор департамента дисциплин публичного права

E-mail: ipanova@hse.ru

Астраханский государственный технический университет

Синицина С. В., старший преподаватель кафедры конституционного и административного права

E-mail: ipanova@hse.ru

National Research University "Higher School of Economics"

Panova I. V., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Public Law Disciplines Department

E-mail: ipanova@hse.ru

Astrakhan State Technical University

Sinitsina S. V., Senior Lecturer of the Constitutional and Administrative Law Department

E-mail: ipanova@hse.ru

**О ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ВОПРОСАХ ПРОВЕРКИ УСТРАНЕНИЯ
ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ПОСЛУЖИВШИХ ОСНОВАНИЕМ
ДЛЯ НАЗНАЧЕНИЯ АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ
В ВИДЕ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРИОСТАНОВЛЕНИЯ
ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Д. Н. РЫЖКОВ

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 8 июля 2018 г.

Аннотация: *исследуются особенности проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности. Предлагается механизм, способствующий разрешению коллизий относительно проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности.*

Ключевые слова: *административное приостановление деятельности, принуждение, наказание, мера, проверка устранения обстоятельств.*

Abstract: *the article deals with the main features of verification related to the rectification of circumstances as a basis in sentencing of administrative punishment as an administrative suspension of activities. The author examines the matter of verification related to the rectification of circumstances as a basis in sentencing of administrative punishment as an administrative suspension of activities, suggests some recommendations for legislative improvement.*

Key words: *administrative suspension of activities, coercion, punishment, measure, rectification of circumstances.*

Прочитывая положение п. 1 ч. 5 ст. 32.12 КоАП РФ о проверке устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности, невольно возникают вопросы: в каком виде проходит или должна проходить такая проверка? какой документ должен составляться по результатам такой проверки?

214

Подобные вопросы возникают ввиду отсутствия регламентации порядка проведения проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности.

Получается, правовыми основаниями для выезда должностного лица, уполномоченного составлять протокол об административном правонарушении, для проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности, являются положения ч. 5 ст. 32.12 КоАП РФ и ранее вынесенное постановление о назначении

административного наказания в виде административного приостановления деятельности.

С учетом изложенного, на наш взгляд, целесообразно проводить внеплановую проверку в форме документарной и (или) выездной проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности, при этом используя в качестве ориентира положения ст. 10 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».

Так, руководителям органа государственного контроля (надзора) целесообразно издавать распоряжение (приказ) о проведении внеплановой проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности, в качестве основания проведения – ч. 5 ст. 32.12 КоАП РФ, а также реквизиты ранее вынесенного постановления о назначении административного наказания в виде административного приостановления деятельности.

Необходимо надлежащим образом уведомить о проведении проверки, которое заключается в совершении должностными лицами следующих действий: направление в адрес лиц, подлежащих проверке, уведомления о проведении проверки и обеспечение получения доказательств, подтверждающих факт получения лицами, подлежащими проверке, уведомления о проведении проверки.

Кроме того, по итогам внеплановой проверки необходимо составлять акт внеплановой проверки.

Вместе с тем можно взять за основу типовую форму распоряжения (приказа), утвержденную приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 30 апреля 2009 г. № 141 «О реализации положений Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (в ред. от 30.09.2016 № 620), которая представлена в следующем виде:

(Типовая форма)

215

(наименование органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля)

РАСПОРЯЖЕНИЕ (ПРИКАЗ)
органа государственного контроля (надзора),
органа муниципального контроля о проведении
_____ проверки

(плановой/внеплановой, документарной/выездной)

юридического лица, индивидуального предпринимателя

от «__» _____ г. № _____

1. Провести проверку в отношении _____

(наименование юридического лица, фамилия, имя, отчество
(последнее – при наличии) индивидуального предпринимателя)

2. Место нахождения: _____

(юридического лица (филиалов, представительств, обособленных структурных подразделений),
места фактического осуществления деятельности индивидуальным предпринимателем и (или)
используемых ими производственных объектов)

3. Назначить лицом(ами), уполномоченным(и) на проведение проверки: _____

(фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии), должность должностного лица
(должностных лиц), уполномоченного(ых) на проведение проверки)

4. Привлечь к проведению проверки в качестве экспертов, представителей экспертных организаций следующих лиц: _____

(фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии), должности привлекаемых к проведению
проверки экспертов и (или) наименование экспертной организации с указанием реквизитов
свидетельства об аккредитации и наименования органа по аккредитации,
выдавшего свидетельство об аккредитации)

5. Настоящая проверка проводится в рамках _____

(наименование вида (видов) государственного контроля (надзора), муниципального контроля,
реестровый(ые) номер(а) функции(й) в федеральной государственной информационной системе
«Федеральный реестр государственных и муниципальных услуг (функций)»)

6. Установить, что:
настоящая проверка проводится с целью: _____

При установлении целей проводимой проверки указывается следующая информация:

а) в случае проведения плановой проверки:

– ссылка на утвержденный ежегодный план проведения плановых проверок;

– реквизиты проверочного листа (списка контрольных вопросов), если при проведении плановой проверки должен быть использован проверочный лист (список контрольных вопросов);

б) в случае проведения внеплановой проверки:

– реквизиты ранее выданного проверяемому лицу предписания об устранении выявленного нарушения, срок для исполнения которого истек;

– реквизиты заявления от юридического лица или индивидуального предпринимателя о предоставлении правового статуса, специально-

го разрешения (лицензии) на право осуществления отдельных видов деятельности или разрешения (согласования) на осуществление иных юридически значимых действий, если проведение соответствующей внеплановой проверки юридического лица, индивидуального предпринимателя предусмотрено правилами предоставления правового статуса, специального разрешения (лицензии), выдачи разрешения (согласования);

– реквизиты поступивших в органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля обращений и заявлений граждан, юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, а также сведения об информации, поступившей от органов государственной власти и органов местного самоуправления, из средств массовой информации;

– реквизиты мотивированного представления должностного лица органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля по результатам анализа результатов мероприятий по контролю без взаимодействия с юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями, рассмотрения или предварительной проверки поступивших в органы государственного контроля (надзора), органы муниципального контроля обращений и заявлений граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, юридических лиц, информации от органов государственной власти, органов местного самоуправления, из средств массовой информации;

– реквизиты приказа (распоряжения) руководителя органа государственного контроля (надзора), изданного в соответствии с поручениями Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации;

– реквизиты требования прокурора о проведении внеплановой проверки в рамках надзора за исполнением законов и реквизиты прилагаемых к требованию материалов и обращений;

– сведения о выявленных в ходе проведения мероприятия по контролю без взаимодействия с юридическими лицами, индивидуальными предпринимателями индикаторах риска нарушения обязательных требований;

в) в случае проведения внеплановой выездной проверки, которая подлежит согласованию органами прокуратуры, но в целях принятия неотложных мер должна быть проведена незамедлительно в связи с причинением вреда либо нарушением проверяемых требований, если такое причинение вреда либо нарушение требований обнаружено непосредственно в момент его совершения:

– реквизиты прилагаемой к распоряжению (приказу) о проведении проверки копии документа (рапорта, докладной записки и другие), представленного должностным лицом, обнаружившим нарушение;

задачами настоящей проверки являются: _____

7. Предметом настоящей проверки является (отметить нужное):
соблюдение обязательных требований и (или) требований, установленных муниципальными правовыми актами;

соответствие сведений, содержащихся в уведомлении о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности, обязательным требованиям;

соответствие сведений, содержащихся в заявлении и документах юридического лица или индивидуального предпринимателя о предоставлении правового статуса, специального разрешения (лицензии) на право осуществления отдельных видов деятельности или разрешения (согласования) на осуществление иных юридически значимых действий, если проведение соответствующей внеплановой проверки юридического лица, индивидуального предпринимателя предусмотрено правилами предоставления правового статуса, специального разрешения (лицензии), выдачи разрешения (согласования) обязательным требованиям, а также данным об указанных юридических лицах и индивидуальных предпринимателях, содержащимся в едином государственном реестре юридических лиц, едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей и других федеральных информационных ресурсах;

выполнение предписаний органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля;

проведение мероприятий:

по предотвращению причинения вреда жизни, здоровью граждан, вреда животным, растениям, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, музейным предметам и музейным коллекциям, включенным в состав Музейного фонда Российской Федерации, особо ценным, в том числе уникальным, документам Архивного фонда Российской Федерации, документам, имеющим особое историческое, научное, культурное значение, входящим в состав национального библиотечного фонда;

по предупреждению возникновения чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера;

по обеспечению безопасности государства;

по ликвидации последствий причинения такого вреда.

8. Срок проведения проверки: _____

К проведению проверки приступить с «__» _____ 20__ года.

Проверку окончить не позднее «__» _____ 20__ года.

9. Правовые основания проведения проверки: _____

(ссылка на положения нормативного правового акта, в соответствии с которым осуществляется

проверка)

10. Обязательные требования и (или) требования, установленные муниципальными правовыми актами, подлежащие проверке _____

11. В процессе проверки провести следующие мероприятия по контролю, необходимые для достижения целей и задач проведения проверки (с указанием наименования мероприятия по контролю и сроков его проведения):

- 1) _____
- 2) _____
- 3) _____

12. Перечень положений об осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля, административных регламентов по осуществлению государственного контроля (надзора), осуществлению муниципального контроля (при их наличии):

_____ (с указанием наименований, номеров и дат их принятия)

13. Перечень документов, представление которых юридическим лицом, индивидуальным предпринимателем необходимо для достижения целей и задач проведения проверки:

(должность, фамилия, инициалы руководителя, заместителя руководителя органа государственного контроля (надзора), органа муниципального контроля, издавшего распоряжение или приказ о проведении проверки)

_____ (подпись, заверенная печатью)

_____ (фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии) и должность должностного лица, непосредственно подготовившего проект распоряжения (приказа), контактный телефон, электронный адрес (при наличии))

В соответствии с п. 42 приказа Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека от 16 июля 2012 г. № 764 «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека государственной функции по проведению проверок деятельности юридических лиц, индивидуальных предпринимателей и граждан по выполнению требований санитарного законодательства, законодательства Российской Федерации в области защиты прав потребителей, правил продажи отдельных видов товаров» (зарегистрировано в Минюсте России 04.09.2012 № 25357), например о проведении внеплановой выездной проверки проверяемые юридические лица и проверяемые индивидуальные предприниматели уведомляются

не менее чем за 24 часа до начала ее проведения любым доступным способом.

В п. 44 указанного приказа закреплено, что предметом документарной проверки являются сведения, содержащиеся в документах лиц, подлежащих проверке, устанавливающие организационно-правовую форму, права и обязанности, а также документы, используемые при осуществлении ими их деятельности и связанные с исполнением ими обязательных требований, исполнением предписаний и постановлений должностных лиц.

В п. 48 приказа отмечено, что выездная проверка проводится в случае, если при наличии основания для проведения проверки не представляется возможным путем документарного способа ее проведения: удостовериться в полноте и достоверности сведений, содержащихся в уведомлении о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности и иных имеющихся в распоряжении должностных лиц Роспотребнадзора документах лиц, подлежащих проверке; оценить соответствие деятельности лиц, подлежащих проверке, обязательным требованиям без соответствующего мероприятия по контролю, для проведения которого требуется организация выездной проверки.

Кроме того, в силу п. 39 приказа для ознакомления лиц, подлежащих проверке, с распоряжением (приказом) о проведении проверки, необходимо выполнить такие действия, как: направление заверенной печатью копии распоряжения (приказа) о проведении проверки в адрес лица, подлежащего проверке, с требованием представить необходимые для рассмотрения в ходе проведения документарной проверки документы; вручение заверенной печатью копии распоряжения (приказа) руководителю, иному должностному лицу или уполномоченному представителю проверяемого юридического лица, проверяемому индивидуальному предпринимателю, его уполномоченному представителю, проверяемому гражданину, его уполномоченному представителю одновременно с предъявлением служебных удостоверений.

Один экземпляр акта проверки с копиями приложений вручается руководителю, иному должностному лицу или уполномоченному представителю проверяемого юридического лица, проверяемому индивидуальному предпринимателю, его уполномоченному представителю, под расписку об ознакомлении либо об отказе в ознакомлении с актом проверки.

В случае отсутствия руководителя, иного должностного лица или уполномоченного представителя проверяемого юридического лица, проверяемого индивидуального предпринимателя, его уполномоченного представителя, а также в случае отказа лица, подлежащего проверке, дать расписку об ознакомлении либо об отказе в ознакомлении с актом проверки акт направляется заказным почтовым отправлением с уведомлением о вручении, которое приобщается к акту проверки.

Отметим, что на практике такой подход в части проведения внеплановых проверок зарекомендовал себя с положительной стороны (реше-

ние Московского городского суда от 26.01.2018 по делу № 7 – 421/2018; решение Краснодарского краевого суда от 02.04.2015 № 12 – 997/2015).

По итогам проведения внеплановой проверки (документарной / выездной), необходимо составлять акт внеплановой проверки, вручить или направить акт проверки лицам, подлежащим проверке.

Думается, что за основу при подведении итогов внеплановой проверки можно взять типовую форму акта проверки, утвержденную приказом Министерства экономического развития Российской Федерации от 30 апреля 2009 г. № 141 «О реализации положений Федерального закона «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля» (в ред. от 30.09.2016 № 620).

(Типовая форма)

_____ (наименование органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля)

_____ «__» _____ 20__ г.

(место составления акта) (дата составления акта)

_____ (время составления акта)

АКТ ПРОВЕРКИ

органом государственного контроля (надзора),
органом муниципального контроля юридического лица,
индивидуального предпринимателя
№ _____

По адресу/адресам: _____

_____ (место проведения проверки)

На основании: _____

_____ (вид документа с указанием реквизитов (номер, дата))

была проведена _____ проверка в отношении:

(плановая/внеплановая, документарная/выездная)

_____ (наименование юридического лица, фамилия, имя, отчество
(последнее – при наличии) индивидуального предпринимателя)

Дата и время проведения проверки:

"__" __ 20__ г. с __ час. __ мин до __ час. __ мин. Продолжительность

"__" __ 20__ г. с __ час. __ мин до __ час. __ мин. Продолжительность

(заполняется в случае проведения проверок филиалов, представительств, обособленных структурных подразделений юридического лица или при осуществлении деятельности индивидуального предпринимателя по нескольким адресам)

Общая продолжительность проверки: _____

(рабочих дней/часов)

Акт составлен: _____

(наименование органа государственного контроля (надзора) или органа муниципального контроля)

С копией распоряжения/приказа о проведении проверки ознакомлен(ы): (заполняется при проведении выездной проверки)

(фамилии, инициалы, подпись, дата, время)

Дата и номер решения прокурора (его заместителя) о согласовании проведения проверки: _____

(заполняется в случае необходимости согласования проверки с органами прокуратуры)

Лицо(а), проводившее проверку: _____

(фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии), должность должностного лица (должностных лиц), проводившего(их) проверку; в случае привлечения к участию в проверке экспертов, экспертных организаций указываются фамилии, имена, отчества (последнее – при наличии), должности экспертов и/или наименования экспертных организаций с указанием реквизитов свидетельства об аккредитации и наименование органа по аккредитации, выдавшего свидетельство)

При проведении проверки присутствовали: _____

(фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии), должность руководителя, иного должностного лица (должностных лиц) или уполномоченного представителя юридического лица, уполномоченного представителя индивидуального предпринимателя, уполномоченного представителя саморегулируемой организации (в случае проведения проверки члена саморегулируемой организации), присутствовавших при проведении мероприятий по проверке)

В ходе проведения проверки:

выявлены нарушения обязательных требований или требований, установленных муниципальными правовыми актами (с указанием положений (нормативных) правовых актов): _____

(с указанием характера нарушений; лиц, допустивших нарушения)

Административная ответственность...

выявлены несоответствия сведений, содержащихся в уведомлении о начале осуществления отдельных видов предпринимательской деятельности, обязательным требованиям (с указанием положений (нормативных) правовых актов): _____

выявлены факты невыполнения предписаний органов государственного контроля (надзора), органов муниципального контроля (с указанием реквизитов выданных предписаний):

нарушений не выявлено _____

Запись в Журнал учета проверок юридического лица, индивидуального предпринимателя, проводимых органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля, внесена (заполняется при проведении выездной проверки):

(подпись проверяющего)

(подпись уполномоченного представителя
юридического лица, индивидуального
предпринимателя, его уполномоченного
представителя)

Журнал учета проверок юридического лица, индивидуального предпринимателя, проводимых органами государственного контроля (надзора), органами муниципального контроля, отсутствует (заполняется при проведении выездной проверки):

(подпись проверяющего)

(подпись уполномоченного представителя
юридического лица, индивидуального
предпринимателя, его уполномоченного
представителя)

Прилагаемые к акту документы: _____

Подписи лиц, проводивших проверку: _____

С актом проверки ознакомлен(а), копию акта со всеми приложениями получил(а): _____

(фамилия, имя, отчество (последнее – при наличии), должность руководителя, иного должностного лица или уполномоченного представителя юридического лица, индивидуального предпринимателя, его уполномоченного представителя)

"__" _____ 20__ г.

(подпись)

Пометка об отказе ознакомления с актом проверки:

(подпись уполномоченного должностного лица (лиц), проводившего проверку)

Таким образом, полагаем, что предложенный механизм будет способствовать разрешению коллизий относительно проверки устранения обстоятельств, послуживших основанием для назначения административного наказания в виде административного приостановления деятельности.

Воронежский государственный университет

Рыжков Д. Н., аспирант кафедры административного и административного процессуального права, ведущий специалист – эксперт правового отдела Управления Федеральной налоговой службы по Воронежской области

E-mail: dima.ryjkov2018@yandex.ru

Тел.: 8-952-554-40-35

Voronezh State University

Ryzhkov D. N., Post-graduate Student of the Administrative and Administrative Procedural Law Department, Leading Specialist – Expert of the Legal Department of Voronezh Federal Tax Service

E-mail: dima.ryjkov2018@yandex.ru

Tel.: 8-952-554-40-35

УДК 347.73

ЗАЩИТА ПРАВ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКА
В УСЛОВИЯХ НОВОЙ ПАРАДИГМЫ ПРАВОВОГО МЫШЛЕНИЯ
(ПОСТАНОВЛЕНИЕ КС РФ ОТ 24 МАРТА 2017 Г. № 9-П/2017)*

М. В. Карасева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 5 ноября 2018 г.

Аннотация: постановление КС РФ от 24 марта 2017 г. № 9-П /2017 меняет устоявшуюся парадигму налогового мышления, при которой занижение налоговой базы в налогообложении всегда ведет к недоимке, а также расширяет представление о механизме взаимосвязи налогового и гражданского права.

Ключевые слова: имущественный налоговый вычет, занижение налоговой базы, недоимка, неосновательное обогащение, защита прав налогоплательщиков.

Abstract: it is underlined that Resolution of the CC from March 24, 2017 № 9-item/2017 of the Russian Federation changes the settled paradigm of tax thinking at which understating of tax base in the taxation always leads to the arrears, and also expands the idea about the mechanism of interrelation tax and civil law.

Key words: a property tax deduction, understating of tax base, a arrears, unjust enrichment, protection of the taxpayer's rights.

Проблема защиты прав налогоплательщика всегда актуальна и по-разному в разные периоды. Точнее, эта проблема проявляется по-разному в разных сегментах налогово-правового регулирования, и даже более того, – в сфере налогообложения в целом. Это вполне естественно и обусловлено тем, что налоговые правоотношения изначально противоречивы, конфликтны, поэтому требуют защиты в отношении как налогоплательщика, так и государства.

В аспекте защиты прав налогоплательщика особый интерес представляет постановление Конституционного Суда РФ (далее – КС РФ) от 24 марта 2017 г. № 9-П. Это постановление достаточно парадоксально, ибо на первый взгляд очевидно, что налогоплательщики, подавшие жалобу в Конституционный Суд РФ, не получили удовлетворения своих интересов. Вместе с тем правовая позиция, сформулированная в этом постановлении, открывает новую парадигму правового мышления, обеспечивает понимание того, что объективно налогоплательщик не может

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 17-03-00702 «Налоговый суверенитет и защита прав налогоплательщиков: опыт ЕС и ЕАЭС».

оказаться в имущественной выгоде лишь в силу того, что в налоговом законодательстве нет механизма, способного восстановить справедливость и защитить интересы государства. Таким образом, ценность названного постановления КС РФ непосредственно для налогоплательщика, в частности в деле защиты его прав, заключается в понимании того, что защита его прав не может быть осуществлена в случае отсутствия в налоговом законодательстве правовых механизмов, восстанавливающих социальную справедливость.

Ситуация, заставившая заявителей обратиться в КС РФ, заключалась в следующем: налоговый орган принял без законных на то оснований решение о предоставлении физическим лицам имущественных налоговых вычетов по НДФЛ. Через некоторое время, обнаружив ошибку, обратился в суд с иском о возврате этими лицами выделенной из бюджета суммы как неосновательного обогащения по ст. 1102 ГК РФ.

По результатам рассмотрения дела суд вынес постановление, в соответствии с которым положения ст. 32, 48, 69, 70 и 101 НК РФ, а также п. 3 ст. 2 и ст. 1102 ГК РФ не противоречат Конституции РФ и не исключают возможность взыскания с налогоплательщика денежных средств, полученных им вследствие неправомерно (ошибочно) предоставленного по решению налогового органа имущественного налогового вычета по НДФЛ в порядке возврата неосновательного обогащения в случае, если эта мера является единственно возможным способом защиты фискальных интересов государства.

В постановлении КС РФ примечательно то, что еще в начале мотивировочной части суд сформулировал принципиальную позицию, которая определила всю его логику, в том числе подходы к аргументации доводов, изложенных в жалобе заявителей. Эта позиция условно может быть определена как позиция баланса юридических возможностей и выражена в постановлении следующим образом: «у одной из сторон налоговых правоотношений не должно быть прерогатив, которые бы не были сбалансированы соответствующими юридическими возможностями, имеющимися в распоряжении другой стороны» (п. 2.2). Поэтому, по мнению суда, «то обстоятельство, что налогоплательщик мог добросовестно заблуждаться относительно законности основания получения имущественного налогового вычета, а налоговый орган по тем или иным причинам не опроверг правомерность заявленных им требований, не может служить основанием для невозврата задолженности перед бюджетной системой» (п. 3).

В опоре на вышеуказанную позицию суд представил доводы о невозможности разрешения ситуации, явившейся предметом судебного разбирательства в соответствии с законодательством о налогах и сборах. Основным доводом, ярче всего выражающим эту позицию, является следующий: налоговый орган, используя законодательство о налогах и сборах, будет вынужден для возврата налога в бюджет использовать короткий, шестимесячный срок для обращения в суд, предусмотренный в ст. 48 НК РФ. Такой срок «не гарантирует для налогового органа возможность обеспечить возврат налога из-за пропуска или отсутствия фиксации на-

логовой задолженности в установленном порядке» (п. 4.1). Собственно, этим доводом суд сразу подчеркнул, что невозврат налога (имущественного налогового вычета) в данной ситуации невозможен.

Помимо отмеченного, суд сделал еще ряд убедительных выводов о невозможности в данной ситуации использовать законодательство о налогах и сборах. Во-первых, суд подчеркнул, что субъективное право конкретного лица на возврат из бюджета сумм налога на доходы физических лиц основывается на принятии официального акта. Вследствие этого, по мнению суда, «занижение налоговой базы по указанному налогу вследствие неправомерно (ошибочно) предоставленного налогового вычета не может быть квалифицировано как налоговая недоимка в буквальном смысле», «поскольку конкретный размер обязанности по уплате налога, с учетом заявленного налогового вычета, определяется налоговым органом». Иначе говоря, суд подчеркнул, что недоимка, как и обязанность по уплате налога, есть явления, условием возникновения которых является закон, а не решение налогового органа (п. 4.1). Во-вторых, весьма логичен довод суда о том, что «признание имущественных потерь бюджета вследствие неправомерно (ошибочно) предоставленного налогового вычета как недоимки означало бы признание» «причиненного налогоплательщиком ущерба казне» и «влекло бы необходимость применения в отношении налогоплательщика мер государственного принуждения правосстановительного характера в виде взыскания пени». Между тем, как отмечает суд, «бремя несения дополнительных издержек, обусловленных исключительно упущениями или ошибками налогового органа «не может быть возложено на налогоплательщиков – физических лиц». Применение же мер налоговой ответственности за совершение налогового правонарушения (раздел VI НК РФ), предполагающее необходимость доказывания неправомерности действий налогоплательщика, приводящих к незаконному получению им имущественного налогового вычета, в большинстве случаев вообще невозможно». Наконец, суд, опираясь на свои ранее принятые постановления, указал, что камеральная, равно как и выездная налоговая проверка, в данной ситуации невозможны (п. 4.1).

Все доводы, которые привел суд в обоснование невозможности использования законодательства о налогах и сборах для возврата в бюджет неправомерно (ошибочно) предоставленного налогового вычета по НДФЛ являются весьма убедительными. Однако перечень доводов может быть продолжен, особенно в связи с тем, что в юридической практике сформировалась устойчивая парадигма научного мышления: факт занижения налоговой базы всегда ведет к недоимке как сумме не уплаченного в срок налога¹. Практикообразующим в этом аспекте является, прежде всего, законоположение, требующее при вынесении решения о привлечении к налоговой ответственности правоприменительной трансформации

¹ См.: *Пепеляев С. Г.* Субъективно-объективное решение // *Налоговед.* 2017. № 5. С. 4–7; *Разгулин С. В.* Конституционный Суд о взыскании налоговой задолженности // Там же. С. 63–68.

(признания) излишне возмещенной по решению налогового органа суммы налога в недоимку (абз. 4 п. 8 ст. 101 НК РФ).

Анализ НК РФ показывает, что логика налогового мышления «занижение налоговой базы – недоимка – пени – штраф» состоятельна в случаях: неправомерных вычетов по НДС, являющихся звеном в исчислении НДС², незаконного возмещения НДС (абз. 4 п. 8 ст. 101 НК РФ), неправомерно полученного возврата налога и др.

Что касается имущественного налогового вычета по НДФЛ, то он принципиально отличается от вышеперечисленных явлений тем, что обладает самостоятельной функциональной значимостью, в данном смысле – социальной ценностью, а не служит просто звеном в механизме исчисления налога. Имущественный налоговый вычет по НДФЛ выполняет в налогообложении исключительно регулирующую функцию, так как стимулирует население к приобретению относительно недорогого жилья (вычет – 2 млн руб.). В связи с отмеченным занижение налоговой базы, имеющее место у налогоплательщика в случае неправомерно предоставленного по решению налогового органа имущественного налогового вычета по НДФЛ, не должно автоматически приводить к образованию у последнего недоимки по следующим причинам.

Во-первых, в силу функциональной значимости имущественный налоговый вычет по НДФЛ а priori не сводим к налогу, а значит, и недоимке как его производной. Конечно, имущественный налоговый вычет по НДФЛ является атрибутом НДФЛ и зависим от него. Однако налог и имущественный налоговый вычет по НДФЛ функционально не накладываются друг на друга, хотя и пересекаются. Это происходит в силу того, что налог выполняет прежде всего, а недоимка – исключительно, фискальную функцию, в то время как имущественный налоговый вычет по НДФЛ – только регулирующую функцию.

Во-вторых, имущественный налоговый вычет по НДФЛ в силу его функциональной значимости представляет для налогоплательщика особую социальную значимость. В случае покупки жилья ему предоставляется законом право (а не возлагается обязанность) получить возврат части своего дохода, уже переданного (или возвращаемого по мере передачи) в бюджет в виде налога. Ведь если налог – это часть заработанного налогоплательщиком дохода, то естественно, что имущественный налоговый вычет при покупке жилья – это возврат какой-то части переданного в бюджет в виде налога дохода. Поэтому налогоплательщик, реализовавший свое право и получивший имущественный налоговый вычет при отсутствии законных оснований, но не по его вине, должен быть обеспечен твердыми гарантиями защиты своего права в том смысле, чтобы не превратиться в лицо, не исполнившее налоговую обязанность и, таким образом, обремененного недоимкой. В противном случае не соблюдается классическая логика правового регулирования: реализация субъектом

² См.: Соловьева Н. А. Налоговые вычеты и налоговые льготы / под ред. М. В. Сенцовой. М., 2012. С. 193.

своего права без совершения противоправных действий не может рассматриваться как неисполнение каких-либо его обязанностей.

Конституционный Суд РФ в постановлении исходит из того, что НК РФ (ст. 69–70 и 101) не может рассматриваться как обеспечивающий «необходимые и достаточные возможности правомерного возврата в бюджет соответствующей налоговой задолженности», хотя, как подчеркивается, «оно и не исключено» (п. 4.1). Возникает вопрос: не исключено, почему? Не исключено потому, что, как следует из постановления, «федеральный законодатель не лишен возможности «в случае нарушения норм законодательства о налогах и сборах и образования у налогоплательщика задолженности перед бюджетной системой» «использовать как налогово-правовые средства, так и в их отсутствие – иные отраслевые средства возврата бюджетных средств» (п. 2.1). Однако очевидно, что для этого федеральный законодатель должен выразить свою волю в налоговом законе. Пока он ее не выразил актуальным является решение Конституционного Суда по данному вопросу.

В постановлении суд пришел к выводу о возможности использования института неосновательного обогащения, предусмотренного в главе 60 ГК РФ, для возврата из бюджета незаконно полученных налогоплательщиком денежных средств. Однако важно заметить, что такой вывод сделан им не исходя из выбора норм, «подлежащих применению в конкретном деле, равно как и оценки правильности применения норм налогового и гражданского законодательства», так как это не относится к компетенции КС РФ. Суд сделал такой вывод потому, что институт неосновательного обогащения «представляет собой конкретизированное нормативное выражение общеправовых принципов равенства и справедливости, лежащих в основе российского конституционного правопорядка», а также в связи с конституционным требованием о «недопустимости осуществления прав и свобод человека и гражданина в нарушение прав и свобод других лиц» (п. 4.2 постановления). Именно эта правовая позиция суда позволяет понять, что судебное постановление в части института неосновательного обогащения не ограничено и не может быть ограничено требованием п. 3 ст. 2 ГК РФ («к налоговым отношениям гражданское законодательство не применяется»³), равно как и требованием о соблюдении гражданско-правовой формы обязательства из неосновательного обогащения. В связи с этим суд, не входя в отраслевой анализ института неосновательного обогащения, подчеркивает, что его использование, исходя из конституционных требований обеспечения баланса публичных и частных интересов не исключается и «за пределами гражданско-правовой сферы», хотя в этом случае «оно должно соотноситься с особенностями налоговых отношений», о критериях которых суд высказался (п. 4.2).

³ Между тем именно на несоблюдение в данном постановлении КС РФ требования п. 3 ст. 2 ГК РФ почему-то очень часто обращается внимание в литературе (см.: *Пепеляев С. Г.* Указ. соч. С. 5 ; *Артюх А. А.* Комментарий // *Налоговед.* 2017. № 5. С. 69).

Итак, из постановления КС РФ следует, что институт неосновательного обогащения, урегулированный нормами главы 60 ГК РФ, не является исключительно гражданско-правовым, а значит, имеет межотраслевой характер.

С этим выводом нельзя не согласиться хотя бы потому, что сегодня уже накопилась обширная судебная практика использования обязательства из неосновательного обогащения за пределами гражданско-правового режима⁴.

Из решения КС РФ о возврате налогоплательщиком имущественного налогового вычета по НДФЛ в порядке неосновательного обогащения логически вытекают следующие выводы:

а) устоявшаяся парадигма налогового мышления «занижение налоговой базы – недоимка – пени – штраф», используемая в налоговом правоприменении, не является единственно возможной. В случае с неправомерным предоставлением имущественного налогового вычета по НДФЛ и, соответственно, занижением налоговой базы у налогоплательщика она должна выглядеть так: «занижение налоговой базы – доход налогоплательщика и имущественные потери бюджета – возврат в бюджет неосновательного обогащения» (п. 2.2 и 4.2);

б) механизм взаимосвязи налогового и гражданского права, осуществляется не только по линии ГК РФ – НК РФ, как это следует из п. 3 ст. 2 ГК РФ и п. 1 ст. 11 НК РФ, но и на уровне НК РФ – «институт неосновательного обогащения» как межотраслевой правовой феномен, сохраняющий гражданско-правовую форму, но имеющий налогово-правовой режим. Говоря более конкретно, имущественный налоговый вычет по НДФЛ, неправомерно предоставленный налогоплательщику по решению налогового органа должен быть им возвращен в бюджет как неосновательное обогащение, предусмотренное главой 60 ГК РФ, но имеющее особенности налогового правоотношения, так как по своему конституционно-правовому смыслу этот институт является межотраслевым правовым феноменом.

Если федеральный законодатель внесет в действующее налогово-правовое регулирование изменения в части необоснованно полученного имущественного налогового вычета по НДФЛ, то очевидно, что в этом случае будут действовать нормы законодательства о налогах, сборах и СВ, а не постановление КС РФ. Не случайно суд подчеркивает, что институт неосновательного обогащения как способ «исправления допущенных налоговым органом ошибок» «оказывается единственно возмож-

⁴ См.: Карасева М. В. Налоговое и гражданское право : альтернативы, выравнивания, трансформации // Рос. журнал правовых исследований. 2017. № 2. С. 35–42 ; Красюков А. В. Неосновательное обогащение в механизме косвенного налогообложения // Финансовое право. 2013. № 6. С. 30–33. В зарубежной правоприменительной практике институт неосновательного обогащения также широко используется за пределами гражданско-правовой сферы (см.: Tokawski W., Lasinski-Sulecki K. Unjust Enrichment in Tax Cases judged by the Court of Justice... // Проблемы налогового правоприменения в странах Центральной и Восточной Европы / под ред. А. Н. Костюкова. Омск, 2013 С. 265–273).

ной, вынужденной мерой для обеспечения неукоснительного соблюдения конституционной обязанности платить законно установленные налоги и сборы». Между тем представляется, что ценность постановления КС РФ в этом случае не утратится. Правовая позиция Конституционного Суда РФ по поводу неосновательного обогащения как «конкретизированного нормативного выражения лежащих в основе российского конституционного правопорядка общеправовых принципов равенства и справедливости, в их взаимосвязи с получившим закрепление в Конституции РФ требованием о недопустимости осуществления прав и свобод человека и гражданина с нарушением прав и свобод других лиц» свою актуальность будет сохранять. Соответственно, она может быть использована применительно как к сфере налоговых отношений, так и к имущественным отношениям иной отраслевой принадлежности.

Постановление КС РФ ценно, прежде всего, тем, что заставляет юридическую практику в сфере налогообложения отойти от сложившейся *парадигмы мышления*, состоящей в том, чтобы любой факт занижения налоговой базы автоматически, без учета специфики конкретной ситуации всегда сводить к недоимке, а значит, исходить из необходимости применения к спорной ситуации исключительно законодательства о налогах, сборах и СВ. Конечно, это касается лишь тех случаев, когда законодательство о налогах, сборах и СВ не содержит конкретного правового регулирования, требующего такой логики, какая имеет место в абз. 4 п. 8 ст. 101 НК РФ.

Кроме того, постановление КС РФ значимо и потому, что изменяет устоявшийся взгляд на структуру взаимосвязи налогового и гражданского права. Изменяет в том смысле, что позволяет шире, а точнее, с конституционно-правовых позиций взглянуть на механизм этой взаимосвязи, не ограничивая ее только установкой п. 3 ст. 2 НК РФ, где отмечено, что к налоговым отношениям гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законом. Между тем именно данное законоположение оспаривают заявители, полагая, что гражданское законодательство вообще не может быть применимо к налоговым отношениям⁵.

⁵ См.: Карасева М. В. Постановление Конституционного Суда РФ от 24 марта 2017 г. № 9-П в «зеркале» налогового права // Журнал конституционного правосудия. 2018. № 2. С. 14–17.

Воронежский государственный университет

Карасева М. В., доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой финансового права

E-mail: mvsentsova@gmail.com

Voronezh State University

Karaseva M. V., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Financial Law Department

E-mail: mvsentsova@gmail.com

**ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКА:
ВЗАИМОСВЯЗЬ, ЗАЩИТА И РЕАЛИЗАЦИЯ***

А. В. Красюков

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 7 июля 2018 г.

Аннотация: *статья посвящена изучению важной части юридического содержания налогового обязательства: прав и обязанностей налогоплательщика. Особое внимание уделяется структуре субъективных налоговых прав и обязанностей и их взаимосвязи. Анализируется также реализация прав и обязанностей налогоплательщика в налоговом обязательстве. Делается вывод о необходимости совершенствования механизма защиты прав налогоплательщика.*

Ключевые слова: *право, обязанность, защита права, исполнение обязанности, налоговое обязательство.*

Abstract: *the article is devoted to the study of an important part of the legal content of the tax obligation: the rights and obligations of the taxpayer. The author pays special attention to the structure of subjective tax rights and duties and their interrelations. The article also analyzes the implementation of the rights and obligations of the taxpayer in tax obligation. Based on the study, the author comes to the conclusion that it is necessary to improve the mechanism for protecting the rights of the taxpayer.*

Key words: *right, duty, protection of right, implementation of duty, tax obligation.*

Признавая в государстве творца прав личности, определявшего их объем и содержание, сторонники юридического позитивизма отрицали возможность ограничения государственной власти посредством субъективных прав. Подобное ограничение государства, согласно сущности позитивистской теории, являлось самоограничением¹.

В русле данной концепции можно предположить, что субъективные права налогоплательщика являются результатом самоограничения государства, выраженным в законе. В связи с этим практически все субъективные права налогоплательщика реализуются путем обращения в фискальный или иной уполномоченный государственный орган.

Это обусловлено не только относительным характером налогового обязательства, но и тем, что только уполномоченные государственные органы способны удовлетворить интерес налогоплательщика, лежащий в основе его субъективного налогового права. Средством такого удовлетворения всегда является определенное самоограничение фискального

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 17-03-00702 «Налоговый суверенитет и защита прав налогоплательщиков: опыт ЕС и ЕАЭС».

¹ См.: Поляков А. В., Козлихин И. Ю. Русская политико-правовая мысль и идея правового государства. Власть и право. Л., 1990. С. 12–13.

интереса со стороны государства. Например, право на использование налоговой льготы может быть реализовано лишь путем полного или частичного отказа государства от взимания налога.

Определенное исключение составляют те субъективные права налогоплательщика, которые реализуются за счет пассивного поведения. Например, право не исполнять незаконные требования налоговых органов. Однако доля таких прав налогоплательщика незначительна и не может поставить под сомнение вышеуказанное свойство субъективных прав налогоплательщика.

В юридической литературе совершенно верно отмечено, что права налогоплательщика можно разделить на безусловные и относительные. Безусловными правами налогоплательщик пользуется по своему усмотрению, а фискальные органы обязаны не препятствовать в этом. Относительными правами налогоплательщик может воспользоваться лишь при определенных обстоятельствах, предусмотренных законом, на основании правоприменительного акта².

Однако даже для реализации безусловных субъективных прав налогоплательщика от налоговых органов требуется совершение определенных действий и составление письменных документов. Например, право на получение информации может быть реализовано лишь посредством получения письменного ответа из налогового органа.

Закрепление субъективных прав налогоплательщика в законодательстве производится либо непосредственно, либо через закрепление обязанностей фискальных органов, подразумевая наличие корреспондирующих им прав. Вместе с тем налоговое законодательство содержит нормы, которые прямо не указывают на принадлежащие гражданам и организациям права и обязанности, но содержание этих норм, по мнению некоторых авторов, позволяет сделать вывод о наличии указанных прав и обязанностей. К числу подобных норм ими отнесена ст. 3 НК РФ, закрепляющая основные начала налогового законодательства³.

Из содержания данной статьи авторы выделяют:

- 1) право на равное налогообложение независимо от формы собственности, организационно-правовой формы предпринимательской деятельности, места нахождения и иных оснований, носящих дискриминационный характер;
- 2) право на справедливое и соразмерное имущественным возможностям взимание налогов;
- 3) право на экономически обоснованное налогообложение;
- 4) право на взимание налогов, не препятствующее реализации конституционных прав и свобод⁴.

Думается, что те правовые возможности, которые получает налоговый должник из толкования принципов налогообложения, не являются

² См.: Винницкий Д. В. Субъекты налогового права. М., 2000. С. 82–83.

³ См.: Там же. С. 84.

⁴ См.: Сергиенко Р. А. Налоговая правосубъектность организации // Финансовое право. 2002. № 2.

субъективными правами, поскольку им не корреспондирует обязанность налогового кредитора. Этим правовым возможностям корреспондируют определенные обязанности государства при установлении налогов и сборов, нарушение которых обжалуется, как правило, в порядке конституционного судопроизводства.

Принципы налогового права непосредственно применяются в налоговых отношениях лишь в случае наличия пробела в правовом регулировании или иной ситуации правовой неопределенности. Поэтому правовые возможности, предусмотренные принципами, следует отнести скорее к категории законных интересов, в том числе и потому, что они не имеют четкого механизма реализации.

В отличие от законного интереса субъективное налоговое право налогоплательщика – это предоставленная ему в целях удовлетворения его интересов мера дозволенного (возможного) поведения, обеспеченная соответствующими юридическими обязанностями налоговых органов и их должностных лиц, а также возможностью прибегнуть в необходимых случаях к мерам государственной защиты⁵.

В целом верное определение, приведенное выше, не учитывает, что субъективное право налогоплательщика всегда возникает в процессе исполнения обязанности по уплате налога и, тем самым, является производным от него. Это становится очевидным даже при изучении легально закрепленных субъективных прав налогоплательщика. Данные права можно разделить на несколько групп:

1) права на получение информации, необходимой для правильного исполнения обязанности по уплате налогов (подп. 1 и 2 п. 1 ст. 21 НК РФ);

2) права, возникающие в связи с исполнением обязанности по уплате налогов (подп. 3–6 п. 1 ст. 21 НК РФ);

3) права, при осуществлении мероприятий контроля за своевременностью и полной уплатой налогов (подп. 7–11, 15 п. 1 ст. 21 НК РФ);

4) права, гарантирующие соблюдение законодательства государственными органами при взимании налогов (подп. 12–14 п. 1 ст. 21 НК РФ).

Иные классификации прав налогоплательщиков, имеющиеся в теории налогового права, также подтверждают их производный характер. Так, деление прав на организационно-имущественные и организационные⁶ подчеркивает непосредственный и опосредованный характер связи прав с обязанностью по уплате налогов. Организационно-имущественные права возникают в процессе исполнения обязанности уплатить налог, а организационные – до или после исполнения такой обязанности.

Участие налогоплательщика в налоговых правоотношениях обусловлено не собственным усмотрением, а требованием должного поведения, выраженного в его обязанностях⁷. В связи с этим в юридической лите-

⁵ См.: *Варийчук Е. К.* К вопросу о соотношении субъективных прав и законных интересов в налоговом праве // *Финансовое право.* 2009. № 8.

⁶ См.: *Винницкий Д. В.* Указ. соч. С. 80–81.

⁷ См.: *Сергиенко Р. А.* Указ. соч.

ратуре принято характеризовать статус налогоплательщика как обязательный статус⁸. При этом отмечается, что в статусе налогоплательщика нет ярко выраженного, явного приоритета обязанностей над правами⁹. Здесь подразумевается, вероятно, количественный приоритет, так как, несомненно, что практически все права налогоплательщика производны от его обязанности платить налог. В связи с этим можно предположить, что для эффективной защиты прав налогоплательщика необходимо четко закрепить его обязанности и пределы их осуществления.

Поскольку обязанность является парной категорией субъективного права, представляется оправданным понимать под ней обеспеченную законом меру должного поведения, которой обязанное лицо следует в соответствии с требованиями и в целях удовлетворения признаваемых законом интересов управомоченного¹⁰.

Тем самым мера должного поведения определяется интересами управомоченного лица. Применительно к налоговому обязательству, когда государство и его фискальные органы могут преследовать различные интересы, возникает неопределенность с юридической обязанностью. Представляется, что обязанность налогового должника должна определяться исключительно интересами налогового кредитора, а не его представителя. Хотя на практике это нередко не соблюдается, что приводит к нарушению прав налогоплательщиков и иных участников налоговых отношений.

Субъективная налоговая обязанность характеризуется такими чертами, как:

- необходимость определенного поведения, предписанного налогово-правовыми нормами;
- предполагается установление определенных рамок, меры необходимого поведения;
- мера должного поведения определяется интересами управомоченного лица;
- мера должного поведения обязанного лица обеспечивается возможностью требования этого поведения, которым наделен управомоченный субъект, при этом презюмируется возможность государственного принуждения;
- субъективная налоговая обязанность отличается безусловностью, категоричностью как по содержанию, так и по форме реализации; она не вытекает из какой-либо договоренности, не может быть изменена, и от нее нельзя отказаться¹¹.

⁸ См.: *Тропская С. С.* Правовой статус налогоплательщика – физического лица. М., 2009. С. 33.

⁹ См.: Там же. С. 37.

¹⁰ См.: *Иоффе О. С., Шаргородский М. Д.* Вопросы теории права. М., 1961. С. 224.

¹¹ См.: *Кучерявенко Н. П.* Курс налогового права : в 2 т. / под ред. Д. М. Щекина. М., 2009. Т. 1 : Общая часть. С. 323–324.

В правовой доктрине сложилось представление, что обязанность имеет три основные формы: воздержание от запрещенных действий (пассивное поведение); совершение конкретных действий (активное поведение); претерпевание ограничений в правах личного, имущественного или организационного характера¹².

Состав обязанности налогоплательщика платить законно установленные налоги зависит от того, в рамках какого налогового обязательства она реализуется.

Соответственно обязанность в рамках основного налогового обязательства включает в себя:

1. Обязанность воздержаться:

– от уклонения уплаты налога в любых формах;

– сокрытия своего имущества (неисполнение данной обязанности является препятствием к изменению срока уплаты налога в соответствии со ст. 62 НК РФ);

– создания препятствий в реализации права налогового кредитора¹³;

2. Обязанность совершать следующие активные действия:

– вести учет операций с объектами налогообложения в формах предусмотренных законодательством;

– исчислять налог, если иное не предусмотрено законодательством¹⁴;

– представлять в установленный срок налоговую отчетность, если иное не предусмотрено законодательством;

– выделять часть своего имущества в денежной форме для уплаты налога;

– перечислять сумму налога, если иное не предусмотрено законодательством;

– предоставлять необходимую для осуществления налогового контроля информацию.

У налогоплательщика и налогового агента есть обязанность перечислять налог, но в содержание данной обязанности не входит доставка налога в бюджетную систему, поскольку он не может это сделать чисто технически. Эта посылка предопределяет необходимость участия в перечислении налога других лиц помимо налогоплательщика, как минимум – банка, как максимум – еще и организации федеральной почтовой связи, и местной администрации.

¹² См.: *Леушин В. И.* Правовые отношения // Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Первалова. М., 1998. С. 343.

¹³ Например, не создавать препятствия в доступе должностных лиц налогового органа при проведении выездной налоговой проверки.

¹⁴ В исключительных случаях, когда налогоплательщиками являются физические лица, а все необходимые данные для исчисления налога возможно получить из независимых источников, обязанность по исчислению налога возлагается на налоговый орган. Это исключение рассматривается нами как способ оптимизации налогового администрирования, поскольку не все физические лица способны правильно исчислить свой.

У налогового посредника при уплате налога имеется несколько обязанностей. Так, в целях реализации правомочия налогового кредитора по осуществлению налогового контроля банк обязан предоставлять фискальному органу информацию об остатках денежных средств на счетах своих клиентов и об их движении, а также некоторые другие обязанности. Однако основная обязанность налогового посредника – доставить денежные средства в бюджетную систему. Возникает вопрос об ответственности участников налогового обязательства в случае неисполнения данной обязанности.

Уплата налога через банк чем-то похожа на поставку товара через перевозчика. Кто отвечает за действия перевозчика, определяется условиями договора: самовывоз или поставка с доставкой. Применительно к налоговому обязательству государство установило, что налог поставляется фактически на условиях «самовывоза». Банки как элементы банковской системы наделены налогово-правовым статусом при выполнении публичной обязанности по перечислению налога. Но при этом конкретного «перевозчика» выбирает уже налогоплательщик.

Отсюда налогоплательщик, как правило, не отвечает за действия банка при условии, что он передал налог как реальное экономическое благо банку. Если передача состоялась только на бумаге (при уплате налога через «проблемный банк»), то это представляет собой злоупотребление своим правом выбора платежного посредника при условии, что налогоплательщик знал или должен был знать о проблемах банка. Для злоупотребления необходима субъективная сторона – вина или осознанное отношение к своему деянию, если субъективной стороны нет, то и не может быть злоупотребления.

В охранительном налоговом обязательстве данная обязанность будет включать в себя:

1. Обязанность претерпеть ограничения прав в форме:
 - исполнения требования об уплате налога (пени, штрафа);
 - применения внедоговорных обеспечительных мер;
 - изъятия недоимки и дополнительных платежей в форме пеней и штрафа.
2. Обязанности воздержаться от создания препятствий:
 - в применении обеспечительных мер.

Некоторые авторы делают вывод, что содержанием охранительного отношения является связь права государства на применение мер юридической ответственности и обязанности правонарушителя понести наказание за содеянное¹⁵.

По мнению других, это утверждение справедливо только для охранительного правоотношения в публичном праве. В отраслях публичного права охранительное правоотношение носит характер властного отношения, поэтому его обязательным участником является государство (государственный орган, наделенный властными полномочиями). В гражд-

¹⁵ См.: *Базылев Б. Т.* Юридическая ответственность. Красноярск, 1985. С. 72.

данском праве государство участвует как собственник, имеющий равное положение с иными субъектами¹⁶.

В охранительном налоговом обязательстве, государство участвует как лицо, претендующее на часть имущества своего контрагента, т. е. как будущий собственник. Однако в силу отказа налогового должника передать данное имущество фискальным органам налоговый кредитор реализует в отдельном охранительном налоговом правоотношении свое притязание посредством принудительного изъятия предмета обязательства.

Обязанность налоговых посредников в охранительном обязательстве несколько отличается. Помимо обязанности обеспечить доставку денежных средств в бюджетную систему в случае добровольного исполнения охранительных обязательств налоговым должником, банк обязан исполнить аналогичное поручение фискального органа и судебного пристава-исполнителя. При этом он обязан изъять денежные средства со счета своего клиента без его согласия. У банка появляется также дополнительная обязанность исполнить обеспечительные меры в виде приостановления операций по счету либо по аресту денежных средств, наложенному судебным приставом-исполнителем.

Новация налогового обязательства состоит из обязанности:

- 1) совершать активные действия по соблюдению условий изменения срока уплаты налога;
- 2) воздержаться от действий, нарушающих условия изменения срока уплаты налога;
- 3) претерпеть ограничения прав в случае досрочного прекращения изменения срока уплаты налога путем:
 - погашения недоимки;
 - уплаты процентов и (или) пени.

В ряде случаев исполнение отдельных обязанностей налогоплательщика законом возложено на налоговых агентов. В юридической литературе отмечается, что налоговые агенты наделены практически теми же правами, что и налогоплательщики, за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей они несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации¹⁷.

Налоговые агенты, по сути, являются законными представителями налогоплательщика лишь в части исполнения его обязанностей применительно к конкретному налогу. Тем самым, они не вправе осуществлять предоставленные налогоплательщику правовые возможности без его согласия. Например, они не могут применить налоговую льготу или вычет без волеизъявления налогоплательщика.

Однако в момент удержания налога вместе с предметом налогового обязательства к налоговому агенту переходит и статус налогового должника. В этот момент налогоплательщик считается исполнившим свою

¹⁶ См.: Кархалев Д. Н. Содержание охранительного правоотношения в гражданском праве // Рос. судья. 2008. № 8.

¹⁷ См.: Хаванова И. А. Налоговые агенты : о трансформации статуса в современной модели взимания налогов // Финансовое право. 2014. № 4. С. 41–43.

обязанность по уплате налога, а налоговое обязательство, как и любое правоотношение, не может существовать без обязанной стороны (должника).

В силу того что налоговый агент, добросовестно исполняющий свои обязанности, является налоговым должником очень короткий период, то данное изменение правового статуса ощутить практически невозможно. Внешним выражением данного статуса является обязанность предоставить особый вид налоговой отчетности в отношении удержанных и перечисленных налогов – расчет. Это изменение должника в налоговом обязательстве становится более очевидным лишь при неисполнении налоговым агентом обязанности перечислить налог, когда он становится адресатом притязаний налогового кредитора.

Однако и в этом случае нельзя утверждать, что права и обязанности налогового агента практически идентичны правам и обязанностям налогоплательщика. Дело в том, что налоговый агент не обладает теми правами налогоплательщика, которые направлены на изменение существенных условий налогового обязательства (например, изменение срока уплаты налога).

Существенные условия налогового обязательства определяются всегда деятельностью налогоплательщика, поскольку именно у него образуется предмет налогообложения. В связи с этим новые налоговые должники (налоговый агент, банк) уже не в праве изменить налоговое обязательство, которое сложилось между налогоплательщиком и публично-территориальным образованием. Они могут только исполнить его в заданных объемах.

Кроме того, у налогового агента имеются обязанности, отсутствующие у налогового должника. Поскольку в силу особенностей конкретных гражданско-правовых или трудовых отношений между налогоплательщиком и налоговым агентом у последнего не всегда имеется реальная возможность исполнить обязанность по удержанию и перечислению налога (например, при выплате дохода в натуральной форме), то у налогового агента по сравнению с налогоплательщиком появляется дополнительная обязанность сообщить в налоговый орган о невозможности удержать и перечислить налог.

Исполнение данной обязанности приводит к возникновению обязанностей по активному поведению как у налогового органа, так и у налогоплательщика. Так налоговый орган обязан направить налогоплательщику налоговое уведомление (применительно к налогу на доходы физических лиц), а налогоплательщик обязан самостоятельно уплатить налог.

Следует также обратить внимание на обязанность налогового агента квалифицировать правовой статус налогоплательщика в целях правильного исчисления налога. Это актуально, если налогоплательщиком является иностранное лицо. Например, в силу действующего законодательства налоговый агент должен установить, является ли налогопла-

тельщик лицом, фактически имеющим право на доход, или кондуитной компанией.

В заключение отметим, что построение эффективного механизма защиты прав налогоплательщика невозможно без законодательного закрепления всех его обязанностей и производных от них прав применительно к каждому виду налоговых обязательств.

Воронежский государственный университет

Красюков А. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права

E-mail: kav@law.vsu.ru

Тел.: 8 (473) 255-84-79

Voronezh State University

Krasyukov A. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Financial Law Department

E-mail: kav@law.vsu.ru

Tel.: 8 (473) 255-84-79

УДК 349.2

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ ВОЗРАСТНЫХ ОГРАНИЧЕНИЙ ПРИ ПРИЕМЕ НА РАБОТУ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ СПОРТСМЕНОВ

М. О. Буянова

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»*

Поступила в редакцию 26 июня 2018 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы установления минимального возраста при приеме на работу несовершеннолетних спортсменов. В ряде видов спорта в трудовые отношения вступают спортсмены, не достигшие 14-летнего возраста. Допуская заключение лицом трудового договора с несовершеннолетним работником, законодатель ограничивает эту возможность условием выполнения легкого труда, не причиняющего вреда здоровью. Однако почти все категории несовершеннолетних спортсменов, выполняющих работу с нарушением предельно допустимых физических нагрузок. Таким образом, если такой спортсмен не достиг совершеннолетия, заключать трудовой договор с ним нельзя. В некоторых видах спорта спортсмены выполняют трудовую функцию без заключения трудового договора, что лишает их гарантий, установленных трудовым законодательством. Возникает коллизия между положениями ч. 2 и 3 ст. 63 ТК РФ и положениями ч. 4 ст. 348.8 ТК РФ. Для ее разрешения предлагается внести соответствующие изменения в законодательство, путем установления минимальных возрастных границ для заключения трудового договора со спортсменами по различным видам спорта.

Ключевые слова: спортсмены, несовершеннолетние работники, охрана труда, спорт, трудовой договор, виды спорта, возраст спортсмена.

Abstract: discusses the establishment of minimum age for employment of minors athletes. In a number of sports, athletes under the age of 14 enter into labour relations. Allowing for the conclusion person employment contract with the minor worker, the legislator limits the ability to perform light work, not harmful to health. However, almost all categories of underage athletes perform work with violation of the maximum permissible physical activity. Thus, if the athlete has not reached the age of majority, it is impossible to conclude an employment contract with him. However, in fact, in some sports, athletes perform a work function without a contract of employment, which deprives them of guarantees established by labor legislation. Thus, there is a conflict between the provisions of part 2 and 3 of Art. 63 of the LC RF and the provisions of part 4 of article 348.8 of the LC RF. For its permission it is offered to make the corresponding changes to the legislation, by establishment of minimum age borders for the conclusion of the employment contract with athletes on various sports.

Key words: athletes, underage workers, labour protection, sport, employment contract, sports, age of the athlete.

Российское трудовое законодательство допускает заключение трудового договора с лицами, достигшими возраста 16 лет (ч. 1 ст. 63 ТК РФ).

Однако в ряде случаев ТК РФ допускает заключение трудового договора с лицом, не достигшим указанного возраста.

Так, с 15 лет вправе заключать трудовой договор (но только для выполнения легкого труда, не причиняющего вреда здоровью) лица, получившие общее образование или получающие общее образование (ч. 2 ст. 63 ТК РФ). С лицом, достигшим возраста 14 лет, и с согласия одного из родителей (попечителя) и органа опеки и попечительства, может быть заключен трудовой договор для выполнения в свободное от получения образования время легкого труда, не причиняющего вреда его здоровью и без ущерба для освоения образовательной программы (ч. 3 ст. 63 ТК РФ).

Указанные положения трудового законодательства распространяются и на несовершеннолетних спортсменов. Однако положения ст. 63 ТК РФ, определяющие возраст, с наступлением которого лицо может заключить трудовой договор с работодателем, не учитывают специфики труда спортсменов. Допуская заключение лицом трудового договора самостоятельно с возраста 15 лет, а с согласия одного из родителей (попечителя) и органа опеки и попечительства – с 14 лет, российский законодатель ограничивает возможность заключения трудового договора условием: трудовой договор с указанными категориями несовершеннолетних может быть заключен только для выполнения *легкого труда, не причиняющего вреда их здоровью*.

Между тем труд спортсмена отличается повышенными физическими и психоэмоциональными нагрузками, поэтому его нельзя рассматривать как легкий. Указанная особенность спортивного труда присуща и труду несовершеннолетнего спортсмена. Так, в частности, разрядные нормативы по гиревому спорту для юношей в возрасте от 14 до 16 лет предполагают поднятие одной рукой гири весом 16 кг (в технике толчка) от 30 до 74 раз в течение 10 мин в зависимости от весовой категории и разряда (табл. 1). В этом же виде спорта разрядные нормативы для девушек в возрасте от 14 до 16 лет предполагают поднятие одной рукой гири весом 16 кг (в технике рывка) от 25 до 75 раз (табл. 2). Серьезные нагрузки испытывают несовершеннолетние спортсмены в ходе соревнований и тренировок и в других видах спорта. К примеру, Программа подготовки по легкой атлетике ФГБОУ СПО «Кисловодское государственное училище (техникум) олимпийского резерва»¹ предусматривает, в частности, выполнение юношами и девушками в возрасте 14–16 лет выполнение следующих контрольных упражнений (тестов) для зачисления в группы совершенствования спортивного мастерства:

– бег на 5000 м: для юношей – не более 15 мин 30 с.; для девушек – не более 18 мин 10 с.;

– жим штанги лежа (для специализации по метанию ядра): для юношей – 120 кг; для девушек – 70 кг;

¹ URL: <http://kislovodsk-sport.ru/index.php/2013-01-27-09-16-49/sportivnaya-rabota/pr-sport-lath>

– бросок ядра назад: для юношей – на 15,3 м (вес ядра 7,26 кг); для девушек – на 14 м (вес ядра 4,0 кг) и т. п.

Т а б л и ц а 1

Разрядные нормативы по гиревому спорту для юношей 14–16 лет в толчке (число подъемов гири весом 16 кг за 10 минут)

Весовая категория, кг	I(ю)	II(ю)	III(ю)
53	40	35	30
58	48	42	36
63	55	48	40
68	61	51	42
73	66	56	46
73+	71	61	51

Т а б л и ц а 2

Разрядные нормативы по гиревому спорту для девушек 14–16 лет в рывке (число подъемов гири весом 16 кг за 10 минут)

Весовая категория, кг	I(ю)	II(ю)	III(ю)
53	45	35	25
58	55	45	35
63	65	55	45
63+	75	65	55

Статья 348.2 ТК РФ, регулирующая особенности заключения трудовых договоров со спортсменами и тренерами, не содержит положений, касающихся особенностей заключения трудового договора с несовершеннолетним спортсменом. Часть 1 ст. 348.8 ТК РФ распространяет на несовершеннолетних спортсменов положения ТК РФ, определяющие случаи и порядок заключения трудовых договоров с лицами в возрасте до 18 лет. На них распространяются и положения ч. 2 и 3 ст. 63 ТК РФ. Из этого следует, что если несовершеннолетний спортсмен не достиг возраста 16 лет, то по формальным основаниям с ним не может быть заключен трудовой договор, поскольку специфика его труда (достаточно высокие физические и психоэмоциональные нагрузки) не отвечает требованиям ч. 2 и 3 ст. 63 ТК РФ. Однако, не имея статуса работника, несовершеннолетний спортсмен, занимающийся спортивной деятельностью профессионально, не обладает в полном объеме теми правами и льготами, которыми трудовое законодательство наделяет работника, заключившего трудовой договор с работодателем. Это чревато нарушением прав несовершеннолетнего спортсмена, в том числе в области охраны его труда.

В то же время ч. 4 ст. 348.8 ТК РФ устанавливает, что во время участия в спортивных мероприятиях допускается превышение спортсменом, не достигшим возраста 18 лет, предельно допустимых норм нагрузок при подъеме и перемещении тяжестей вручную, установленных согласно ТК РФ, если это необходимо в соответствии с планом подготовки спортсмена

к спортивным соревнованиям и применяемые нагрузки не запрещены ему по состоянию здоровья в соответствии с медицинским заключением. Тем самым, косвенным образом признается возможность заключения с несовершеннолетним спортсменом трудового договора при несоблюдении требований ч. 2 и 3 ст. 63 ТК РФ в отношении характера труда несовершеннолетнего. Верховный Суд РФ, отметив, что несовершеннолетние лица не могут быть допущены к работам, предполагающим переноску (передвижение) тяжестей сверх установленных предельных норм, указал, что во время участия спортсменов, не достигших возраста 18 лет, в спортивных мероприятиях превышение этими лицами предельных норм нагрузок при подъеме и перемещении тяжестей вручную допускается, сославшись при этом на ч. 4 ст. 348.8 ТК РФ. Однако здесь возникает коллизия между положениями ч. 2 и 3 ст. 63 ТК РФ и положениями ч. 4 ст. 348.8 ТК РФ, оценку которой Верховный Суд РФ не дал².

В целях разрешения указанной коллизии и более полного обеспечения трудовых прав несовершеннолетнего спортсмена полагаем целесообразным закрепить в ТК РФ положения, позволяющие несовершеннолетним спортсменам в возрасте до 16 лет заключать трудовой договор, несмотря на то что условия их труда не могут быть квалифицированы как легкие. Для этого, на наш взгляд, следует ст. 348.5 ТК РФ дополнить отдельной частью, вставив ее между ныне действующими шестой и седьмой частями, следующего содержания:

«Для подготовки к спортивным соревнованиям и участия в спортивных соревнованиях по определенным виду или видам спорта могут заключать трудовой договор спортсмены:

- 1) достигшие возраста пятнадцати лет, получившие общее образование или получающие общее образование;
- 2) достигшие возраста четырнадцати лет, получающие общее образование и с согласия одного из родителей (попечителя) и органа опеки и попечительства».

Лицо, не достигшее возраста 14 лет, не может вступать в трудовые правоотношения. Однако законодатель допустил заключение трудового договора с лицом, не достигшим возраста 14 лет, для организаций кинематографии, театров, театральных и концертных организаций, цирков (ч. 4 ст. 63 ТК РФ), а также для спортивных организаций (ч. 5 ст. 348.8 ТК РФ). В соответствии с ч. 5 ст. 348.8 ТК РФ заключение трудового договора со спортсменом, не достигшим возраста 14 лет, допускается с согласия одного из родителей (опекуна), а также с разрешения органа опеки и попечительства, выдаваемого на основании предварительного медицинского осмотра, порядок проведения которого определяется уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти. Трудовой договор от имени работника в этом случае подписывается его

² О применении законодательства, регулирующего труд женщин, лиц с семейными обязанностями и несовершеннолетних : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 января 2014 г. № 1 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2014. № 4.

родителем (опекуном). В разрешении органа опеки и попечительства указываются максимально допустимая продолжительность ежедневной работы спортсмена, не достигшего возраста 14 лет, и другие условия, в которых он может выполнять работу без ущерба для своего здоровья и нравственного развития. Положения ч. 5 ст. 348.8 ТК РФ аналогичны положениям ч. 4 ст. 63 ТК РФ, но вводится дополнительное требование к разрешению органа опеки и попечительства – оно должно быть выдано на основании предварительного медицинского осмотра. Хотя мотивы введения этого требования вполне понятны – занятия спортом предъявляют повышенные требования к здоровью лица, тем не менее, поскольку в соответствии со ст. 69 ТК РФ обязательному предварительному медицинскому осмотру при заключении трудового договора подлежат лица, не достигшие возраста 18 лет, специальное упоминание об этом в ч. 5 ст. 348.8 ТК РФ не представляется необходимым и не отражает специфики заключения трудового договора со спортсменом, не достигшим совершеннолетнего возраста.

Законодатель строго ограничивает круг организаций, которые вправе заключать трудовой договор с лицами, не достигшими возраста 14 лет³. Если же работодатель в нарушение указанных требований трудового законодательства допустил к работе лицо, не достигшее возраста 14 лет, то, как указал Верховный Суд РФ, «суд вправе признать трудовой договор заключенным со дня фактического допуска работника к работе с ведома или по поручению работодателя. В таком случае трудовой договор с работником подлежит прекращению в соответствии с ч. 1 ст. 84 ТК РФ в связи с нарушением правил его заключения, исключающем возможность продолжения работы, и работнику выплачивается выходное пособие в размере среднего заработка.

Спортивные организации были приравнены к театрално-зрелищным организациям, вправе заключать трудовой договор с несовершеннолетним, не достигшим возраста 14 лет, в связи с тем что детский спорт достаточно хорошо развит, а спортивная деятельность по степени физического и психоэмоционального напряжения не уступает творческой артистической и цирковой деятельности.

В различных видах спорта несовершеннолетние, не достигшие возраста 14 лет, осуществляют учебно-тренировочный процесс в специализированных детско-юношеских спортивных школах и в школах олимпийского резерва, а также регулярно принимают участие в спортивных соревнованиях не только на региональном, но и на всероссийском и международном уровнях. Однако, допустив возможность для театрално-зрелищных и спортивных организаций заключать с несовершеннолетними, не достигшими возраста 14 лет, трудовой договор, законодатель не определил минимального возраста несовершеннолетнего, начиная с которого

³ Соответствующие положения были введены в ТК РФ Федеральным законом от 28 февраля 2008 г. № 13-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации» (Собр. законодательства Рос. Федерации. 2008. № 9. Ст. 812).

указанные организации могут заключать с ним трудовой договор, на что было обращено внимание в юридической литературе⁴.

Можно отметить, что ранее действовавшее трудовое законодательство устанавливало возраст, с которого лицо вправе вступать в трудовые отношения, в 16 лет, но в исключительных случаях, по согласованию с фабричным, заводским, местным комитетом профессионального союза, допускался прием на работу лиц, достигших 15 лет (ст. 173 КЗоТ РСФСР 1971 г.)⁵. В то же время в сфере кинематографии и циркового искусства допускались к работе несовершеннолетние, не достигшие указанного возраста. При этом для несовершеннолетних, нанимаемых для съемок фильмов, минимальный возраст вступления в трудовые отношения не устанавливался, но выделялись три их категории, в зависимости от которой ограничивалась продолжительность рабочего дня. В соответствии с п. 5 постановления НКТ РСФСР от 12 июля 1933 г. № 17 «Об условиях труда малолетних и подростков, занятых на киносъемках»⁶ для малолетних, занятых на киносъемках, устанавливается следующая продолжительность рабочего дня: а) в возрасте до 8 лет – не более двух часов; б) в возрасте от 8 до 13 лет – не более трех часов; в) в возрасте от 13 до 15 лет – не более четырех часов. Для несовершеннолетних, работающих в цирке, был введен минимальный возраст вступления в трудовые отношения. Согласно постановлению НКТ СССР от 5 июля 1929 г. № 215 «Правила об охране труда работников цирка»⁷, выступления на арене не допускались ранее достижения следующего возраста: при полетах в воздухе с отрывом – 16 лет; при работе в воздухе без отрыва – 14 лет. Но Инспекцией труда совместно с профсоюзом предоставлялось право разрешать партнерные выступления несовершеннолетних не моложе 11 лет.

На ограничение возраста вступления в трудовые отношения нацеливает Конвенция № 138 Международной организации труда «О минимальном возрасте для приема на работу» (заключена в г. Женеве 26.06.1973)⁸, участницей которой является и Россия. Данная Конвенция устанавливает, что минимальный возраст для приема на работу не должен быть ниже возраста окончания обязательного школьного образования и во всяком случае не должен быть ниже 15 лет (ч. 3 ст. 2 Конвенции). В то же время согласно ч. 1 ст. 7 Конвенции допускается прием на работу по найму или на другую работу лиц в возрасте от 13 до 15 лет для легкой работы, которая: а) не кажется вредной для их здоровья или развития; б) не наносит ущерба посещаемости школы, их участию в утвержденных компетентными органами власти программах профессиональной ориентации или

⁴ См.: *Хныкин Г. В.* Потери и приобретения российского трудового права // Трудовое право в России и за рубежом. 2015. № 2. С. 15–19.

⁵ Об утверждении Кодекса законов о труде РСФСР : закон РСФСР от 9 декабря 1971 г. // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1971. № 50. Ст. 1007.

⁶ Известия НКТ СССР. 1933. № 13.

⁷ Там же. 1929. № 31.

⁸ Конвенции и рекомендации, принятые Международной конференцией труда. 1957–1990. Женева, 1991. Т. 2. С. 1703–1710.

подготовки или их способности воспользоваться полученным обучением. Кроме того, допускаются в отдельных случаях исключения из запрещения приема на работу по найму или на другую работу лиц, не достигших минимального возраста, для таких целей, как участие в художественных выступлениях (ч. 1 ст. 8 Конвенции), причем для данных случаев минимальный возраст Конвенцией не устанавливается.

Хотя ТК РФ не определяет минимального возраста, по наступлении которого несовершеннолетний спортсмен вправе заключать трудовой договор, на практике этот возраст определяется положениями о спортивных образовательных учреждениях и правилами соревнований в различных видах спорта.

Минимальный возраст зачисления учащихся в спортивные школы по этапам подготовки определяется действующим приказом Госкомспорта СССР от 9 апреля 1987 г. № 228 «О введении в действие Положения о детско-юношеской спортивной школе, специализированной детско-юношеской школе олимпийского резерва, специализированных классах по видам спорта»⁹ и составляет в зависимости от конкретного вида спорта от 7 до 11 лет. В частности, минимальный 7-летний возраст учащихся спортивных школ установлен для таких видов спорта, как акробатика, спортивная гимнастика, воднолыжный спорт, художественная гимнастика, плавание, а 11-летний возраст – для конного спорта. Для спортивных единоборств – бокса и борьбы (вольной, классической, дзюдо и самбо) – минимальный возраст для учащихся установлен в 10 лет. Согласно п. 2.3 «Порядка приема лиц в физкультурно-спортивные организации, созданные Российской Федерацией и осуществляющие спортивную подготовку»¹⁰, прием несовершеннолетних в физкультурно-спортивные организации осуществляется по письменному заявлению их законных представителей.

Возможность участия несовершеннолетних спортсменов, не достигших 14-летнего возраста, в соревнованиях по отдельным видам спорта закрепляется в положениях и правилах соревнований по соответствующим видам спорта. Так, Положением о Всероссийских детских соревнованиях по конному спорту (конкур) от 30 октября 2002 г.¹¹ выделяется возрастная категория участников 12–14 лет. Правилами вида спорта «Дзюдо» (утверждены приказом Минспорта России от 16 февраля 2015 г. № 139)¹² несовершеннолетние участники соревнований делятся на следующие возрастные категории: юноши и девушки до 15 лет (без указания минимального возраста) и юноши и девушки до 18 лет. В соревнованиях по восточным единоборствам могут принимать участие малолетние

⁹ Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁰ Об утверждении Порядка приема лиц в физкультурно-спортивные организации, созданные Российской Федерацией и осуществляющие спортивную подготовку : приказ Минспорта России от 16 августа 2013 г. № 645 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2013. № 45.

¹¹ URL: <http://www.equestrian.ru/sport/rules/1246>

¹² URL: <http://www.judo.ru/33/>

спортсмены. Например, Правилами детских соревнований по кумитэ, утвержденными Федерацией Кекусин-кан каратэ-до Росс¹³, к соревнованиям дошкольников и школьников допускаются дети с пятилетнего возраста, причем начиная с девятилетнего возраста предусмотрено деление участников соревнований на весовые категории.

Таким образом, формально спортивная организация-работодатель вправе заключать трудовые отношения уже с малолетними спортсменами дошкольного и младшего школьного возраста. Между тем, как справедливо указывают Ю. В. Зайцев и Д. И. Рогачев, «далеко не во всех видах спорта имеется необходимость заключения трудового договора со спортсменом в столь юном возрасте»¹⁴. Поэтому полагаем целесообразным установить минимальный возраст, начиная с которого несовершеннолетний вправе заключать трудовой договор со спортивной организацией-работодателем. С этой целью предлагаем издать совместный нормативный правовой акт Министерством труда и социальной защиты РФ и Министерством спорта РФ, в котором данный возраст был бы дифференцирован в зависимости от конкретного вида спорта.

¹³ Правила детских соревнований по кумитэ от 28 октября 2011 г. URL: http://kyokushinkan.ru/kyokushinkan/children_kumite_rules/index.wbp

¹⁴ Зайцев Ю. В., Рогачев Д. И. Трудные будни в мире спорта : особенности регулирования труда спортсменов и тренеров. М., 2012. С. 76.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

*Буянова М. О., доктор юридических наук, профессор
E-mail: mobuianova@mail.ru
Тел.: 8-926-234-04-11*

National Research University «Higher School of Economics»

*Buyanova M. O., Doctor of Legal Sciences, Professor
E-mail: mobuianova@mail.ru
Tel.: 8-926-234-04-11*

**КОМПЛЕКСНОЕ ТРУДОВОЕ ПРАВООТНОШЕНИЕ
ИЛИ КОМПЛЕКС ТРУДОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ?****С. В. Передерин***Воронежский государственный университет*

Поступила в редакцию 3 сентября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются основные теоретические проблемы, связанные с понятием, содержанием и субъектами трудовых правоотношений, имеющих место в сфере использования несамостоятельного труда.

Ключевые слова: трудовое правоотношение, содержание трудового правоотношения, стороны и субъекты трудовых правоотношений.

Abstract: *the article considers the main theoretical problems associated with the concept, content and subjects of labour relations that occur in the use of independent labour.*

Key words: *labour legal relations, the content of labour legal relations, parties and subjects of labour legal relations.*

Трудовое право является одной из основных отраслей в системе российского права. В отечественной науке оно традиционно делится на Общую и Особенную части, хотя имеют место и иные точки зрения¹.

Следует отметить, что в последние годы изучению теоретических проблем, связанных с предметом, методом, субъектами трудового права и другими правовыми теоретическими положениями учеными-трудовиками, уделяется незначительное внимание, хотя объективные процессы, происходящие в сфере правового регулирования несамостоятельного труда, требуют комплексных теоретических исследований и переосмысления, с опорой на разработанные ранее теоретические положения отечественных ученых в области трудового права.

К числу важнейших теоретических правовых проблем следует отнести и правовые проблемы, связанные с понятием, содержанием, сторонами и субъектами трудовых правоотношений. Это обусловлено, на наш взгляд, объективными процессами, происходящими в сфере использования несамостоятельного труда. Выражается это в следующем. Наблюдается усиление гибкости правового механизма регулирования трудовых отношений, углубляется дифференциация правового регулирования труда применительно к различным организационно-правовым формам работодателей, появляются новые нетипичные формы использования несамостоятельного труда (лица, работающие у работодателей – субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к микропредприятиям; дистанционные работники; работники, направляемые временно работо-

¹ См.: Трудовое право России : учебник / под ред. С. П. Маврина, М. В. Филипповой, Е. Б. Хохлова. СПб., 2005. С. 30–31 ; Трудовое право : учебник / под ред. В. М. Лебедева. М., 2011. С. 44.

дателем к другим физическим или юридическим лицам по договору о предоставлении труда работников (персонала); самозанятые граждане и некоторые другие категории); происходит постоянная корректировка законодателем трудового законодательства; изменяется система организации и использования несамостоятельного труда и т. п.

Важно отметить, что ранее правовым проблемам, связанным с трудовыми правоотношениями, были посвящены серьезные монографические исследования², на основе которых был сформирован ряд различных подходов к самому понятию трудового правоотношения, его содержанию, субъектам и объекту. Эти подходы общеизвестны и в дополнительном анализе не нуждаются.

Следует подчеркнуть, что в настоящее время в научной и учебной литературе по трудовому праву доминирующей является точка зрения о возникновении между работником и работодателем при заключении трудового договора единого, комплексного, длящегося и неделимого трудового правоотношения³.

Данная точка зрения нашла свое правовое закрепление в ст. 15 Трудового кодекса РФ (далее – ТК РФ), из содержания которой следует, что под трудовым правоотношением следует понимать правоотношение, основанное на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции (работы по должности) согласно штатному расписанию, профессии, специальности с указанием квалификации, а также конкретного вида поручаемой работнику работы, в интересах, под управлением и контролем работодателя, подчинении работника правилам внутреннего трудового распорядка при обеспечении работодателем условий труда, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, трудовым договором.

Суть данной точки зрения сводится к тому, что трудовое правоотношение состоит из множества единых и неделимых правовых связей, состоящих из взаимных прав и обязанностей. Объясняется такое теоретическое положение тем, что трудовое правоотношение состоит из множества более мелких элементарных правоотношений.

² См.: *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. М., 1948 ; *Гиницбург Л. Я.* Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1977 ; *Карпушин М. П.* Социалистическое трудовое правоотношение. М., 1958 ; *Скобелкин В. Н.* Трудовые правоотношения. М., 1999.

³ См.: *Александров Н. Г.* Трудовое правоотношение. С. 122–129 ; *Гиницбург Л. Я.* Социалистическое трудовое правоотношение. С. 137 ; *Карпушин М. П.* Социалистическое трудовое правоотношение. С. 31 ; Трудовое право : учеб. для бакалавров / под ред. К. Н. Гусова. М., 2015. С. 136–137 ; Трудовое право России / под ред. А. М. Куренного. М., 2004. С. 90 ; Трудовое право / под ред. В. Л. Гейхмана, И. К. Дмитриевой. М., 2011. С. 89–90 ; Трудовое право : учебник / под ред. Ю. П. Орловского. М., 2016. Т. 1. С. 122–127.

В настоящее время рядом ученых в области трудового права выдвинута правовая концепция о существовании единого коллективного трудового правоотношения, под которым понимается сложное системное образование, которое может состоять из двух или более неразрывно связанных и взаимно обусловленных правоотношений элементарного вида, которые по своей сути не являются самостоятельными, а выступают как элементы коллективного трудового правоотношения как системы⁴.

В отношении правовой позиции существования единого комплексного трудового правоотношения в науке трудового права высказывались критические замечания. Ряд ученых-трудовиков считали, что существует не одно, а комплекс самостоятельных, но связанных между собой трудовых правоотношений⁵.

Обоснованная и аргументированная критическая позиция относительно несостоятельности точки зрения о понятии трудового правоотношения была сформулирована в научных работах одного из ведущих специалистов в области трудового права В. Н. Скобелкина, который считал, что между работником и работодателем возникает не единое комплексное трудовое правоотношение, а комплекс трудовых правоотношений⁶, среди них он выделял «основное трудовое правоотношение, под которым понимал двустороннее правоотношение, включающее в себя право гражданина на получение оплачиваемой и безопасной работы по способности (с предварительным обучением или без такового) и обязанность ее выполнения в соответствии с установленными правилами, а также обязанность работодателя предоставить такую работу и право требовать надлежащего исполнения. Наличие такого правоотношения делает возможным появление всех остальных, которые хотя и возникают на базе основного, в непосредственной связи с ним, являются самостоятельными и не входят в его состав. Учитывая некоторую неоднородность указанных правоотношений, их можно (с определенной степенью условности) разделить на две большие группы: *дополняющие* и *сопутствующие*. И те и другие относятся к трудовым, поскольку существуют между работником и работодателем (либо его органом) в связи с применением труда рабочих и служащих. Возникают они после появления основного правоотношения (иногда даже после его прекращения).

В *дополняющие* входят трудовые правоотношения, вытекающие из основного и непосредственно связанные с исполнением трудовых функций работника (правоотношения, связанные с оплатой труда, рабочим временем и временем отдыха, охраной труда и т. д.).

⁴ См.: Лебедев В. М., Мельникова В. Г., Назметдинов Р. Р. Трудовое право : опыт сравнительного правового исследования. М., 2018. С. 290–291.

⁵ См.: Процевский А. И. Метод правового регулирования трудовых отношений. М., 2971. С. 41–45 ; Хвостовец В. Ф. Администрация социалистического государственного производственного предприятия как субъект права в сфере трудовых отношений // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1970. Вып. 20. С. 127.

⁶ См.: Скобелкин В. Н. Обеспечение трудовых прав рабочих и служащих : нормы и правоотношения. М., 1982 ; Его же. Трудовые правоотношения. М., 1999.

К числу *сопутствующих* относятся трудовые правоотношения, возникающие: а) не в связи с исполнением трудовых функций работника (предоставление различного рода льгот лицам, обучающимся в вечерних и заочных учебных заведениях; сохранение среднего заработка за время выполнения государственных и общественных обязанностей; предоставление дополнительных отпусков, не связанных с работой и т. д.); б) в связи с юридическими фактами, представляющими собой нарушение прав и обязанностей в основном и дополняющих правоотношениях (нарушение трудовой дисциплины, причинение ущерба имуществу и т. п.); в) поощрительные правоотношения.

Основное трудовое правоотношение имеет две разновидности, которые в ряде случаев выступают как две стадии его развития. Право требовать работу у конкретного работодателя и обязанность работодателя ее предоставить могут возникать и существовать до заключения трудового договора. Подобное положение складывается, например, при переводе рабочего или служащего с одного предприятия на другое по договоренности между их руководителями. Трудовое правоотношение со вторым предприятием возникает с момента увольнения с первого, но в течение некоторого времени остается нереализованным. Такое правоотношение можно назвать *статическим*. Реализация прав и обязанностей, т. е. заключение трудового договора и предоставление работы, превращает статическое правоотношение в *динамическое*⁷. Важно отметить, что дополняющие трудовые правоотношения могут иметь место как при возникновении основного трудового правоотношения, так и в процессе его реализации, на основе таких юридических фактов, как заключение дополнительного соглашения к трудовому договору; внесения нормативных правовых положений в коллективный договор; принятие работодателем локальных нормативных актов и т. п.

Так, соглашениями, коллективными договорами может быть предусмотрено, что государственные гарантии и компенсации лицам, работающим у резидентов территорий опережающего социально-экономического развития в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, предусмотренные законодательством Российской Федерации для лиц, работающих и проживающих в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностях, с письменного согласия работника, оформленного путем заключения отдельного соглашения к трудовому договору, могут быть заменены денежной компенсацией в порядке, размерах и на условиях, которые установлены соглашениями и коллективными договорами (ст. 311.5 ТК РФ).

В качестве дополнительных аргументов в пользу правильности позиции В. Н. Скобелкина о наличии в сфере использования несамостоятельного труда комплекса трудовых правоотношений (основного, до-

⁷ Скобелкин В. Н. Обеспечение трудовых прав рабочих и служащих : нормы и правоотношения. С. 48–50.

полняющих и сопутствующих), которые возникают между работником и работодателем, можно привести следующие.

Анализ научных теоретических работ сторонников единого комплексного неделимого трудового правоотношения свидетельствует о том, что в них отсутствуют убедительные аргументы, подтверждающие существование в действительности такого трудового правоотношения. То есть в них нет ответа на вопрос, что объединяет различные элементарные правовые отношения в единое комплексное трудовое правоотношение. Они просто исходят из факта признания такого трудового правоотношения. Подобный подход к понятию трудового правоотношения является не убедительным. Анализ правовых положений, закрепленных в ст. 15 ТК РФ, в которой дается определение трудовых отношений, свидетельствует о том, что оно выводится (соответственно) из определения трудового договора, которое дается в ст. 56 ТК РФ.

Имеет место различное понимание содержания единого трудового правоотношения. Как правильно отмечает В. Н. Скобелкин объем взаимных прав и обязанностей, включаемых в его содержание, определяется в зависимости от субъективного усмотрения автора⁸.

Сторонники единого трудового правоотношения обосновывают свою позицию следующими аргументами.

Трудовое правоотношение неделимо. Выделение из него того или иного элемента приведет к «расщеплению» единого сложного трудового правоотношения⁹. Попытки разрушить эту целостность, выхватить из неразрывного комплекса отдельные сочетания прав и обязанностей не свидетельствуют о появлении новых видов правоотношений. С таким утверждением трудно согласиться. В свое время правовые отношения по материальной ответственности включались в содержание комплексного трудового правоотношения. В настоящее время они включены в состав отношений непосредственно связанных с трудовыми. Но они, на наш взгляд, как выступали, так и выступают в качестве сопутствующих трудовых правоотношений. То есть выделение из единого трудового правоотношения не влечет обязательного прекращения основного трудового правоотношения.

Комплексное трудовое правоотношение возникает при заключении трудового договора между работником и работодателем и прекращается в связи с его расторжением.

Действительно в правоприменительной практике трудовые правоотношения по общему правилу возникают при заключении трудового договора и прекращаются в связи с его расторжением. Но из этого общего правила есть исключения. Интересным в этом аспекте является разъяснение Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2018 г. № 15 «О применении судами законодательства, регулирующего труд работников, работающих

⁸ См.: Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. С. 81.

⁹ См.: Трудовое право России : учебник / под ред. А. М. Куренного. С. 90.

у работодателей – физических лиц и работодателей – субъектов малого предпринимательства, которые отнесены к микропредприятиям»¹⁰.

Согласно п. 17 указанного постановления к признакам существования трудового правоотношения, помимо трудового договора, относятся, в частности, выполнение работником работы в соответствии с указаниями работодателя; интегрированность работника в организационную структуру работодателя; признание работодателем таких прав работника, как еженедельные выходные дни и ежегодный отпуск; оплата работодателем расходов, связанных с поездками работника в целях выполнения работы; осуществление периодических выплат работнику, которые являются для него единственным и (или) основным источником доходов; предоставление инструментов, материалов и механизмов работодателем (Рекомендация № 198 о трудовом правоотношении, принятая Генеральной конференцией Международной организации труда 15 июня 2006 г.).

Согласно п. 18 данного постановления при разрешении вопроса, имелись ли между сторонами трудовые отношения, суду необходимо иметь в виду, что в качестве доказательств, подтверждающих наличие трудовых отношений могут выступать: оформленный пропуск на территорию работодателя; журнал регистрации прихода – ухода работников на работу; документы кадровой деятельности работодателя: графики работы (сменности); графики отпусков, документы о направлении работника в командировку, о возложении на работника обязанности по обеспечению пожарной безопасности, договор о полной материальной ответственности работника; расчетные листы о начислении заработной платы; ведомости выдачи денежных средств, сведения о перечислении денежных средств на банковскую карту работника; документы хозяйственной деятельности работодателя; заполняемые или подписываемые работником товарные накладные, счета-фактуры, копии кассовых книг о полученной выручке, путевые листы, заявки на перевозку груза, акты о выполненных работах, журнал посетителей, переписка сторон спора, в том числе по электронной почте; документы по охране труда, как-то: журнал регистрации и проведения инструктажа на рабочем месте, удостоверение о проверке знаний требований охраны труда, направление работника на медицинский осмотр, акт медицинского осмотра работника, карта специальной оценки условий труда, аудио- и видеозаписи и др.

Следовательно, трудовые правоотношения могут возникать не только на основании заключения трудового договора в письменной форме. То есть трудовые правоотношения могут возникать и при отсутствии надлежащим образом оформленного трудового договора. Согласно ч. 2 ст. 67 ТК РФ трудовой договор, не оформленный в письменной форме, считается заключенным, если работник приступил к работе с ведома или по поручению работодателя или его уполномоченного на это представителя.

Трудовое правоотношение возникает без трудового договора и тогда когда в соответствии с действующим законодательством работодатель,

¹⁰ БВС РФ. 2018. № 7.

при наличии определенных конкретных юридических фактов, обязан предоставить работу тому или иному физическому лицу. Например, лицу, обучающемуся в образовательной организации, по договору за счет средств работодателя, полностью реабилитированным гражданам, гражданину, направленному для прохождения альтернативной гражданской службы на основании предписания военного комиссариата и в других случаях, предусмотренных действующим законодательством.

То есть в правоприменительной практике имеется не один, а множество юридических фактов (помимо трудового договора), с которыми связано возникновение трудовых правоотношений.

В трудовом правоотношении только две стороны: работник и работодатель. Данное теоретическое положение зафиксировано в ст. 20 ТК РФ. Однако в ч. 6 указанной статьи закреплено правовое положение о том, что права и обязанности работодателя в трудовых отношениях осуществляются: физическим лицом, являющимся работодателем; органами управления юридического лица (организации) или уполномоченными ими лицами, иными лицами, уполномоченными на это в соответствии с ТК РФ, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами субъектов РФ, нормативными правовыми актами органов местного самоуправления, учредительными документами юридического лица (организации) и локальными нормативными актами.

Согласно ст. 64 ТК РФ от имени работника, не достигшего возраста 14 лет, могут выступать родители, опекуны, органы опеки и попечительства. В процессе использования несамостоятельного труда появляется множество иных субъектов, участвующих в реализации трудовых правоотношений (должностные лица, представляющие интересы работодателя, различные органы самоуправления организацией и т. п.).

Возникает вопрос: кем являются правомочные представители работодателя и работника в едином трудовом правоотношении? Сторонники единого трудового правоотношения именуют их субъектами трудовых правоотношений. Но эти субъекты реализуют соответствующие права и выполняют трудовые обязанности по отношению друг к другу. То есть они являются сторонами элементарных трудовых правоотношений, включаемых в содержание единого трудового правоотношения.

Существование таких правовых конструкций подрывает, на наш взгляд, теоретическое положение о едином трудовом правоотношении и приводит к закреплению в трудовом законодательстве сомнительных правовых положений. В качестве примера можно привести ст. 341.2 ТК РФ.

В соответствии с правовыми положениями, закрепленными в данной статье, трудовой договор, заключаемый частным агентством занятости с работником, направляемым временно для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала), должен включать в себя условие о выполнении работником по распоряжению работодателя определенной трудовым договором трудовой функции в интересах, под управлением и контролем физического лица или

юридического лица, не являющихся работодателями по этому трудовому договору.

При направлении работника для работы у принимающей стороны по договору о предоставлении труда работников (персонала) трудовые правоотношения между этим работником и частным агентством занятости не прекращаются, а трудовые отношения между этим работником и принимающей стороной не возникают.

Получается, что принимающая сторона, не являясь стороной трудовых правоотношений, вправе контролировать выполнение работником трудовой функции. Кроме того, принимающая сторона вправе формировать комиссию для расследования несчастного случая, происшедшего с работником, направленным временно для работы по договору о предоставлении труда работников (персонала) и участвовавшим в производственной деятельности принимающей стороны, не являясь стороной трудового правоотношения.

Из этой правовой конструкции следует, что между работодателем (частным агентством занятости) и работником возникает, существует и реализуется основное трудовое правоотношение, а дополняющие и сопутствующие трудовые правоотношения реализуются с участием принимающей стороны – физическим или юридическим лицом на основе дополнительного соглашения к трудовому договору, заключаемого между частным агентством занятости и работником.

Как было отмечено ранее, основное трудовое правоотношение имеет две разновидности: статическую и динамическую¹¹.

Основное трудовое правоотношение в статической форме может возникать и существовать до заключения трудового договора во всех случаях, когда в соответствии с действующим законодательством работодатель обязан предоставить физическому лицу работу (гражданину, получившему направление на квотируемое место, направленному на альтернативную гражданскую службу и т. п.). В ряде случаев статическое трудовое правоотношение может возникать в период действия и после прекращения трудового договора.

В соответствии со ст. 348.4 ТК РФ в случаях, когда работодатель не имеет возможности обеспечить участие спортсмена в спортивных соревнованиях, он вправе, по согласованию с другим работодателем, перевести временно спортсмена с его письменного согласия к другому работодателю на срок, не превышающий одного года.

По месту временной работы со спортсменом заключается второй договор.

На период временного перевода спортсмена к другому работодателю действие первоначально заключенного трудового договора приостанавливается, т. е. стороны приостанавливают осуществление прав и обязанностей, предусмотренных действующим законодательством. При этом течение срока действия первоначально заключенного трудового договора

¹¹ См.: Скобелкин В. Н. Трудовые правоотношения. С. 127–131.

не прерывается. По истечении срока временного перевода спортсмена к другому работодателю первоначально заключенный трудовой договор действует в полном объеме.

В таких ситуациях основное трудовое правоотношение, которое имеет место между первым работодателем и спортсменом переходит в статическую стадию. Реализация дополняющих и сопутствующих трудовых правоотношений приостанавливается. При возвращении спортсмена к первому работодателю основное трудовое правоотношение переходит в динамическую стадию, а дополняющие и сопутствующие правоотношения начинают функционировать по основному месту работы.

Аналогичные ситуации возникают во всех случаях, когда работник по каким-либо причинам не выполняет трудовую функцию, обусловленную трудовым договором (отстранение от работы, направление работника в командировку, нахождение женщины в отпуске по уходу за ребенком и др.).

Статическая стадия основного трудового правоотношения переходит в динамическую с момента начала выполнения работником трудовой функции, обусловленной трудовым договором. На этой стадии работник вправе требовать от работодателя предоставления работы по соответствующей профессии, специальности, квалификации, должности, закрепленных в содержании трудового договора и обеспечить необходимые условия труда, а работодатель вправе требовать от работника выполнения соответствующей работы с подчинением правилам внутреннего трудового распорядка.

Сторонники признания единого трудового правоотношения утверждают, что не может быть несколько трудовых правоотношений с различным содержанием. С таким утверждением трудно согласиться, поскольку совокупность взаимных прав и обязанностей различных категорий работников и работодателей может быть неодинаковой, так как их наличие определяется объективными и субъективными факторами.

Согласно ст. 309.2 ТК РФ работодатель – субъект малого предпринимательства, который отнесен к микропредприятиям, вправе отказаться полностью или частично от принятия локальных нормативных актов, содержащих нормы трудового права (правила внутреннего трудового распорядка, положение об оплате труда, положение о премировании, график сменности и др.). При этом для регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений работодатель – субъект малого предпринимательства, который отнесен к микропредприятиям, должен включить в трудовые договоры с работниками условия, регулирующие вопросы, которые в соответствии с трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, должны регулироваться локальными нормативными актами. Из этого правового положения следует, что содержание трудовых правоотношений даже у работников, работающих у конкретного работодателя может быть различным, даже если исходить из признания единого трудового правоотношения.

Таким образом, представляется, что нормы трудового права регулируют не абстрактные трудовые отношения, а конкретные по форме и содержанию правовые связи, возникающие между субъектами трудовой деятельности в сфере использования несамостоятельного труда. Они закрепляют понятные работнику, работодателю и иным субъектам трудовые права и обязанности, определяют конкретные трудовые действия и взаимодействие между ними.

Признание существования комплекса трудовых правоотношений, возникающих между работником и работодателем в виде основного, дополняющих и сопутствующих, позволит устранить, в значительной степени, имеющие в трудовом законодательстве противоречия, неясности и теоретически необоснованные правовые конструкции.

Сторонами основного трудового правоотношения всегда являются работник и работодатель, а в качестве сторон дополняющих и сопутствующих трудовых правоотношений могут выступать правомочные представители работника и работодателя, наделенные законодательством соответствующими правами и обязанностями в сфере использования несамостоятельного труда, а также иные субъекты, участвующие в правовом регулировании трудовых отношений в сфере использования несамостоятельного труда.

Полагаем, что под трудовыми правоотношениями следует понимать правовые связи, возникающие между работниками, работодателями и иными субъектами трудового права, выражающиеся в их взаимных правах и обязанностях, закрепленных в трудовом законодательстве и иных нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, которые, как правило, возникают и реализуются в процессе трудовой деятельности на основе заключения трудового договора между работником и работодателем, а также иных юридических фактов.

В процессе использования несамостоятельного труда возникает не одно, а множество трудовых правоотношений, различных по своему содержанию и субъективному составу.

**ПРАВО РАБОТНИКОВ НА ПРОФЕССИОНАЛЬНУЮ ПОДГОТОВКУ
И НЕЗАВИСИМУЮ ОЦЕНКУ КВАЛИФИКАЦИИ****М. В. Демченко***Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»*

Поступила в редакцию 20 сентября 2018 г.

Аннотация: в статье поставлена цель проанализировать проблему реализации права работников на профессиональную подготовку и независимую оценку квалификации и представить предложения по усовершенствованию трудового законодательства в данной области правового регулирования. Представлены авторские предложения по усовершенствованию трудового законодательства Российской Федерации в сфере профессиональной подготовки и независимой оценки квалификации работников. Отдельное внимание уделено связи прав работников на профессиональную подготовку и независимую оценку квалификации с их законными интересами. Сделаны выводы, что, во-первых, в современных условиях в области правового регулирования действует тенденция к трансформации права работников на подготовку и дополнительное профессиональное образование из права – возможности в право – притязание. Это выражается в распространении требования непрерывности на дополнительное профессиональное образование отдельных категорий работников. Во-вторых, поскольку право работника на прохождение независимой оценки квалификации носит декларативный характер, а его реализация зависит от воли и усмотрения работодателя, что создает условия для нарушения прав работника, то представляется целесообразным закрепить в нормах трудового законодательства обязанность работодателя обеспечить прохождение работником независимой оценки его квалификации по его требованию в случаях, когда этот работник имеет документ, подтверждающий более высокий уровень квалификации и(или) фактически выполняет работу, соответствующую более высокому уровню квалификации.

Ключевые слова: права работников, трудовые отношения профессиональная подготовка, дополнительное профессиональное образование.

Abstract: the aim of the article is to analyze the problem of realization of workers' right to vocational training and independent assessment of qualification and to submit proposals on improving labor legislation in this area of legal regulation. Based on the conducted analysis and the level of development of this problem by Russian jurists, the author presents proposals on improving the labor legislation of the Russian Federation in the sphere of vocational training and independent evaluation of qualification of workers. Particular attention, in connection with the lack of elaboration of the issue in Russian science, is paid to the relation between the rights of workers to vocational training and independent evaluation of qualification and their legitimate interests. The author came to the following conclusions: firstly in modern conditions in the field of legal regulation, there is a tendency to transform the right of workers to preparation and additional vocational education from the right-opportunity in the right-claim. It is expressed in the extension of the requirement of continuity of additional vocational education

of certain categories of workers. Secondly, since the right of an employee to take an independent assessment of qualification is declarative, and its implementation depends on the will and discretion of the employer which creates conditions for violation of the rights of the employee it seems appropriate to fix in the norms of labor legislation the duty of the employer to ensure that the employee takes an independent assessment of his/her qualification at his/her request in cases when this employee has a document confirming a higher level of qualification and/or, in fact does work corresponding to a higher level of qualification.

Key words: *workers' rights, labor relations, vocational training, additional vocational education.*

Право работников на профессиональную подготовку признано международным сообществом. Оно закреплено в Европейской социальной хартии (принята в г. Страсбурге 3 мая 1996 г.)¹, ратифицированной Россией². В сфере профессиональной подготовки Европейская социальная хартия обязывает стороны:

– обеспечивать всем работникам, включая инвалидов, техническую и профессиональную подготовку, обеспечивать возможность доступа к высшему техническому и университетскому образованию, руководствуясь критерием личных способностей;

– развивать системы ученичества по различным специальностям и другие системы профессиональной подготовки молодых работников по месту их работы;

– способствовать обеспечению и развитию специальных средств для профессиональной переподготовки работников, которая обусловлена необходимостью соответствовать требованиям технического прогресса и новым тенденциям в производственной сфере;

– содействовать включению в нормальную продолжительность рабочего дня времени, которое работник тратит на прохождение дополнительной профессиональной подготовки, получаемой им в период работы по трудовому договору с одобрения работодателя, и т. д.

Положения, выражающие международные стандарты права на профессиональное образование, закреплены в Конвенции о техническом и профессиональном образовании, заключенной в г. Париже 10 ноября 1989 г.³ (Россия не является участницей данной Конвенции). Хотя Конвенция о техническом и профессиональном образовании не употребляет понятие «дополнительное профессиональное образование», однако оно фактически включено в содержание понятия «техническое и профессиональное образование», которое охватывает все формы и уровни процесса

¹ Европейская социальная хартия (пересмотренная) (ETS № 163) (вместе со «Сферой действия Европейской социальной хартии (пересмотренной) в отношении лиц, находящихся под ее защитой») // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 8. Ст. 781.

² О ратификации Европейской социальной хартии (пересмотренной) от 3 мая 1996 года : федер. закон от 3 июня 2009 г. № 101-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2009. № 23. Ст. 2756.

³ Свод нормативных актов ЮНЕСКО. М., 1991. С. 110–117.

образования, включая в дополнение к общим знаниям, изучение техники и относящихся к ней дисциплин приобретение практических навыков, «ноу-хау», формирование отношений и понимание вопросов, относящихся к профессии в различных секторах экономической и социальной жизни. Кроме того, положения данной Конвенции относятся ко всем формам и уровням технического и профессионального образования (ст. 1 Конвенции).

Российское трудовое законодательство закрепляет обеспечение равенства возможностей работников без всякой дискриминации на подготовку и дополнительное профессиональное образование в качестве одного из принципов правового регулирования трудовых отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений (абз. 8 ст. 2 ТК РФ) и относит право работников на подготовку и дополнительное профессиональное образование к его основным трудовым правам абз. 8 ч. 1 ст. 21 ТК РФ). Указанные нормы развивают и конкретизируют положения ст. 43 Конституции РФ⁴, закрепляющей право граждан на образование и гарантирующей, в частности, общедоступность и бесплатность основного общего и среднего профессионального образования в государственных или муниципальных образовательных учреждениях и на предприятиях. При этом необходимо иметь в виду, что право на профессиональную подготовку является составной частью конституционного права граждан на образование. Поэтому, как указывает В. Г. Глебов, «хотя данное право и названо в ст. 21 ТК РФ в числе основных прав работника, на наш взгляд, его необходимо рассматривать в качестве основного права не работника как лица, вступившего в трудовые отношения с работодателем, а как одно из основных прав субъекта трудового права»⁵.

Воспроизведя положения абз. 8 ч. 1 ст. 21 ТК РФ в ч. 1 ст. 197 ТК РФ, российский законодатель дополнил его правом работника на прохождение независимой оценки квалификации⁶. Федеральный закон от 3 июля 2016 г. № 238-ФЗ «О независимой оценке квалификации»⁷ определяет независимую оценку квалификации работников или лиц, претендующих на осуществление определенного вида трудовой деятельности, как процедуру подтверждения соответствия квалификации соискателя положениям профессионального стандарта или квалификационным требованиям, установленным федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации (требованиям к квалификации),

⁴ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

⁵ Глебов В. Г. Ученический договор. М., 2006. С. 55.

⁶ Положения о праве работника на прохождение независимой оценки квалификации были внесены в ст. 196 и 197 ТК РФ Федеральным законом от 3 июня 2016 г. № 239-ФЗ «О внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О независимой оценке квалификации» (Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4172).

⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4171.

проведенную центром оценки квалификаций в соответствии с настоящим Федеральным законом (п. 3 ст. 2). Независимая оценка квалификации проводится в форме профессионального экзамена центром оценки квалификаций в порядке, установленном Правительством РФ.

Трудовой кодекс РФ относит к прерогативе работодателя определение необходимости первоначальной профессиональной подготовки работников, а равно получения ими дополнительного профессионального образования. К компетенции работодателя относится также вопрос о необходимости направления работника на прохождение независимой оценки его квалификации (ч. 1 ст. 196 ТК РФ в ред. Федерального закона от 03.07.2016 № 239-ФЗ). Такой подход ставит возможность работника реализовать предоставленное ему трудовым законодательством право на профессиональную подготовку и прохождение независимой оценки его квалификации в зависимости от волеизъявления работодателя. Не освобождает работника от волеизъявления работодателя и положения ст. 197 ТК РФ, которая закрепляя в ч. 1 право работников на подготовку и дополнительное профессиональное образование, а также на прохождение независимой оценки квалификации, в ч. 2 обуславливает реализацию этого права заключением договора между работником и работодателем, т. е. опять же ставит зависимость реализации указанных прав работника от волеизъявления работодателя.

Увязывание реализации трудовых прав работника с волей работодателя создает условия для нарушения прав работника.

В то же время последствия для работника отказа со стороны работодателя заключить с ним договор на профессиональную подготовку и последствия отказа в прохождении независимой оценки квалификации не вполне равнозначны. Если работодатель решит, что необходимость в подготовке работника или в получении им дополнительного профессионального образования отсутствует, фактическая квалификация работника, его знания и умения останутся прежними, и оснований для изменения условий договора (например, для перевода работника на другое место работы, повышения ему заработной платы) не возникнет. При этом никакие обязанности работодателя, установленные трудовым законодательством, не нарушаются. Однако в случае, когда работник повысил свою квалификацию и, соответственно, выполняет работу более качественно, а работодатель отказывается дать оценку квалификации такого работника, то фактически он лишает работника права на своевременную и в полном объеме выплату заработной платы в соответствии с его квалификацией, сложностью труда, количеством и качеством выполненной работы (абз. 4 ч. 1 ст. 21 ТК РФ) и тем самым нарушает предусмотренные ч. 2 ст. 22 ТК РФ обязанности по обеспечению работникам равной оплаты за равноценный труд и по выплате работникам причитающейся им заработной платы в полном размере и в сроки, установленные в соответствии с трудовым законодательством и подзаконными нормативными правовыми актами. В таких случаях работник не может защитить свои трудовые права в суде, поскольку с формальной стороны работодатель не

допустил никаких нарушений норм трудового законодательства. Характерным примером может служить следующее дело.

Гр-н Н.С. обратился в суд с иском к ОАО «РЖД» в лице Орского отделения Южно-Уральской железной дороги, указав, что с 2003 г. работает в вагонном депо ст. Оренбург, структурном подразделении ОАО «РЖД». Приказом начальника эксплуатационного депо Оренбург № 521 от 3 ноября 2009 г. с целью повышения квалификации он был направлен в Оренбургскую техническую школу, где 23 декабря 2009 г. им были сданы экзамены с выдачей свидетельства № 14542 о присвоении VI квалификационного разряда. Однако ответчик отказал в установлении ему VI квалификационного разряда, в связи с чем истец просил суд признать этот отказ незаконным и необоснованным.

Решением Промышленного районного суда г. Оренбурга от 14 мая 2010 г. Н.С. отказано в удовлетворении исковых требований.

Судебная коллегия по гражданским делам Оренбургского областного суда, рассмотрев кассационную жалобу гр-на Н.С. установила, что Н.С. не сдавал квалификационный экзамен на предприятии для подтверждения полученного VI разряда, в связи с чем он не был переведен на работу с оплатой труда по VI разряду. Одновременно судебная коллегия указала, что после получения свидетельства о повышении квалификации работнику для присвоения очередного разряда необходимо сдавать квалификационный экзамен на предприятии.

На основании изложенного Судебная коллегия по гражданским делам Оренбургского областного суда оставила решение Промышленного районного суда г. Оренбурга от 14 мая 2010 г. без изменения, а кассационную жалобу гр-на Н.С. без удовлетворения⁸.

Положения ТК РФ, согласно которым реализация работником права на подготовку и дополнительное профессиональное образование обусловлена согласием работодателя можно признать целесообразным и обоснованным, поскольку вопросы обеспечения кадрами, определения численности штата работников, их специальностей и требований к уровню квалификации работников находятся в компетенции работодателя.

В то же время если работник повысил уровень своей квалификации и фактически выполняет работу, отвечающую этому уровню, то из положений ч. 2 ст. 67 ТК РФ, в соответствии с которой не оформленный в письменной форме трудовой договор должен считаться заключенным (при условии, что работник фактически приступил к работе либо с ведома или по поручению самого работодателя, либо его уполномоченного представителя), следует, что условия трудового договора в части, касающейся квалификации работника и выполняемой им трудовой функции были с согласия работодателя изменены. При таких обстоятельствах отказ работодателя обеспечить прохождение работником независимой оценки его квалификации следует признать необоснованным и нарушающим трудовые права работника.

Поэтому следует, на наш взгляд, законодательно закрепить обязанность работодателя обеспечить прохождение работником независимой оценки его квалификации по его требованию в случаях, когда этот ра-

⁸ Кассационное определение Оренбургского областного суда от 14 июля 2010 г. по делу № 33-3745/2010. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ботник имеет документ, подтверждающий более высокий уровень квалификации и (или) фактически выполняет работу, соответствующую более высокому уровню квалификации. Для этого представляется целесообразным внести соответствующие изменения в ТК РФ, а именно: дополнить ч. 1 ст. 196 ТК РФ словами:

«По требованию работника работодатель направляет его на прохождение независимой оценки квалификации в случаях, когда работник имеет документ, подтверждающий более высокий уровень квалификации и (или) фактически выполняет работу, соответствующую более высокому уровню квалификации».

Необходимо также отметить, что в части, касающейся права работника на прохождение независимой оценки его квалификации, рассмотренные положения ст. 196 и 197 ТК РФ не соответствуют положениям Федерального закона «О независимой оценке квалификации». Согласно ч. 2 ст. 4 указанного закона, соискатель вправе инициировать проведение независимой оценки квалификации в виде профессионального экзамена. При этом данный закон устанавливает, что оценка квалификации, инициированная работником, проводится не за счет средств работодателя, а за счет средств самого соискателя либо за счет привлеченных им средств иных физических и (или) юридических лиц, что представляется логичным и разумным.

Аналогичное положение целесообразно закрепить и в отношении реализации права работника на подготовку и дополнительное профессиональное образование – предоставить ему право на самостоятельное получение профессионального образования. Рассматривая данную проблему, Д. Л. Кузнецов отмечает, что юридически такого вида обучения работников, как самообучение и самоподготовка, которые иногда выделяются в юридической литературе, не существует, но следует говорить о процессе самообразования работника. При этом автор справедливо указывает, что «самообразование может быть исключительно одной из форм получения образования»⁹.

Для закрепления права работника на самостоятельное получение профессионального образования предлагаем дополнить ст. 197 ТК РФ ч. 3 и 4 следующего содержания:

«Работник вправе самостоятельно проходить профессиональное обучение, получать профессиональное и дополнительное профессиональное образование, а также инициировать проведение независимой оценки своей квалификации.

Прохождение профессионального обучения, получение профессионального и дополнительного профессионального образования, осуществляемые работником самостоятельно, обеспечиваются за счет средств работника, иных физических и (или) юридических лиц. Независимая оценка квалификации, проводимая по инициативе работника, обеспечи-

⁹ Кузнецов Д. Л. Корпоративная система образования в управлении человеческими ресурсами (комплексный экономико-юридический подход). М., 2015. С. 15.

вается за счет средств работника, иных физических и (или) юридических лиц за исключением случаев, когда работник, инициировавший независимую оценку квалификации, имеет документ, подтверждающий более высокий уровень квалификации и (или) фактически выполняет работу, соответствующую более высокому уровню квалификации».

Таким образом, из действующих положений ст. 196 и 197 ТК РФ следует, что для реализации работником права на профессиональную подготовку и на прохождение независимой оценки квалификации необходимо согласие работодателя, выраженное в заключении им соответствующего договора с работником. Кроме того, сравнение основных трудовых прав работника, закрепленных в ч. 1 ст. 21 ТК РФ с перечнем основных обязанностей работодателя, содержащимся в ч. 2 ст. 22 ТК РФ, показывает, что, признавая за работником право на профессиональную подготовку в порядке, установленном ТК РФ и иными федеральными законами, российский законодатель не предусмотрел корреспондирующей этому праву обязанности работодателя.

Поэтому следует признать, что право работника на профессиональную подготовку носит, в определенной степени, декларативный характер, на что было обращено внимание в юридической литературе. Так, Д. Л. Кузнецов отмечает, что «указанное право¹⁰, за исключением случаев, когда нормативными правовыми актами предусмотрена обязанность работодателя проводить повышение квалификации работников, как правило, носит декларативный характер и реализуется в правоприменительной практике путем заключения дополнительного договора между работником и работодателем»¹¹. Необходимо согласиться с мнением, что право работника на профессиональную подготовку следует характеризовать не как право – притязание, а как право – возможность¹².

Поскольку российский законодатель установил одинаковый режим реализации работником как права на подготовку и дополнительное профессиональное образование, так и его права на прохождение независимой оценки квалификации, то вышеизложенная аргументация полностью применима и для характеристики права работника на прохождение независимой оценки квалификации. Это право также представляет собой право – возможность, а не право – притязание.

Отмеченная особенность характеристики прав работников на профессиональную подготовку и проведение независимой оценки квалификации сближает их с законным интересом, который в академическом кур-

¹⁰ Имеется в виду право работника на подготовку и дополнительное профессиональное образование, предусмотренное старой редакцией ч. 1 ст. 197 ТК РФ.

¹¹ Кузнецов Д. Л. Актуальные вопросы правового регулирования обучения персонала // Актуальные проблемы трудового законодательства в условиях модернизации экономики / отв. ред. Ю. П. Орловский. М., 2012. С. 165.

¹² См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). Новая редакция / отв. ред. М. О. Буянова, И. А. Костян. М., 2008. С. 467; Никонов Д. А., Стрелмоухов А. В. Трудовое право : курс лекций. М., 2007. С. 300.

се «Общая теория государства и права» определяется как «отраженное в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определенной степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлениях субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам – в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным»¹³.

В трудовом праве проблема законных интересов работника исследована недостаточно.

Определенное внимание этой проблеме уделил В. В. Федин, посвятивший ей отдельный параграф в своем диссертационном исследовании. Автор, взяв за основу подход к пониманию законного интереса, предложенный А. В. Малько, предлагает рассматривать данное понятие как «закрепленное в системе правовых норм или следующее из их смысла, находящееся под охраной государства и тем самым гарантированное им юридическое дозволение, которое заключается в стремлении субъекта пользоваться определенным социальным благом и возможности в случае нарушения обращаться за защитой к компетентным органам»¹⁴.

Однако предложенное им определение законного интереса работника не свободно от недостатков. Законный интерес представляет собой атрибут субъекта права – гражданина или юридического лица. Но юридическое дозволение, под понятие которого подводится законный интерес в указанном выше определении, является реализацией воли властно уполномоченного субъекта – государства либо его органа власти, т. е. представляет собой атрибут органа государственной власти или государства, а потому не может характеризовать субъекта права (гражданина, юридическое лицо) и служить средством определения его (субъекта права) законного интереса.

Полагаем возможным взять за основу определения законного интереса его соотнесение с благом и пользованием им, что более соответствует смыслу понятия «интерес», под которым в русском языке понимается то, что составляет благо кого-либо, служит на пользу кому-либо¹⁵. Исходя из этого, законный интерес можно определить как допускаемую государством возможность субъекта права пользоваться конкретным социальным благом в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих закону. Соответственно, законный интерес работника можно рассматривать как допускаемую трудовым законодательством возможность работника пользоваться социальными благами в целях воспроизводства рабочей силы и обеспечения надлежащего исполнения трудовой функции.

¹³ Общая теория государства и права : академический курс : в 3 т. / отв. ред. М. Н. Марченко. М., 2002. Т. 3. С. 219.

¹⁴ Федин В. В. Юридический статус работника как субъекта трудового права : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 141.

¹⁵ См.: Современный толковый словарь русского языка. СПб., 2003. С. 247.

Надлежащая профессиональная подготовка работника оказывает существенное влияние на реализацию его прав и законных интересов. Не случайно российский законодатель обеспечение этого права включил в перечень основных принципов правового регулирования трудовых отношений. Однако формулировка абз. 8 ст. 2 ТК РФ, где этот принцип закреплён, представляется не вполне удачной. В данной норме российский законодатель в отношении подготовки и дополнительного профессионального образования употребляет термин «обеспечение равенства возможностей работников без всякой дискриминации», но обеспечение равенства возможностей не означает обеспечения прав и законных интересов, поскольку не исключает «равного» нарушения прав работников. Поэтому полагаем целесообразным внести следующие изменения в редакцию абз. 8 ст. 2 ТК РФ:

выражение «а также на подготовку и дополнительное профессиональное образование» заменить на «а также обеспечение прав и законных интересов на подготовку и дополнительное профессиональное образование».

Закрепленные в ч. 1 ст. 199 ТК РФ обязанность работодателя обеспечить ученику возможность обучения и соответствующая обязанность ученика пройти обучение, как справедливо указывает И. В. Занданов, «предполагает необходимость согласования такого условия, как организационная форма ученичества»¹⁶.

В соответствии со ст. 202 ТК РФ ученичество организуется в форме индивидуального, бригадного, курсового обучения и в иных формах.

Действующее в части, не противоречащей ТК РФ, Типовое положение о непрерывном профессиональном и экономическом обучении кадров народного хозяйства¹⁷ (далее – Типовое положение 1988 г.), определяет порядок индивидуального и курсового обучения.

В случае индивидуальной подготовки работник изучает теоретический курс самостоятельно с правом получения консультаций у преподавателя, а при производственном обучении он проходит индивидуальную подготовку под руководством инструктора производственного обучения на рабочем месте, в качестве которого выступает опытный рабочий (при этом данный рабочий не освобождается от основной работы). В случае курсовой подготовки работника его теоретическое обучение проходит в учебной группе. Как отмечает В. Г. Глебов, «курсовая форма предполагает разделение всего процесса обучения на части: теоретическую и практическую, которые могут чередоваться в зависимости от получаемой профессии, специальности»¹⁸.

¹⁶ Занданов И. В. Ученический договор и договор о повышении квалификации : общее и особенное // Журнал рос. права. 2009. № 12. С. 92.

¹⁷ Типовое положение о непрерывном профессиональном и экономическом обучении кадров народного хозяйства : утв. постановлением Госкомтруда СССР, Гособразования СССР, Секретариата ВЦСПС от 15 июня 1988 г. № 369/92-14-147/20/18-22 // Бюллетень Госкомтруда СССР. 1988. № 11.

¹⁸ Глебов В. Г. Ученический договор : дис. ... канд. юрид. наук. Барнаул, 2005. С. 85.

Регулируя порядок курсового обучения, Типовое положение 1988 г. рекомендует устанавливать численность групп от 10 до 30 человек (в учебных центрах учебно-курсовых комбинатах (пунктах) технических школах и на организуемых министерствами, ведомствами постоянно действующих курсах – численностью 25–30 человек). При этом теоретическое обучение может проводиться также в профессионально-технических училищах по договорам с предприятиями за счет их средств.

Согласно Типовому положению 1988 г., приобретение и совершенствование работниками, проходящими обучение (как индивидуальное, так и курсовое), необходимых профессиональных умений и навыков, как правило, должно осуществляться в процессе изготовления продукции или выполнения работ (с соблюдением соответствующих требований к их качеству). Для этого с самого начала производственного обучения каждому работнику-ученику должно было предоставляться рабочее место, оснащенное всем необходимым оборудованием, а также соответствующими инструментами и материалами. Бригадная форма обучения, при которой работников объединяют в учебные бригады, Типовым положением 1988 г. не предусматривается. Однако на деле такая форма подготовки работников и повышения квалификации широко использовалась как в советское, так и в настоящее время. Например, приказ Минпроса СССР от 11 мая 1985 г. № 81¹⁹ прямо указывал, что основной формой трудового обучения «является коллективная (бригадная) форма: ученическая производственная бригада в колхозе, совхозе, школьное лесничество, лагерь труда и отдыха, трудовой отряд старшеклассников, другие трудовые объединения школьников, группа (подгруппа), бригада в межшкольном учебно-производственном комбинате, учебном цехе предприятия, в школьной мастерской и т. п.». Типовой проект общих стандартов предприятия по управлению качеством древесных плит, стандартных деревянных домов и спичек (утв. Минлеспромом СССР 13.12.1977)²⁰, закрепляя бригадную форму обучения новых рабочих, устанавливал, что при составе бригады не менее 15 человек специалисты предприятия, выделенные для производственного обучения, могли быть освобождены от основной работы.

Бригадная форма подготовки характеризовалась тем, что проходящий обучение работник (либо их группа) входил в состав бригады, и процесс обучения проходил под руководством кого-либо из членов бригады (или нескольких членов), который выступал как инструктор производственного обучения на рабочем месте, причем инструктор должен был обладать высокой квалификацией и иметь большой рабочий стаж²¹.

¹⁹ Об утверждении Положения об организации общественно полезного, производительного труда учащихся общеобразовательных школ : приказ Минпроса СССР от 11 мая 1985 г. № 81 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1985. № 10.

²⁰ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²¹ См.: Бочарникова М. А. Комментарий к ст. 202 // Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный) / отв. ред. Ю. П. Орловский. М., 2014.

Бригадная форма подготовки используется преимущественно там, где в силу специфики производственного процесса и технологии целесообразно применять бригадные формы организации труда. Процесс обучения в таком случае протекает аналогично как и при индивидуальном обучении, но с участием не только мастера, но и всех членов бригады²².

Рассмотрение специфики права работников на подготовку и дополнительное профессиональное образование позволяет сделать следующие выводы.

1. На настоящем этапе развития право работника на профессиональную подготовку представляет собой право – возможность, а не право – притязание. В то же время в современных условиях в области правового регулирования права работников на подготовку и дополнительное профессиональное образование действует тенденция к трансформации этого права из права – возможности в право – притязание, что выражается в распространении требования непрерывности на дополнительное профессиональное образование отдельных категорий работников.

2. Право работника на прохождение независимой оценки квалификации носит декларативный характер. Его реализация зависит от воли и усмотрения законодателя. Однако увязывание реализации трудовых прав работника с волей работодателя создает условия для нарушения прав работника. Поэтому представляется целесообразным закрепить в нормах трудового законодательства обязанность работодателя обеспечить прохождение работником независимой оценки его квалификации по его требованию в случаях, когда работник имеет документ, подтверждающий более высокий уровень квалификации и (или) фактически выполняет работу, соответствующую более высокому уровню квалификации.

²² См.: Профессиональная подготовка рабочих кадров. URL: http://infomanagement.ru/lekcija/professionalnaya_podgotovka_rabochikh_kadrov

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Демченко М. В., соискатель кафедры трудового права и права социального обеспечения

*E-mail: maryvlad80@mail.ru
Тел.: 8-916-110- 99-99*

National Research University «Higher School of Economics»

Demchenko M. V., Competitor of the Labour Law and Social Security Law Department

*E-mail: maryvlad80@mail.ru
Tel.: 8-916 -110-99-99*

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ НАДОМНОГО И ДИСТАНЦИОННОГО ТРУДА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Е. Н. Бородина

*Правовой колледж Юридического института
Российского университета транспорта*

Поступила в редакция 14 сентября 2018 г.

Аннотация: статья посвящена одному из самых актуальных вопросов современного трудового права. В настоящее время надомный труд рассматривается не только как альтернатива работы для лиц с ограниченными возможностями. Появились новые формы надомного труда. Становление дистанционной занятости в России изначально складывалось в условиях отсутствия правовой основы и непоследовательности развития. Вместе с тем на практике возникает достаточно много спорных правовых вопросов, требующих рассмотрения и разрешения, что подтверждает актуальность выбранной темы. Необходимо отметить положительный результат введения дистанционной занятости для экономики РФ. Однако необходимо внести изменения в законодательство РФ, регулирующие существование и развитие рынка дистанционной занятости и современного надомного труда.

Ключевые слова: надомный труд, дистанционный труд, законодательство о надомном и дистанционном труде.

Abstract: the article is devoted to one of the most topical issues of modern labour law. Currently, home-based work is seen not only as an alternative to work for people with disabilities. There were new forms of home work. The formation of distance employment in Russia initially evolved in the absence of a legal basis and inconsistent development. At the same time, in practice, there are quite a lot of controversial legal issues that require consideration and resolution, which confirms the relevance of the chosen topic. It is necessary to note the positive result of the introduction of distance employment for the Russian economy. However, it is necessary to make changes in the legislation of the Russian Federation regulating the existence and development of the market for distance employment and modern home-based work.

Key words: home work, distance work, legislation on home and distance work.

Как организационная форма надомничество возникло на основе кустарных промыслов и ремесленничества. Свое дальнейшее развитие надомное производство получило в начале XX в. 15 ноября 1928 г. было принято постановление СНК РСФСР «Об условиях труда квартирников». В течение 1930–1990-х гг. надомный труд рассматривался как исключительная мера, позволявшая вовлечь в производство граждан, которые по объективным причинам не были способны реализовать свое право на труд.

После ликвидации системы промысловой кооперации надомный труд перестал регулироваться указанными нормативными правовыми

актами. Отдельные положения о надомниках содержались в нескольких постановлениях Совета Министров СССР, в ряде ведомственных инструкций и положений о надомном труде. В 1981 г. постановлением Государственного комитета СССР по труду и социальным вопросам было утверждено Положение об условиях труда надомников №275/17-99.

В Трудовом кодексе РФ (далее – ТК РФ) особенностям регулирования труда надомников посвящена глава 49. В соответствии со ст. 310 ТК РФ надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому из материалов и с использованием инструментов и механизмов, выделяемых работодателем либо приобретаемых надомником за свой счет.

В настоящее время, помимо традиционного надомного труда, возникли новые формы надомничества: на дому работают высококвалифицированные специалисты в области информационных технологий – программисты, дизайнеры, журналисты, переводчики и т. д. Надомный труд в современных условиях устанавливается сторонами свободно, и виды выполнения работ не ограничиваются законодательством.

Необходимо отметить, что надомный труд регулируется Конвенцией МОТ №177 «О надомном труде» и Рекомендацией МОТ №184 «О надомном труде».

Однако указанные Конвенция и Рекомендация МОТ не были ратифицированы Российской Федерацией, и их действие на трудовые отношения Российской Федерации не распространяется.

Трудовое законодательство РФ определяет надомников более узко, чем зарубежное. Труд надомников ограничивается только материальным производством и не учитывается, что в настоящее время наибольший процент надомного труда связан с интеллектуальным трудом, для которого вполне достаточно иметь компьютер и Интернет.

Однако проблема заключается не только в недостаточной регламентации труда надомников, а в распространении со стороны работодателей тенденции заключать гражданско-правовые договоры с лицами, работающими на дому, чтобы избежать необходимости обеспечивать их социальными льготами и другими преимуществами трудовых отношений из-за нацеленности на краткосрочное сотрудничество¹.

Современные возможности существенно модифицировали традиционные способы вовлечения людей в трудовую деятельность. В настоящее время дифференциация в правовом регулировании труда надомных работников усилилась. К нетипичным формам занятости в последнее время принято относить телеработу (от греч. tele – «далеко»).

Иногда «телеработу» называют «компьютерным надомничеством», так как главной особенностью таких трудовых отношений является использование компьютерной техники. Однако определяющей особенно-

¹ См.: Полтавец Ю. Н. Правовой статус работников надомного труда. Исторический аспект и правовой статус по трудовому кодексу Российской Федерации : материалы Междунар. науч.-практ. конф. // Экономика и управление в XXI веке : теория, методология, практика. Серия «Экономика и право». 2012. № 11–12.

стью данных отношений можно назвать не использование работником компьютера и не нахождение его у себя дома, а выполнение любой работы, связанной с той или иной формой информации вне места нахождения работодателя. Следовательно, место выполнения работы может быть любым и такую работу вряд ли корректно именовать надомничеством². Термины «телеработа» и «надомный труд» не являются равнозначными еще и потому что существуют надомники, которые по роду своей деятельности не используют в работе средства информации и информационные технологии.

В настоящее время правовые системы зарубежных стран по-разному подходят к регламентации телетруда и определению основных категорий этого труда. В законодательстве Российской Федерации такое понятие, как «телеработа» в настоящее время отсутствует³.

Отметим также, что понятие дистанционной занятости шире понятия надомного труда, так как надомный труд связан с выполнением работы именно на дому, а дистанционная работа предполагает выполнение работы вне места нахождения работодателя и может быть выполнена не по месту жительства работника. Применение труда надомников уже не предполагает необходимости специального оборудования жилого помещения. Место работы надомника должно соответствовать требованиям охраны труда, а также быть оборудованным специальными средствами связи. Работник обязан обеспечить выполнение индивидуального трудового задания без подчинения правилам внутреннего трудового распорядка. Современные средства связи позволяют выполнять эту работу не только на дому, но и в других местах, оборудованных необходимыми средствами.

Однако определение, содержащееся в Трудовом кодексе РФ, недостаточно полно отражает особенности надомного труда. Очевидно, что правовое регулирование надомного труда в Российской Федерации ни в коей мере не отвечает современным потребностям рынка труда и ориентировано на экономику советских времен.

Существует необходимость более детального регулирования труда надомников, а также внесение изменений в иные нормативно-правовые акты РФ, в том числе Налоговый кодекс РФ, путем создания целостной системы стимулов для работодателей и работников, занимающихся надомным трудом.

Можно согласиться с мнением, что необходимо ратифицировать вышеуказанные Конвенцию и Рекомендацию и привести в соответствие с ними нормы ТК РФ, включив в него дополнительные нормы, более подробно регламентирующие отношения в сфере труда надомных работников, закрепив процедуру заключения и расторжения трудового договора,

² См.: *Томашевский К. Л.* Компьютерное надомничество (телеработа) как одна из гибких форм занятости в XXI в. // Трудовое право в России и за рубежом. 2011. № 3. С. 32–35.

³ См.: *Аксенов И. С.* Особенности правового регулирования труда надомников : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 61–62.

оплату труда надомника, а также гарантии прав работника и компенсации за использование его личного имущества.

В ТК РФ отсутствует четкая регламентация порядка принятия на работу надомных работников. Возникает вопрос, как быть с потенциальным работником, который живет в другом городе и не может приехать в офис для заключения трудового договора? В. И. Артельных считает, что работник может направить документы по почте заказным или ценным письмом, а работодатель перешлет ему на подпись два экземпляра договора. А. Грибанова полагает, что необходимо включить в ТК РФ норму, позволяющую совершить указанные действия без непосредственного контакта сторон. Например, с помощью Интернета, воспользовавшись электронной подписью. Однако, как отмечает Е. Н. Филенко, несмотря на достаточно широкое применение электронной цифровой подписи ЭЦП в различных сферах деятельности специалисты по информационным технологиям отмечают что внедрение ЭЦП идет медленнее, чем ожидалось⁴. М. А. Емельяненко отмечает, что работодателю в трудовом договоре необходимо определить, как будет осуществляться связь с надомником, так как ему необходимо знать дни, часы и средства связи, с помощью которых можно связаться с работником, который самостоятельно определяет себе рабочее время⁵.

Работодатель в соответствии с ТК РФ обязан на всех работников, проработавших в организации более пяти дней, оформлять трудовые книжки. При этом он не всегда имеет возможность проконтролировать, приступил ли работник к выполнению своих обязанностей и отработал ли он пять дней. Возможно, работник не начинал работу, работодатель вносит запись в трудовую книжку, что впоследствии может вызвать затруднения.

В соответствии со ст. 312 ТК РФ расторжение трудового договора с надомными работниками производится по основаниям, предусмотренным трудовым договором. Возникают разные мнения при толковании данной нормы. При этом в данной статье не закреплено, вправе ли стороны трудового договора самостоятельно определить дополнительные основания или могут только оговаривать при заключении трудового договора те из установленных законодательством случаи его расторжения, которые будут подлежать применению в конкретной ситуации. Можно согласиться с А. Н. Тарасенковой о том, что трудовой договор с надомником может быть расторгнут: по общим основаниям (ч. 4 ст. 310 ТК РФ); по основаниям, предусмотренным трудовым договором (ст. 312 ТК РФ)⁶.

Таким образом из анализа законодательства РФ, касающегося труда надомных работников можно прийти к выводу, что согласно ст. 310

⁴ См.: Филенко Е. Н. Проблемы использования электронной цифровой подписи // Трудовое право. 2007. №11. С. 17.

⁵ См.: Емельяненко М. А. Оптимизация расходов на персонал без сокращений. Перевод работников на надомный труд // Юрист компании. 2009. № 6.

⁶ См.: Тарасенкова А. Н. Особенности работы вне офиса : надомный труд, дистанционная работа, фриланс. М., 2013. Вып. 23. С. 25.

ТК РФ «надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы на дому...». Однако в законодательстве отсутствует определение понятия «дом». Работа может производиться как по месту жительства работника, так и по месту его пребывания. Предлагаем изменить формулировку ст. 310 ТК РФ: «Надомниками считаются лица, заключившие трудовой договор о выполнении работы по месту фактического проживания...».

Особенности рабочего времени и времени отдыха надомных работников

Рабочее время и время отдыха надомных работников имеет свою специфику в соответствии с законодательством РФ. На надомников согласно ст. 310 ТК РФ распространяется действие трудового законодательства.

Однако работник распределяет свой труд по своему усмотрению, у работодателя нет реальной возможности проверить, выполняется норма рабочего времени или нет. При этом избранный режим труда не должен прерывать производственные циклы работодателя.

Надомный работник сам регулирует продолжительность своего рабочего дня, при этом предполагается, что рабочая неделя должна соответствовать норме и не превышать 40 часов в неделю. Если работник работает сверхурочно, ночью или в выходные дни, за это не производится доплат и не предоставляются отгулы. Привлечение работников к работе сверхурочно, а также в выходные, праздничные дни, ночное время без повышенной оплаты может повлечь за собой массовые злоупотребления со стороны работодателей. Необходимо установить для работодателя запрет возлагать на работника объем работы, который потребует систематического привлечения работника к сверхурочной работе, работе в выходные и нерабочие праздничные дни без учета положений трудового законодательства о порядке и условиях привлечения к такой работе.

Таким образом для отдельных категорий надомников можно использовать самостоятельное табелирование рабочего времени. Например, закрепить в трудовом договоре обязанность работника самостоятельно вести учет отработанного времени, не допускать переработок и выработать норму рабочего времени.

Ежегодный основной оплачиваемый отпуск предоставляется надомникам в обычном порядке и продолжительностью, установленной ст. 115 ТК РФ⁷. Отдельные категории надомников (например, инвалиды) имеют право на ежегодный отпуск большей продолжительности.

Надомным работникам, занятым в районах Крайнего Севера и местностях, приравненных к ним, предоставляются ежегодный дополнительный отпуск и другие льготы, установленные законодательством для работников, занятых в этих районах и местностях. Им также могут предоставляться дополнительные отпуска, установленные коллективным договором или локальными нормативными актами организации, а также

⁷ См.: Аксенов И. С. Указ. соч. С. 103.

отпуска без сохранения заработной платы в соответствии с законодательством РФ.

В результате проведенного анализа можно прийти к выводу о том, что надомный работник подчиняется работодателю лишь в той степени, в какой он обязуется выполнить определенную работу заданного качества и к обусловленному договором сроку. Режим рабочего времени и времени отдыха при этом работник устанавливает самостоятельно.

Следует установить запрет для работодателя систематически привлекать работника к сверхурочной работе, работе в выходные и праздничные дни по воле работодателя, без учета общих требований трудового законодательства о порядке и условиях привлечения к такой работе.

Гарантии и компенсации надомным работникам

В соответствии со ст. 22 ТК РФ работодатель обязан обеспечить работника оборудованием, инструментами, технической документацией и иными средствами, необходимыми для исполнения им своих трудовых обязанностей.

Трудовой договор, заключаемый с ними, должен содержать дополнительные условия, отражающие указанные выше особенности труда надомников. К ним относятся:

1) порядок и условия предоставления работодателем оборудования, инструментов, механизмов, используемых надомником, или порядок и условия использования инструментов и механизмов, принадлежащих работнику, с указанием размера компенсации за их износ (амортизацию);

2) своевременный ремонт используемых работником инструментов, механизмов в процессе труда, порядок и способы его осуществления работодателем или порядок определения размера материального ущерба, причиненного имуществу работника в случае использования им своего имущества, и условия его возмещения либо порядок и условия возмещения затрат, связанных с осуществлением ремонта используемых работником инструментов и механизмов, принадлежащих работодателю, если ремонт осуществлял работник;

3) порядок и условия возмещения работнику расходов, связанных с использованием в процессе труда электроэнергии воды, газа и др.;

4) порядок обеспечения работодателем работника сырьем, материалами и полуфабрикатами, необходимыми для выполнения трудовых обязанностей, или порядок и условия возмещения расходов работника, связанных с их приобретением;

5) порядок, условия и сроки вывоза работодателем готовой продукции или порядок и условия возмещения работнику расходов, связанных с этим.

В соответствии со ст. 22 ТК РФ работодатель обязан обеспечивать безопасность и условия труда, соответствующие государственным нормативным требованиям охраны труда; до заключения трудового договора с надомником работодатель обязан произвести обследование жилищ-

но-бытовых условий лиц, которые изъявили намерение заключить трудовой договор о выполнении ими работы на дому.

Предоставлять надомникам такие виды работ, которые нарушают права соседей, создают им какие-либо неудобства, связанные с выполнением работы на дому, запрещено.

Работодатель обязан компенсировать расходы надомникам, связанные с выполнением трудового договора. Если надомник использует свои инструменты, механизмы и материалы, то ему возмещаются расходы, связанные с их использованием, а также выплачивается компенсация за износ (амортизацию) личного имущества в порядке, установленном ст. 188 ТК РФ.

Вопрос относительно возможности направления надомных работников в командировки является спорным. Положения главы 49 ТК РФ не запрещают направлять данных работников в командировки. Как отмечает А. Н. Тарасенкова, если главный офис организации находится в другом городе, то поездка надомника в организацию в рабочих целях будет также считаться командировкой. При этом командировка надомника из места жительства, которое является местом работы, с точки зрения трудового законодательства обоснована. Надомник имеет право на компенсацию расходов на проезд от места жительства к местонахождению компании и обратно, расхода по найму жилого помещения, суточных, иных расходов, произведенных с разрешения или ведома работодателя. При этом в соответствии со ст. 310 ТК РФ на данных работников распространяется действие трудового законодательства с учетом особенностей главы 49 ТК РФ. Главной особенностью этой главы является возможность работников трудиться именно дома. Таким образом, необходимо внести в законодательство о труде надомников дополнение относительно служебных командировок.

Гарантии и компенсации, установленные трудовым законодательством и связанные с расторжением трудового договора распространяются также и на надомных работников. На надомных работников распространяются все гарантии, установленные ТК РФ в отношении запрета на увольнение в период болезни работника, нахождения его в ежегодном оплачиваемом отпуске, гарантии, установленные для работников ст. 261 ТК РФ.

Дистанционный труд и его правовое регулирование

В отличие от зарубежного опыта становление дистанционной занятости в Российской Федерации изначально складывалось в условиях ограниченной правовой основы и непоследовательности развития. Сначала сложилась ситуация, когда появилось значительное число людей, которые зарабатывают своим умом с помощью совершенствующихся средств коммуникаций и информационных технологий, но не имеют никаких гарантий. И только после этого были внесены соответствующие изменения в действующее трудовое законодательство РФ.

В качестве одного из ожидаемых результатов в Государственной программе Российской Федерации «Информационное общество 2011–2020

годь», утвержденной постановлением Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313, названо предоставление возможности осуществления трудовой деятельности дистанционно⁸.

Согласно ст. 312.1. ТК РФ дистанционной работой является выполнение определенной трудовым договором трудовой функции вне места нахождения работодателя, его филиала, представительства, иного обособленного структурного подразделения (включая расположенные в другой местности), вне стационарного рабочего места, территории или объекта, прямо или косвенно находящихся под контролем работодателя, при условии использования для выполнения данной трудовой функции и для осуществления взаимодействия между работодателем и работником по вопросам, связанным с ее выполнением, информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети «Интернет». Определение места работы дистанционного работника не совпадает с определением места работы, данным в ч. 2 ст. 57 ТК РФ. Местом заключения трудового договора считается место нахождения работодателя.

Существенным для квалификации трудового договора о дистанционной работе является условие об использовании информационно-телекоммуникационных сетей общего пользования, в том числе сети «Интернет», согласно ч. 1 ст. 312.1 ТК РФ.

Необходимо также определить, в какой форме должно быть организовано взаимодействие между сторонами трудового договора. Стороны могут взаимодействовать друг с другом при помощи обмена электронными документами. Использование усиленной квалифицированной электронной подписи способствует защите передаваемой информации, которая в большинстве случаев конфиденциальна. Однако в литературе высказываются обоснованные опасения об эффективности и доступности такого способа защиты (например, для жителей отдаленных сельских поселений). Кроме того, стоимость получения электронной подписи достаточно высока.

Однако из статей главы 49.1 ТК РФ явно не следует обязательность взаимодействия между сторонами трудовых отношений исключительно посредством обмена электронными документами. Поэтому работник и работодатель могут использовать бумажную форму для оформления между ними соответствующих отношений.

Предусматривается обязанность сторон договора о дистанционной работе предоставлять экземпляры документов в бумажном виде. В случае заключения трудового договора о дистанционной работе путем обмена электронными документами работодатель обязан не позднее трех календарных дней со дня заключения трудового договора направить работнику экземпляр данного трудового договора на бумажном носителе (ч. 2 ст. 312.2 ТК РФ). Работник, предоставивший работодателю документы,

⁸ См.: Васильева Ю. В., Шуралева С. В. Содержание трудового договора о дистанционной работе : теоретические аспекты // Вестник Пермского ун-та. Юридические науки. 2015. Вып. 2 (28). С. 88–97.

предусмотренные ст. 65 ТК РФ в электронной форме, обязан по требованию работодателя направить ему нотариально заверенные копии указанных документов на бумажном носителе (ч. 3 ст. 312.2 ТК РФ).

При этом электронное взаимодействие не освобождает работодателя от обязанности ведения бумажного документооборота. Для каждого работника, в том числе дистанционного, создается личное дело, в которое вкладываются все документы сотрудника.

По соглашению сторон трудового договора о дистанционной работе сведения о данной работе могут не вноситься в трудовую книжку. При заключении трудового договора впервые трудовая книжка дистанционному работнику может не оформляться. Однако если трудовая книжка не оформлялась, то после увольнения с первого места работы, носившей дистанционный характер, и поступления на работу в обычном (не дистанционном) режиме новый работодатель может отказаться оформлять работнику трудовую книжку, ссылаясь на то, что трудовой договор заключается не впервые. Применение данной статьи в будущем может привести к неопределенности и трудностям с исчислением трудового стажа работника. Поэтому следует согласиться с предложением, что следует изменить редакцию ч. 6 ст. 312.2 ТК РФ: «При заключении трудового договора о дистанционной работе сведения о дистанционной работе вносятся в трудовую книжку дистанционного работника, а при заключении трудового договора впервые трудовая книжка работника оформляется работодателем».

Часто работники активно совмещают работу в офисе с различными видами частичной занятости, имеющей дистанционный характер. Таким образом, возникла проблема, связанная с распространением на таких работников норм ТК РФ, регулирующих труд дистанционных работников. Основной вопрос заключается в том, обязан ли в таких случаях работодатель заключать с такими работниками новый трудовой договор или можно вносить изменения в уже действующее трудовое соглашение. Полагая, что в данном случае существует режим рабочего времени, который оформляется дополнительным соглашением, являющимся приложением к трудовому договору.

На практике возникают ситуации когда работник в связи с беременностью направляет заявление о переводе на режим удаленной работы. При этом следует учитывать, что при выборе дистанционного труда с 30 июня 2003 г. действуют Гигиенические требования к компьютерам и организации работы с ними. В этих требованиях указывается, что «женщины со времени установления беременности переводятся на работы, не связанные с использованием ЭВМ, или для них ограничивается время работы с ЭВМ (не более трех часов за рабочую смену) при условии соблюдения гигиенических требований, установленных настоящими санитарными правилами.

В трудовом законодательстве РФ не урегулирован порядок заключения трудового договора о дистанционной работе с иностранным работником. Можно согласиться с мнением С. В. Шуралевой что трудовой до-

говор о дистанционной работе подчиняется праву страны, где заключен данный договор, или праву местонахождения работодателя, если данным договором не предусмотрено иное. Стороны трудового договора о дистанционной работе могут выбрать право, применяемое в трудовом договоре, как в момент его заключения, так и во время его действия⁹.

Расторжение трудового договора о дистанционной работе по инициативе работодателя производится по основаниям, предусмотренным трудовым договором ч. 1 ст. 312.5 ТК РФ. Однако название статьи шире, чем ее содержание. Особенности прекращения трудового договора не сводятся только к особым основаниям его расторжения по инициативе работодателя. Если данное положение толковать расширительно, то расторжение договора о дистанционной работе производится по инициативе работодателя по основаниям, предусмотренным ст. 81 ТК РФ и трудовым договором. Прекращение трудового договора о дистанционной работе может быть осуществлено путем обмена электронными документами при условии, что в данных документах используются усиленные квалифицированные электронные подписи дистанционного работника и работодателя.

Поэтому работодателям рекомендуется обязательно учитывать, что «присланное по электронной почте отсканированное заявление работника об увольнении не является основанием для увольнения, такое увольнение может быть признано судом незаконным со всеми вытекающими из этого правовыми последствиями».

Несмотря на то что в главе 49.1 ТК РФ впервые предусматривается возможность ведения кадрового документооборота в электронном виде, судебная практика продолжает исходить из того, что при прекращении трудового договора все необходимые документы должны быть оформлены на бумажных носителях в соответствии со ст. 84.1 ТК РФ. Такая позиция судов не представляется оправданной.

Для более эффективного регулирования дистанционного труда необходимо внести некоторые изменения в действующее законодательство. Так, исходя из проведенного анализа, считаем что необходимо закрепить понятие рабочего места дистанционных работников в главе 49.1 ТК РФ. При этом с учетом различных видов нетипичных трудовых договоров необходимо пересмотреть понятие рабочего места для таких работников, для того чтобы избежать противоречий. Следует предусмотреть что в случае нарушения сроков доставки документов почтой, стороны трудового договора не будут нести ответственности при условии, что это произошло не по их вине.

Особенности рабочего времени и времени отдыха дистанционных работников

Режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника предусматривается трудовым договором. Если в трудовом договоре он

⁹ См.: *Шуралева С. В.* Регулирование дистанционной работы с иностранным элементом в эпоху глобализации : взгляд с позиций трудового права России // Вестник Пермского ун-та. 2014. Юридические науки. Вып. 3 (25). С. 156–163.

не установлен, то регламентируется согласно ст. 312.4 ТК РФ по усмотрению работника.

При установлении работнику конкретного режима рабочего времени, работодатель имеет возможность знать, в какое время можно обсудить с работником вопросы о его работе, привлечь его к видеоконференции. Но заполнение табеля на удаленно работающего работника, безусловно, несколько фиктивно, так как контролировать его рабочее время проблематично.

В трудовом договоре о дистанционной работе может быть предусмотрен режим ненормированного рабочего дня. Однако в связи с тем что в большинстве случаев режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника устанавливается им по своему усмотрению, такого работника достаточно сложно привлечь к дисциплинарной ответственности за прогул. Суд должен установить, выполнялась ли работником на самом деле дистанционная работа. При этом факт данной работы может подтверждаться представленными скриншотами, электронными письмами. Так, в решении по делу № 2-3092/14 судья Приволжского районного суда г. Казани указал, что скриншоты на основании ст. 71 ГПК РФ соответствуют требованиям допустимости доказательств, подтверждающих факт работы истца в спорный период у ответчика.

Таким образом, судебная практика подтверждает вывод о том, что действующее законодательство в области регулирования труда дистанционных работников далеко от совершенства. Несмотря на наличие специальных норм в ТК РФ о дистанционной работе, на практике суды пренебрегают данными положениями и вместо признания дистанционного характера работы предпочитают устанавливать фактически сложившиеся трудовые отношения, которые регламентируются общими положениями ТК РФ¹⁰.

В соответствии с ТК РФ и иными актами, содержащими нормы трудового права, порядок предоставления дистанционному работнику ежегодного оплачиваемого отпуска, иных видов отпусков определяется трудовым договором о дистанционной работе (ч. 2 ст. 312.4 ТК РФ).

Таким образом, дистанционные работники должны пользоваться защитой трудового права в вопросах ограничения продолжительности рабочего времени, повышенной оплаты за сверхурочную работу, работу в ночное время, выходные и нерабочие праздничные дни в соответствии с законодательством РФ. Необходимо признать за работником право самостоятельно определять режим рабочего времени, но установить запрет для работодателя загружать работника работой таким образом, чтобы последний систематически привлекался к сверхурочной, ночной работе и работе в выходные и праздничные дни исключительно по инициативе работодателя, без учета требований трудового законодательства о порядке и условиях привлечения к такой работе. Иногда работодатель с помо-

¹⁰ См.: *Олейникова О.* Об изъянах законодательного регулирования труда дистанционных работников // *Трудовое право.* 2015. № 11. С. 33.

пью современных средств может определить количество отработанного работником времени. Например, когда контроль за выполнением работы может осуществляться с помощью электронных систем.

Основные гарантии и компенсации, предоставляемые дистанционным работникам

Дистанционному работнику предоставляются следующие выплаты: заработная плата; гарантии и компенсации, положенные всем работникам по нормам трудового законодательства и законодательства о социальном обеспечении; компенсация за использование личного имущества в служебных целях. Гарантии и компенсации, связанные с расторжением трудового договора о дистанционной работе, предоставляются работнику в соответствии с нормами ТК РФ и иных федеральных законов. Может последовать и выплата компенсации за неиспользованный отпуск увольняемому дистанционному работнику в соответствии со ст. 127 ТК РФ.

Существует вопрос о том, может ли работодатель направлять в служебную командировку дистанционного работника. Правоведы приходят к единому мнению, что по распоряжению работодателя дистанционный работник может быть направлен в служебные командировки для выполнения служебных поручений.

Разрабатывать специальные правила по охране труда для дистанционных работников работодатель не обязан. Учитывая положения ст. 312.3 ТК РФ, согласно которым работодатель может предоставлять либо рекомендовать использовать определенное оборудование и средства, считаем необходимым закрепить обязанности работодателя, применяющего труд дистанционных работников, разрабатывать правила и инструкции по охране труда для дистанционных работников и знакомить работников под роспись, в том числе путем обмена электронными документами.

Осуществление работодателем обязательного социального страхования работников от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний влечет сложности применения не только Федерального закона от 24 июля 1998 г. №125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний», но и применения норм ТК РФ о расследовании и учете несчастных случаев и профессиональных заболеваний. Не ясно какими критериями необходимо пользоваться для установления связи травмы или профессионального заболевания с выполнением работником трудовой функции, если учитывать, что исходя из ст. 312.4 ТК РФ режим рабочего времени и времени отдыха дистанционного работника устанавливается им по общему правилу по своему усмотрению.

Таким образом, необходимо отметить положительный результат введения дистанционной занятости для экономики РФ. Однако необходимо внести изменения в законодательство РФ, регулирующее существование и развитие рынка дистанционной занятости. Домашний и дистанционный труд осуществляется вне места нахождения работодателя. Отличие этих двух форм нетипичного труда исследователям видится в том, что

надомные работники осуществляют работу у себя дома, а дистанционные работники могут осуществлять работу в любом месте, оборудованном специальными средствами, в том числе и средствами интернет-связи.

В соответствии со ст. 312 и 312.5 ТК РФ надомные работники и дистанционные работники могут быть уволены по инициативе работодателя по условиям, предусмотренным в трудовом договоре. По нашему мнению, указанные нормы дают работодателю право легитимно ухудшить положение таких работников по сравнению с действующим трудовым законодательством. В связи с этим предлагаем в ст. 312 и 312.5 ТК РФ внести дополнения следующего содержания:

Статья 312. Расторжение трудового договора с надомниками.

Расторжение трудового договора с надомниками производится по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом.

Часть 1 ст. 312.5. Расторжение трудового договора о дистанционной работе по инициативе работодателя производится по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом.

Представляется, что для обеспечения нормальной продолжительности рабочего времени и времени отдыха дистанционных работников необходимо ограничить время выдачи им задания и время передачи выполненной работы до определенного часа в течение суток и включить данное положение в качестве обязательного условия в трудовой договор.

*Правовой колледж Юридического института
Российского университета транспорта*

*Бородина Е. Н., преподаватель
E-mail: olenok1@mail.ru
Тел.: 8-916-502-93-22*

*Law College of the Law Institute of the
Russian State University of Transport*

*Borodina E. N., Lecturer
E-mail: olenok1@mail.ru
Tel.: 8-916-502-93-22*

УДК 343.9

НЕКОТОРЫЕ КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ
ХИЩЕНИЯ АНТИКВАРИАТА КАК ПРЕДМЕТА,
ИМЕЮЩЕГО ОСОБУЮ ЦЕННОСТЬ

А. В. Максименко, Е. Е. Новопавловская, Р. А. Лащенко

*Белгородский юридический институт МВД России
имени И. Д. Путилина*

Поступила в редакцию 5 сентября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются криминологические особенности, характеризующие хищение антиквариата как предмета, имеющего особую ценность. Проведен анализ отдельных детерминирующих факторов и механизма хищения антиквариата, рассмотрены методологические приемы предупреждения данных преступлений.

Ключевые слова: антиквариат, хищение, предметы, имеющие особую ценность, коллекционирование, Интерпол, ИКОМ.

Abstract: the article examines the criminological features that characterize the theft of antiques as an object of special value. In the course of the study, the author's team analyzed individual determinants and the mechanism for the theft of antiques, and considered methodological methods for preventing these crimes.

Key words: antiques, plunder, the subjects, having special value, collecting, the Interpol, ICOM.

Принятая в 2008 г. Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 г. определяет ряд направлений перехода к инновационному социально ориентированному типу экономического развития, что предполагает реализацию целого комплекса взаимосвязанных по ресурсам, срокам и этапам преобразований. В качестве первого направления таких преобразований названо развитие человеческого потенциала России, что предусматривает создание благоприятных условий для развития способностей каждого человека. Одним из планируемых результатов реализации обозначенного направления в Концепции является создание экономических условий сохранения и умножения культурных и духовных ценностей российского народа.

Предметы антиквариата являются, наряду с иными художественными и историческими ценностями, культурным достоянием страны. Тем самым обуславливается повышенная общественная опасность преступлений с целью неправомерного их изъятия из законного пользования и хранения. В действующем российском законодательстве отсутствует легальное определение дефиниции «антиквариат». Более того, не выработано единого подхода к трактовке термина «антиквариат» и в юридической

науке. В значительной мере, это связано со сложным и многогранным содержанием самого понятия, оцениваемого и исследуемого с различных точек зрения, в том числе с юридической, культурологической, философской, что подтверждают имеющиеся в настоящее время диссертационные исследования юристов¹, социологов², культурологов³ и других ученых. В традиционном смысле термином «антиквариат» охватываются духовные и материальные ценности, которые созданы процессом общественно-исторической практики. Но гораздо более специфическое и узкое значение понятия антиквариата заложено в законодательных нормах⁴.

Ряд авторов исследуют особо ценные предметы со стороны только одного специфического признака. Так, Ю. П. Марданов рассматривает их как предметы старины, и в некоторых частных случаях – «уникальностью»⁵. В. Г. Горбачев классифицировал также культурные ценности как предметы старины (в отдельных случаях сузив их до понятия «икона», «церковная утварь», «картина») ⁶. Правоведами неоднократно вносились предложения по объединению всех предметов и документов, обозначенных в ст. 164 УК РФ, в общее понятие «культурные ценности», определение которого было много лет назад зафиксировано в Законе РФ от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 (в ред. от 28.12.2017) «О вывозе и ввозе культурных ценностей»⁷, где культурные ценности определялись как «дви-

¹ См., например: *Нуруллина Р. Т.* Гражданско-правовой режим антиквариата : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2014 ; *Клебанов Л. Р.* Уголовно-правовая охрана культурных ценностей : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012 ; *Ткачев Ю. Ю.* Хищение предметов, имеющих особую ценность : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2007 ; *Мукашев А. К.* Проблемы уголовной ответственности за хищение предметов или документов, имеющих особую историческую, научную, художественную или культурную ценность : по материалам Республики Казахстан : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006 ; *Вериков В. В.* Уголовная ответственность за невозвращение на территорию Российской Федерации предметов художественного, исторического и археологического достояния народов Российской Федерации и зарубежных стран : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005 ; *Усиевич А. Р.* Криминалистические аспекты обеспечения расследования посягательств на культурные ценности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004.

² См., например: *Шпаковская Л. Л.* Социальные основы формирования ценности антикварных вещей : на примере антикварного рынка Санкт-Петербурга : дис. ... канд. социол. наук. М., 2001.

³ См., например: *Мишук А. Н.* Оборот материальных культурных ценностей в современном мире (культурно-правовые аспекты) : дис. ... канд. культурол. наук. М., 2016.

⁴ См.: *Буданова Е. А.* Проблемы квалификации хищения предметов, имеющих особую ценность // Вестник Воронеж. ин-та МВД России. 2008. № 2. С. 32.

⁵ См.: *Марданов Ю. П.* Уникальные вещи : особый объект посягательства, тактика опознания // Проблемы советского государства и права. Иркутск, 1975. № 11/12. С. 143.

⁶ См.: *Горбачев В. Г.* Организация и тактика раскрытия краж культурных ценностей : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1983.

⁷ Рос. газета. 1993. 15 мая.

жимые предметы материального мира независимо от времени их создания, имеющие историческое, художественное, научное или культурное значение». При этом перечень культурных ценностей, которые имеют особое значение, определяется согласно критериям, установленным Правительством РФ.

Исследуя категорию «культурные ценности», авторы делают акцент на их различные составляющие. В частности, В. Г. Беспалько называет культурные ценности материальным воплощением или выразителем духовности российского народа⁸. А. В. Гайдашев термином «культурная ценность охватывает «движимые и недвижимые материальные предметы (вещи, имущество), памятники истории и культуры, созданные трудом человека и обладающие особой уникальностью, а также повышенной потребительской стоимостью»⁹. К специфическим признакам А. В. Гайдашев относит их уникальность (неповторимость, исключительность); старину; повышенную потребительскую стоимость; историческую, художественную, научную, культурную, музейную и иную ценность; статус памятника истории и культуры, охраняемого государством; общественную, государственную значимость. Наряду со сказанным выше Ю. Ю. Ткачев обращает внимание на то, что культурные ценности – это определенный результат деятельности человека либо уникальный продукт, природного происхождения, который обладает общественной значимостью. Автор также подчеркивает, что эти материальные предметы (вещи, имущество) могут находиться в различных формах собственности¹⁰, что всецело согласуется с положениями ч. 2 ст. 8 Конституции РФ.

Ранее преступления с целью неправомерного изъятия из законного пользования и хранения культурных ценностей, в преобладающем большинстве, находившиеся в государственной собственности, характеризовались высокой латентностью, длительностью совершения преступления. В основном они совершались в форме кражи.

В настоящее время при сохранении неизменным характера большинства преступных посягательств на антиквариат (основной массив кражи) отмечена возрастающая дерзость преступлений, переходя из традиционного способа хищения в форме кражи в открытые разбой и грабежи¹¹.

Нередко ученые прогнозируют тенденцию увеличения количества исследуемых преступных деяний, объясняя подобную тенденцию следующими причинами: во-первых, устойчивый и активный спрос на вну-

⁸ См.: *Беспалько В. Г.* Культура в контексте уголовно-правового регулирования // *Культура : управление, экономика, право.* 2016. № 1. С. 5.

⁹ *Гайдашев А. В.* Уголовная ответственность за хищения предметов, имеющих особую историческую, научную или культурную ценность : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1997. С. 168.

¹⁰ См.: *Ткачев Ю. Ю.* Хищение предметов, имеющих особую ценность : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2007. С. 8–9.

¹¹ См.: *Данилов В. А.* Уголовная ответственность за хищение предметов, имеющих особую научную, культурную, историческую и художественную ценность // *Бизнес в законе : экономико-юрид. журнал.* 2007. № 3. С. 110.

треннем и внешнем рынке на предметы антиквариата, что порождает соответствующие предложения. Во-вторых, все возрастающая стоимость антикварных предметов на отечественном и зарубежном рынках, которая многократно опережает инфляционные процессы. В-третьих, сравнительно несложный механизм завладения предметами антиквариата: частные жилища коллекционеров часто не имеют специальных охранных устройств, но и значительное число музеев и церквей не снабжены современными охранными сигнализациями. В-четвертых, «прозрачность» государственных границ между странами и вытекающая отсюда относительная легкость в контрабандном вывозе похищенных предметов искусства за рубеж. Принимая во внимание существование широких связей между отечественными и зарубежными бизнесменами, использующихся порой далеко не в легитимных целях, и достаточную «условность» таможенного контроля со многими странами ближнего зарубежья, становится возможным говорить о наличии всех условий для превращения краж предметов антиквариата в масштабный подпольный бизнес.

Методы совершения преступлений в указанной сфере, как правило, включают три взаимосвязанных этапа: подготовительные действия к совершению преступления, фактическое завладение предметами и сокрытие следов. На подготовительном этапе производится отбор объектов преступного посягательства и получение информации о них, позволяющей определить наиболее подходящий и безопасный способ совершения преступления. Существуют два основных варианта поиска объекта кражи. В первом случае хищение производится по предварительному заказу на определенные предметы антиквариата, иногда указывая на объект, где хранятся требуемые предметы. Во втором случае сначала производится отбор объекта с находящимися там предметами антиквариата, а затем из находящихся там ценностей, выбираются наиболее выгодные для сбыта.

Информацию о наличии антиквариата могут получить наводчики, находящиеся среди коллекционеров, сотрудников музеев, оценщиков, продавцов антикварных магазинов, сотрудников государственных учреждений культуры. Более того, для получения информации о лицах, владеющих предметами антиквариата, преступниками посещаются персональные выставки, аукционы, картинные галереи, музейные учреждения, а также жилища граждан, разместивших объявления, связанные с покупкой и продажей предметов антиквариата.

В последнее время, кроме вышеперечисленных способов выбора объекта хищения, преступники сами публикуют объявления о продаже или покупке ценных предметов. После чего могут быть установлены адреса заинтересованных лиц, их образ жизни, режим работы и отдыха, изучаются условия подхода и отхода к месту планируемого хищения, выявляется наличие охранной сигнализации, размещение постов полиции и камер видеонаблюдения. Нередко для проникновения на интересующий объект преступники используют различные легендированные предлоги, например представляясь фотографами, сотрудниками музеев, силовых структур и др. Выбирая способ проникновения, преступники учитывают

требуемое количество исполнителей; наличие опыта совершения аналогичных преступлений; местонахождение объекта хищения (городская или сельская местность, расположение в центре или на окраине, образ жизни соседей, погодные условия и др.).

В большинстве случаев подготовительные действия включают подбор транспортных средств, которые являются собственностью преступников или принадлежат родственникам или знакомым. Нередко преступники используют ранее угнанный автотранспорт. Данное обстоятельство указывает на необходимость анализа на первоначальном этапе раскрытия хищения антиквариата заявлений о предшествующих этому по времени фактах угона и последующего обнаружения транспортных средств.

Окончательным звеном подготовительных действий является создание условий, облегчающих проникновение на интересуемый объект. Речь идет о предварительном выведении из строя охранной сигнализации, повреждении запорных устройств, создании условий для частого срабатывания охранной сигнализации с целью имитации ее неисправности, ведущей к снятию объекта на некоторое время с охраны, использовании формы сотрудников полиции и др.

Как правило, большинство способов проникновения на объекты хранения ценностей типичны. Преодолевая препятствия и блокирующие устройства, преступники, наряду с известными и традиционными методами, используют и новые, в том числе перекусывание гидравлическими ножницами запорных устройств, термальное и химическое воздействие и даже мощностное направленное взрыва. Имелись факты проникновения в религиозные учреждения с разбором кровли, отгиба калориферных кованых решеток с применением домкратных устройств. Отдельные действия преступников на месте преступления могут свидетельствовать об их осведомленности о месте хранения самых ценных предметов, определенных искусствоведческих познаниях и заказном характере преступления.

Необходимо учитывать, что преступники изменяют внешние характеристики предметов для безопасного хранения и транспортировки, например наносится другой рисунок на полотно картины известного художника. Использование этого метода является свидетельством наличия у преступника определенного, профессионального художественного мастерства. Особенностью поведения преступников после похищения антиквариата следует назвать то обстоятельство, что нередко при отходе с места преступления они избавляются от малоценных либо громоздких предметов, выбрасывая их на некотором удалении от места преступления, или прячут их в заброшенных зданиях, специально подготовленных тайниках при въезде в город и др. Однако в большинстве случаев преступники доставляют похищенное домой или к скупщику.

Кражи антиквариата в основном относятся к групповым преступлениям, как правило, совершаемым гастролерами-рецидивистами. Одиночный характер совершения преступления встречается достаточно редко. Классификация преступных групп в сфере хищения антиквариата включает в себя три основных вида: в зависимости от степени организа-

ции, учитывающей состав группы по количественному и качественному признаку, распределения ролей, устойчивости группы, времени преступной деятельности и территориальному охвату.

Ситуационная группа часто состоит из несовершеннолетних, знакомых по месту проживания, учебы и досуга. Как правило, состав данных групп изменчив, нередко туда входят взрослые знакомые несовершеннолетних, связанные совместным времяпрепровождением; роли при совершении преступления не распределяются. Преступники действуют ситуативно, не проводя серьезную подготовительную работу, совершая преступление при удобном для реализации замысла случае. Кража антиквариата в этом случае не является единственной и главной задачей, так как попутно похищается и другое имущество с места совершения преступления. Во многих случаях преступники могут завладеть далеко не самым ценным антиквариатом, руководствуясь внешним антуражем, например оклад иконы из позолоты. Это обстоятельство указывает на отсутствие у преступников простейших познаний в области искусствоведения. Посткриминальные действия таких групп направлены на сбыт похищенного случайным лицам или они оставляют имущество для собственного распоряжения.

Устойчивые группы, в состав которых входят исключительно совершеннолетние преступники, которые, как правило, имеют опыт совершения иных корыстных видов преступлений. Отличительными признаками данной группы также являются: сплоченность, распределение ролей, в том числе лидера, выполнение действий по предварительной подготовке и сокрытию следов преступления, специализация на определенном виде преступлений. Количественный состав группы неизменен и не превышает 5–6 человек, случайные люди отсутствуют. Нередко лидер группы имеет специальное искусствоведческое образование в различных отраслях, что предопределяет направленность преступных действий при выборе объектов хищения. Иногда в распоряжении группы имеется транспорт, что позволяет совершать преступления, не ограничивающиеся одной областью, сбывая антиквариат как скупщикам, так и гражданам.

При определенных условиях через некоторое время устойчивые волевые группы трансформируются в *организованные (профессиональные) группы*.

Основным направлением антикварного подпольного бизнеса, являются группы, специализирующиеся на похищении икон. Данный вид преступлений совершается масштабно, на заказной основе. Группы, совершающие преступления на профессиональной основе, характеризуются высокой степенью организованности, присутствием четко распределенной иерархии и разграничением ролей. Большая часть преступников, специализирующихся на хищениях икон, ранее судима за совершение аналогичных преступлений. Такая группа сосредоточена только на кражах антиквариата, часто являющегося национальным достоянием. Преступная деятельность таких групп охватывает значительные территории, передвигаясь на нескольких единицах автотранспорта.

Структура подобных групп сложна и не позволяет при задержании одного члена группы установить личность остальных преступников. Для этого широко используются конспиративные методы, в том числе социальной маскировки. Лидер группы часто имеет специальные знания в области искусствоведения, во многих случаях лично участвует на месте преступления в отборе предметов антиквариата. Он организует также продажу похищенного имущества посредникам или скупщикам, от которых чаще всего и поступают заказы на конкретный предмет антиквариата. Похищенные ценности передаются им в течение непродолжительного времени (до нескольких дней после совершения хищения). Характерной особенностью данных групп является высочайшая техническая оснащенность, длительная подготовка к совершению преступления, анализ путей отхода, сокрытия следов. Данные факторы обуславливают функционирование преступной группы на протяжении длительного времени. Отмечается, что преступники, специализирующиеся на хищении антиквариата, имеют большое отличие от других категорий по уровню образования и культуры. Центральным элементом всей преступной системы хищения антиквариата выступают скупщики (заказчики) и посредники, так как в большинстве случаев именно от них происходят заказы на хищение определенных предметов. Фактически эта категория преступников действует как «стимулятор» совершения краж, по сути, организовав преступление, подбирает объект кражи и гарантирует исполнителям сбыт похищенного имущества. При разоблачении группы преступники, как правило, не выдают скупщиков, поскольку рассчитывают после освобождения восстановить преступные связи. В основном лица, занимающиеся скупкой похищенных предметов антиквариата, профессионально разбираются в соответствующих областях искусства и нередко являются штатными искусствоведами, сотрудниками музеев, реставраторами, а также коллекционерами и организаторами галерей, выставок, производства и продажи предметов народного творчества, антикварных магазинов и др.

Основным отличием заказчиков, является наличие за рубежом обширной сети покупателей и налаженные каналы вывоза ценностей через границу, где и сбываются коллекционерам, организаторам аукционов и выставок, частным лицам. По данным зарубежных экспертов, только 5 % похищенного антиквариата, правоохрнительные органы возвратили их владельцам. Таким образом, на первый план выходят вопросы профилактики данного вида преступлений.

Главными причинами, способствующими совершению хищений антиквариата, являются:

- слабая техническая укрепленность объектов хранения антиквариата;
- недостаточная каталогизация и учет;
- халатное отношение к должностным обязанностям по учету и сохранности ценностей ответственных лиц;

– недостаточные оперативные позиции правоохранительных органов в преступной среде по соответствующему направлению.

Для устранения причин и условий совершения преступлений, связанных с хищением антиквариата, необходимо проведение обследования объектов хранения предметов антиквариата. На каждом объекте должны быть разработаны инструкции по пропускному режиму, требования к вывозу (выносу) экспонируемых предметов; технические регламенты укрепления и систем сигнализации объекта. В ходе обследования определяется надежность системы безопасности, и принимаются меры к постепенному переоснащению современными техническими системами охранно-пожарной сигнализации. На объектах хранения антиквариата должны быть составлены описи ценностей с перечнем отличительных свойств и фотографий. Необходимо внедрение опыта отдельных регионов, где в правоохранительных органах имеются наблюдательные дела на объекты религиозного культа с описью, фотографиями и оценочной стоимостью ценностей. Перспективной мерой общей профилактики является создание специализированных каталогов или сайтов Интернета, содержащие информацию и изображения предметов антиквариата, на которые может быть направлено преступное посягательство. Цель данного метода – психологическое воздействие на лиц, планирующих совершение преступления.

Способом профилактики, получившим международное признание, является широкая пропаганда, особенно среди коллекционеров и собирателей, внимательного отношения к попадающим в их поле зрения художественным и историческим ценностям. При этом используются возможности средств массовой информации, а также специальные информационные бюллетени¹².

Учитывая мировые стандарты, Россия проводит последовательную политику модернизации законодательства, усиливая межгосударственное взаимодействие в сфере борьбы с хищением антиквариата.

Вместе с тем криминологами и практическими работниками не всегда в полной мере оценена явная закономерность того, что правоприменительные меры государства должны быть соответственно подкреплены поступательным развитием криминалистических методик расследования.

Своевременные мероприятия по раскрытию и расследованию хищений антиквариата, выявление и устранение детерминирующих факторов способны минимизировать количество совершенных преступлений.

Благодаря принятым мерам удалось в значительной степени ослабить криминальную экспансию хищений антиквариата с начала 90-х гг. прошлого столетия. Таким образом, одним из основных сегментов международного сотрудничества является сохранность культурного и истори-

¹² См.: Бочарникова Л. Н. Международно-правовые основы сотрудничества по линии Интерпола // Уголовно-правовые аспекты выявления, раскрытия и расследования преступлений : сборник материалов Всерос. науч.-практ. конф., посвященной 300-летию российской полиции. Белгород, 2018. С. 32.

ческого наследия. Россия активно участвует в деятельности различных межправительственных организаций, например специализированного учреждения ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО), Интерпол, неправительственной организации ИКОМ (Международный совет музеев) и др., имеющих большое значение для обеспечения сохранения культурного достояния¹³.

Между тем, несмотря на положительные тенденции, имеет место ряд неразрешенных проблемных направлений в данной сфере, в основном организационно-правового характера, нуждающихся в дальнейшей регламентации и совершенствовании.

¹³ См.: *Богуславский М. М.* Культурные ценности в международном обороте : правовые аспекты. М., 2012. С. 59.

Белгородский юридический институт МВД России имени И. Д. Путилина

Максименко А. В., кандидат юридических наук, доцент, подполковник полиции, начальник кафедры уголовно-правовых дисциплин

E-mail: mav1202@yandex.ru

Тел.: 8-910-360-01-39

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

E-mail: novopavlovskayae@gmail.com

Тел.: 8-915-521-61-52

Лащенко Р. А., преподаватель кафедры уголовно-правовых дисциплин, подполковник полиции

E-mail: ralbel@mail.ru

Тел.: 8-910-329-34-64

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

Maksimenko A.V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Police Lt. Col., Head of the Criminal Law Disciplines Department

E-mail: mav1202@yandex.ru

Tel.: 8-910-360-01-39

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

E-mail: novopavlovskayae@gmail.com

Tel.: 8-915-521-61-52

Lashchenko R. A., Lecturer of the Criminal Law Disciplines Department, Police Lieutenant Colonel

E-mail: ralbel@mail.ru

Tel.: 8-910-329-34-64

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ГАРАНТИИ
ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВ И ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ
НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ПОДОЗРЕВАЕМЫХ (ОБВИНЯЕМЫХ)
ПРИ ИЗБРАНИИ И ПРИМЕНЕНИИ МЕРЫ ПРЕСЕЧЕНИЯ
В ВИДЕ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ПОД СТРАЖУ

И. С. Тройнина

Воронежский институт МВД России

Поступила в редакцию 5 июня 2018 г.

Аннотация: статья посвящена обеспечению прав и законных интересов несовершеннолетних обвиняемых (подозреваемых) при избрании и применении меры пресечения в виде заключения под стражу. Аргументируется необходимость правового регулирования заключения под стражу несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых).

Ключевые слова: несовершеннолетние подозреваемые (обвиняемые), меры пресечения, права и законные интересы несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых), заключение под стражу, содержание под стражей.

Abstract: article is devoted to ensuring the rights and legitimate interests minor accused (suspects) during the electing and application of a measure of restraint in the form of detention. Need of legal regulation of detention minor is reasoned suspected (defendants).

Key words: minor suspected (defendants), measures of restraint, the rights and legitimate interests minor suspected (defendants), detention.

Самой строгой превентивной мерой, которая может быть применена к подозреваемому (обвиняемому) в качестве меры уголовно-процессуального пресечения, является заключение под стражу. Данная мера пресечения значительно ограничивает конституционные права подозреваемого (обвиняемого), прежде всего право на свободу и личную неприкосновенность. Поэтому не только УПК РФ, но и Конституция РФ устанавливает основания, сроки и механизм ее применения.

Заключение под стражу является полным физическим ограничением свободы, вследствие этого у подозреваемого (обвиняемого) отсутствует возможность скрыться от органов предварительного расследования и суда, а также воспрепятствовать осуществлению задач уголовного судопроизводства и продолжать преступную деятельность. Избрание данной меры пресечения и продление срока содержания под стражей допускается только на основании судебного решения.

Российское уголовно-процессуальное законодательство не проводит существенных различий между избранием мер пресечения несовершеннолетним и взрослым подозреваемым (обвиняемым). Это означает то, что в отношении несовершеннолетнего меры пресечения избираются на тех же основаниях и на те же сроки, что и взрослому обвиняемому.

Между тем ряд международно-правовых документов в области защиты прав несовершеннолетних содержит принципиально важное положение о том, что заключение под стражу в отношении несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) должно рассматриваться как крайняя мера и применяться в течение кратчайшего периода. Так, ст. 13 Минимальных стандартных правил ООН, утвержденных 40-й сессией Генеральной Ассамблеи ООН 29 ноября 1985 г. (Пекинские правила), предусматривает, что содержание под стражей до суда применяется в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода¹. Статья 37 Конвенции о правах ребенка также указывает, чтобы ни один ребенок не был лишен свободы незаконным или произвольным образом. Арест, задержание или тюремное заключение ребенка осуществляется согласно закону и используется лишь в качестве крайней меры и в течение как можно более короткого соответствующего периода².

Данное положение воспринято судебной системой, в том числе Верховным Судом РФ. Так, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних»³ в п. 6 воспроизводит данное положение, отмечая следующее: «Заключение под стражу до судебного разбирательства дела может применяться к несовершеннолетнему лишь в качестве крайней меры и в течение кратчайшего периода времени».

На наш взгляд, логично, чтобы это принципиальное положение в целях обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) было закреплено в УПК РФ, а именно в ст. 423 УПК РФ «Задержание несовершеннолетнего подозреваемого. Избрание несовершеннолетнему подозреваемому, обвиняемому меры пресечения».

Следует отметить, что ни при каких обстоятельствах к несовершеннолетним подозреваемым (обвиняемым), совершившим преступление небольшой тяжести, не может быть применена мера пресечения в виде заключения под стражу.

Согласно ч. 3 ст. 108 УПК РФ к несовершеннолетнему подозреваемому (обвиняемому) заключение под стражу в качестве меры пресечения может быть применено в случае, если он подозревается или обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления. В исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении несовершеннолетнего, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений средней тяжести.

¹ См.: Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних («Пекинские правила») : приняты резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/33 от 10 декабря 1988 г.

² См.: Конвенция о правах ребенка. Защита прав ребенка в Российской Федерации : сборник нормативных документов. СПб., 2003. С. 17.

³ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Думается, что в целях повышения уровня процессуальных гарантий обеспечения прав и законных интересов несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) следует исключить из ч. 2 ст. 108 УПК РФ положение о том, что заключение под стражу может быть избрано в отношении несовершеннолетнего, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений средней тяжести.

Необходимость внесения указанных изменений обусловлена особым положением несовершеннолетних в уголовном судопроизводстве Российской Федерации как не сформировавшихся в полном объеме личностей, как лиц, к которым при применении мер процессуального принуждения нужно соблюдать особую тщательность и осторожность. Как отмечалось ранее, заключение под стражу является наиболее строгой мерой пресечения, избрание которой законодатель связывает с рядом ограничений. Так, согласно ч. 1 ст. 108 УПК РФ заключение под стражу применяется лишь при невозможности применения иной, более мягкой, меры пресечения. Обвинение или подозрение несовершеннолетних в совершении преступлений средней тяжести как лиц, обладающих рядом законодательных привилегий, не является основанием для строгой изоляции от общества несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых).

Исключение из ч. 2 ст. 108 УПК РФ положения о том, что в исключительных случаях эта мера пресечения может быть избрана в отношении несовершеннолетнего, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступлений средней тяжести, обусловлена необходимостью выполнения Российской Федерацией общепризнанных норм международного права. Так, согласно п. «а» ч. 1 ст. 17 Пекинских правил меры воздействия всегда должны быть соизмеримыми как с обстоятельствами и тяжестью правонарушения, так и с положением и потребностями несовершеннолетних, а также с потребностями общества. При этом особое значение имеет положение, содержащееся в п. «д» указанной нормы, согласно которому при рассмотрении дела несовершеннолетнего вопрос о его или ее благополучии должен служить определяющим фактором. В рассматриваемом случае тяжесть совершенного преступления (средняя), положение и потребности несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) не соответствуют избранию в отношении указанных лиц наиболее строгой меры пресечения.

Следует также учитывать, что законодатель не раскрывает понятия «исключительные случаи», которые позволяют избирать в отношении несовершеннолетнего подозреваемого (обвиняемого) заключение под стражу. Содержание термина «исключительность» раскрывается лишь применительно к совершеннолетним подозреваемым (обвиняемым) в ч. 1 ст. 108 УПК РФ.

В юридической литературе существуют различные мнения, что можно понимать под исключительными случаями. Например, такие случаи, когда несовершеннолетний ранее совершал преступления, привлекался к уголовной ответственности, освобождался от уголовной ответственно-

сти, совершил (сам или в составе группы) несколько преступлений или серию преступлений, его преступная деятельность продолжалась длительный период, личность несовершеннолетнего требует его изоляции от общества (не учится, не работает, состоит на учете в милиции, является наркоманом, совершает правонарушения) и др.⁴

По мнению З. Д. Еникеева, при избрании заключения под стражу в отношении несовершеннолетнего следует учитывать такие обстоятельства, как совершение преступления повторно; злостность умысла; циничность преступных действий, наличие порочной связи с преступной средой; плохое поведение после совершения преступления; продолжительность и стойкость антиобщественного поведения до совершения деяния; безуспешность обычных воспитательных усилий и отсутствие реагирования на меры общественного и административного воздействия, предпринятые ранее в связи с совершением какого-либо правонарушения; длительное отсутствие определенных занятий, паразитический, бродячий образ жизни и т. д.⁵

Следовательно, исключительными случаями, при которых в отношении несовершеннолетнего подозреваемого (обвиняемого) в совершении преступления избирается мера пресечения в виде заключения под стражу, могут быть весьма различными и ничем не ограничены. Таким образом, следователь, принимая решение о возбуждении перед судом ходатайства о применении к несовершеннолетнему данной меры пресечения, в каждом конкретном случае должен полагаться на собственное представление об исключительности случая.

Как верно отмечает И. Макаренко, неопределенность в отношении несовершеннолетних влечет произвольное толкование исключительности случаев⁶. Неопределенность содержания термина «исключительность случая» на практике приводит к применению заключения под стражу к несовершеннолетним подозреваемым (обвиняемым) в совершении преступлений средней тяжести, без четкого обоснования, в чем именно заключалась исключительность в конкретном случае.

В практике судебных органов практически не встречаются случаи избрания меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетних обширной категории, а именно не достигших 16 лет, которые подозреваются (обвиняются) в совершении преступлений средней тяжести впервые.

При этом судьи руководствуются п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 «О практике применения

⁴ См.: Багаутдинов Ф. Ювенальная юстиция начинается с предварительного следствия // Рос. юстиция. 2002. № 9. С. 45.

⁵ См.: Еникеев З. Д. Применение мер пресечения по уголовным делам (в стадии предварительного расследования) : учеб. пособие. Уфа, 1988. С. 69.

⁶ См.: Макаренко И. Заключение под стражу и производство некоторых следственных действий с участием несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых // Законность. 2004. № 6. С. 29.

судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога»⁷ (в ред. от 24.05.2016 № 23). Согласно данному постановлению в том случае, когда решается вопрос об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении несовершеннолетнего подозреваемого или обвиняемого, необходимо иметь в виду, что в силу ч. 2 ст. 108 УПК РФ эта мера пресечения не может быть применена в отношении не достигшего 18 лет лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой тяжести. Заключение под стражу в качестве меры пресечения может быть избрано в отношении несовершеннолетнего, если он подозревается либо обвиняется в совершении тяжкого или особо тяжкого преступления.

В исключительных случаях как единственно возможное в конкретных условиях с учетом обстоятельств совершенного преступления и данных о личности заключение под стражу может быть избрано в отношении несовершеннолетнего, подозреваемого либо обвиняемого в совершении преступления средней тяжести. При этом суду надлежит учитывать положения ч. 6 ст. 88 УК РФ, по смыслу которой заключение под стражу в качестве меры пресечения не может быть применено в отношении несовершеннолетнего, не достигшего 16 лет, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления средней тяжести впервые.

Данное положение нашло отражение и в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 г. «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних». Согласно п. 6 данного постановления в соответствии с ч. 1 и 2 ст. 108 УПК РФ и ч. 6 ст. 88 УК РФ, избрание меры пресечения в виде заключения под стражу не допускается в отношении несовершеннолетнего, не достигшего 16 лет, который подозревается или обвиняется в совершении преступления небольшой или средней тяжести впервые, а также в отношении остальных несовершеннолетних, совершивших преступления небольшой тяжести впервые.

Ряд авторов полагает, что данное правило следует включить в ч. 2 ст. 108 УПК РФ. В частности, С. И. Глизнуца считает обоснованным включение в указанную норму положения о том, что не допускается применение под стражу к лицу, не достигшему возраста 16 лет, обвиняемому в совершении преступления небольшой тяжести, а также в совершении преступления средней тяжести впервые⁸.

Отдельного внимания заслуживает вопрос о порядке и условиях содержания под стражей несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых. В ст. 95 УПК РФ «Порядок содержания подозреваемых под стражей» содержится лишь указание на то, что порядок и условия содержания под стражей определяются федеральным законом. В то же время в данной

⁷ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Глизнуца С. И. Применение мер пресечения в отношении несовершеннолетних : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2011. С. 13.

норме содержится положение частного характера о том, что в случае необходимости проведения оперативно-розыскных мероприятий допускаются встречи сотрудника органа дознания, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с подозреваемым с письменного разрешения дознавателя, следователя или суда, в производстве которого находится уголовное дело.

Думается, с учетом необходимости особой правовой защиты несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых в уголовном судопроизводстве, закрепления в УПК РФ заслуживает такая уголовно-процессуальная гарантия несовершеннолетних, как положение о том, что несовершеннолетние подозреваемые, обвиняемые должны содержаться отдельно от взрослых подозреваемых, обвиняемых без каких-либо исключений. Это требование вытекает из п. 13.4 Пекинских правил.

Согласно данному пункту несовершеннолетние, содержащиеся под стражей до суда, должны содержаться отдельно от взрослых, а также в специальном исправительном учреждении или специальном отделении исправительного учреждения, где содержатся также и взрослые. В настоящее время согласно ст. 33 Федерального закона от 15 июня 1993 г. № 1-3-ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»⁹ (в ред. от 22.12.2016) раздельно содержатся несовершеннолетние и взрослые, в исключительных случаях с согласия прокурора в камерах, где содержатся несовершеннолетние, допускается содержание положительно характеризующихся взрослых, впервые привлекаемых к уголовной ответственности за преступления небольшой и средней тяжести.

Сама по себе обоснованность такого исключения представляется сомнительной. Помещение к несовершеннолетним взрослого подозреваемого, обвиняемого «в воспитательных целях» неправомерно, так как взрослые подозреваемые (обвиняемые) не являются субъектами воспитания несовершеннолетних, не несут, да и не должны нести, какой-либо обязанности по такому воспитанию уже в силу своего процессуального статуса.

Кроме того, в настоящее время не исключена возможность определения в помещение, где содержатся несовершеннолетние подозреваемые, обвиняемые, взрослого подозреваемого, обвиняемого вне зависимости от вида конкретного преступления, не относящегося к категории тяжких либо особо тяжких. Между тем существуют виды преступлений, которые не относятся к указанным категориям преступлений, но если взрослый содержится под стражей по подозрению либо обвинению в совершении таких преступлений, он явно не должен быть помещен к несовершеннолетним, несмотря на положительную характеристику.

В УПК РФ следовало бы поместить положение о том, что отдельно должны содержаться несовершеннолетние подозреваемые (обвиняемые), если они содержатся по подозрению или обвинению в насильственных

⁹ Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

преступлениях. Такое требование, закрепленное в УПК РФ, будет способствовать основополагающему праву несовершеннолетних подозреваемых (обвиняемых) на личную безопасность в ходе уголовного судопроизводства.

*Воронежский институт МВД России
Тройнина И. С., кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры уголовного процесса
E-mail: i.troynina@mail.ru
Тел.: 8(473)200-53-47*

*Voronezh Institute of the Russian Ministry of Internal Affairs
Troynina I. S., Candidate of Legal Sciences,
Lecturer of the Criminal Process Department
E-mail: i.troynina@mail.ru
Tel.: 8(473)200-53-47*

**ПРИМЕНЕНИЕ ПОЛИГРАФА
ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ:
ПРОБЛЕМ МЕНЬШЕ НЕ СТАНОВИТСЯ**

Л. А. Суворова, М. С. Цуроев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 октября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются проблемные аспекты использования полиграфа в ходе расследования преступлений. На основе анализа действующего законодательства и судебно-следственной практики авторы делают вывод об отсутствии единого подхода в рассматриваемом вопросе в правоприменительной практике и необходимости внесения изменений в законодательство.

Ключевые слова: полиграф, психофизиологическое исследование, экспертиза, расследование преступлений, доказательство.

Abstract: the article analyzes the problems of using a polygraph in crime investigations. Researching current Russian legislation alongside with judicial and investigative practice, the authors draw the conclusion that the absence of a unified approach in this matter demands amending legislation.

Key words: polygraph, psychophysiological research, forensic expertise, crime investigations, evidence.

Как известно, преступление является для его исследователя ретроспективным событием, которое протекает в материальной среде и вызывает совокупность причинно связанных изменений. Поэтому одной из главных задач криминалистики является познание закономерностей и возможности обнаружения и дешифрования информации, содержащейся в следах-отображениях, которые принято делить на материальные и идеальные (субъективные образы материальной действительности, отображенные в памяти человека).

В контексте данной статьи в очередной раз остановимся на обсуждении одного из самых проблемных способов получения невербальной информации – использование полиграфа при расследовании преступлений.

Разброс мнений специалистов в области судебной экспертизы и юристов по отношению к психофизиологическому исследованию (далее – ПФИ) либо психофизиологической экспертизе (далее – ПФЭ) с использованием полиграфа как к судебному доказательству колеблется от восторга до полного его непонимания и неприятия¹.

Обсуждений к данной теме добавил приказ Минюста России от 19 сентября 2017 г. № 169 «О внесении изменений в приложения № 1 и 2

¹ См.: Ефремов И. Есть ли у полиграфа научная основа? // Новая адвокатская газета. 2011. № 9.

к приказу Минюста России от 27 декабря 2012 г. № 237 «Об утверждении Перечня родов (видов) судебных экспертиз, выполняемых в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России, и Перечня экспертных специальностей, по которым представляется право самостоятельного производства судебных экспертиз в федеральных бюджетных судебно-экспертных учреждениях Минюста России»², согласно которому вводятся новые виды судебной экспертизы – «Исследование психологии человека» и «Психологическое исследование информационных материалов». Таким образом, существующая судебная экспертиза «Исследование психологии и психофизиологии человека» переименовывается в «Исследование психологии человека», в рамках которой будут проводиться только исследования психологии человека.

Внесение изменений в существующую экспертизу авторы документа обосновали тем, что до настоящего времени исследования психофизиологии человека с использованием полиграфа наукой не обоснованы и не признаются допустимыми доказательствами.

Практики неоднозначно оценили изменения. Часть сочла нововведения спорными, указав, что они могли бы осуществляться в рамках действующих специальностей. Другие высказали мнение, что новые инструменты можно будет использовать при заявлении ходатайств о признании заключений психофизиологических экспертиз недопустимыми доказательствами. По словам адвоката А. Гривцова, у него всегда вызвали сомнения обоснованность выводов так называемых психофизиологических судебных экспертиз и возможность использования данных выводов в качестве допустимых доказательств по уголовному делу с учетом субъективного характера проводимых исследований. Он отмечал, что в случае принятия изменений будет использовать данный документ при заявлении ходатайств о признании заключений психофизиологических экспертиз недопустимыми доказательствами. Между тем директор ООО «Рязанский научно-исследовательский центр судебной экспертизы», руководитель направления профессиональной переподготовки «Судебная экспертиза» АНО РИДПО П. Милюхин отметил, что упразднение психофизиологического вида исследований приведет к невозможности делать такие экспертизы в государственных экспертных учреждениях, а качество и объективность их проведения в негосударственных учреждениях часто подвергаются обоснованной критике со стороны участников процесса³.

Не касаясь в настоящее время анализа особенностей методики проведения данного вида исследования (хотя споры о наличии или отсутствии научной обоснованности применяемой в ПФИ методике и являются одним из камней преткновения), позволим высказать свое мнение относительно *доказательственной* сущности использования полиграфа при расследовании преступлений.

² URL: <https://www.pravo.gov.ru> – 26.09.2017 (дата обращения: 25.02.2018).

³ См.: *Рогоцкая С.* Нововведения в сфере судебных экспертиз // Адвокатская газета. 2017. 2 окт.

Исходя из анализа научной литературы и судебно-следственной практики, можно выделить следующие варианты применения полиграфа в криминалистических целях:

- 1) опрос с использованием полиграфа (рассматривается в качестве разновидности оперативно-розыскного мероприятия, результаты которого имеют ориентирующее значение);
- 2) проведение психофизиологического исследования с составлением заключения специалиста;
- 3) проведение психофизиологической экспертизы.

Первое направление использования вызывает меньше вопросов по сравнению с последующими, так как не имеет самостоятельного доказательственного значения. Тем не менее именно использование полиграфа на первоначальных этапах расследования (либо в ходе проверки заявления о преступлении) часто дает возможность получить важную информацию. Так, проиллюстрируем сказанное примером из собственной следственной практики. В ходе проверки сообщения об исчезновении гражданина А. в круг заподозренных попало несколько знакомых пропавшего, с которыми он обычно распивал спиртные напитки. Для того чтобы сузить круг заподозренных лиц, им было предложено пройти опрос с применением полиграфа, о чем и получено согласие опрашиваемых. В ходе данного опроса у одного из знакомых пропавшего были выявлены реакции, «свидетельствующие об осведомленности об обстоятельствах исчезновения гр. А.». После того, как «был разоблачен умной машиной» (как выразился заподозренный), он изъявил желание признаться в совершении преступления и указал место сокрытия трупа в подвале своего дома, где тот и был обнаружен.

Не опровергая значимость применения полиграфа для получения ориентирующей информации, согласимся о нецелесообразности укладки «ПФИ в прокрустово ложе оперативно-розыскного мероприятия»⁴.

Количество проведенных ПФИ и ПФЭ в ходе расследования растет с каждым годом, так же как и количество приговоров, в которых они признаются в качестве доказательств.

«По данным Следственного комитета Российской Федерации, – отмечает Я. В. Комиссарова, – в 2009–2010 годах полиграфологи – на тот момент сотрудники Следственного комитета при прокуратуре РФ провели более 2500 исследований и экспертиз с применением полиграфа. В 2012 году в рамках оказания практической помощи при раскрытии и расследовании уголовных дел полиграфологи СК России подготовили свыше 4500 заключений специалиста и 1100 заключений эксперта, в 2014 году – около 7500 заключений специалиста и 1900 заключений эксперта. Ежегодно порядка 200 заключений полиграфологов СК России используется

⁴ Комиссарова Я. В., Мягких Н. И., Пеленицын А. Б. Полиграф в России : историко-правовой и криминалистический аспекты // Полиграф в России и США : проблемы применения. М., 2012. С. 18.

в совокупности с другими доказательствами при вынесении приговоров (в том числе оправдательных) по уголовным делам»⁵.

Однако абсолютно иная позиция у Верховного Суда РФ⁶: заключение эксперта, проводившего ПФИ самостоятельного доказательственного значения не имеет⁷; ПФИ не является доказательством по делу⁸; Уголовно-процессуальный кодекс РФ (далее – УПК РФ) не предусматривает законодательной возможности применения полиграфа в уголовном процессе⁹.

В связи с изложенным полагаем, что такое неединообразие в судебной практике нельзя признать правильным.

А. Р. Ратинов справедливо отмечал: «Машина не может быть реакционной, прибор не бывает ненаучным. Он или работает или не работает»¹⁰.

«В итоге, – отмечают Ю. К. Орлов, Ю. И. Холодный – сложилась тупиковая ситуация. С одной стороны, следователи, поняв эффективность применения судебно-психологических экспертиз (СПФЭ) в своей работе, испытывали в этой экспертизе явную потребность. С другой стороны, полиграфологи все острее понимали безвыходность своего положения: «Видовая методика» непригодна для производства СПФЭ, иной – не существует, а обеспечивать следственную практику процессуально значимой информацией необходимо»¹¹.

Может быть, полностью отказаться от использования результатов полиграфа в качестве доказательства?

Однако следственные органы не желают ограничиваться полиграфом только лишь для получения ориентирующей информации и активно прибегают к помощи ПФИ и ПФЭ и использованию их результатов в качестве доказательств по уголовным делам, в том числе и для обоснования непричастности лица к совершению преступления. На наш взгляд, показательным примером является уголовное дело, возбужденное по признакам преступлений, предусмотренных п. «б» ч. 4 ст. 131, п. «б» ч. 4 ст. 132 Уголовного кодекса РФ (далее – УК РФ), в отношении Ч. А. Ю. Он

⁵ Комиссарова Я. В. Основы полиграфологии : учеб. для магистров. М., 2016. С. 7.

⁶ Впрочем, как и у ряда судов иных звеньев.

⁷ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 февраля 2012 г. № 48-О12-8. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/cases/5585210> (дата обращения: 25.02.2018).

⁸ Апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 6 марта 2017 г. № 58-АП17-3. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/cases/5600361> (дата обращения: 25.02.2018).

⁹ Апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 26 января 2017 г. № 5-АП17-2. URL: <https://vsrf.ru/lk/practice/cases/5599261> (дата обращения: 25.02.2018).

¹⁰ Ратинов А. Р. Судебная психология для следователей. М., 2001. С. 257.

¹¹ Орлов Ю. К., Холодный Ю. И. Процессуальные проблемы применения полиграфа при расследовании уголовных дел. URL: <http://polygraph-na-donu.ru/examination/30-processualnye-problemy-primeneniya-poligrafa-pri-rassledovanii-ugo-lovnyh-del-rostov.html> (дата обращения: 25.02.2018).

подозревался в совершении развратных действий в отношении своих малолетних дочерей (шести и двух лет). В ходе расследования мать девочек и бабушка (по материнской линии) в ходе допросов показали, что обнаружили у девочек ссадины на руках, ногах, бедрах; также они показали, что в диагнозе врача-гинеколога указано о натертостях половых органов у девочек. Старшая девочка в ходе допроса рассказала о развратных действиях отца (указано, что отвечает на вопросы, самостоятельно не говорит). Соседи характеризовали подозреваемого положительно, двое соседей пояснили, что жена подозреваемого просила их охарактеризовать мужа отрицательно, что не соответствует действительности. Свидетель гинеколог в ходе допроса показала, что в ходе осмотра ею девочек никаких телесных повреждений у них не выявлено, поэтому и матери девочек она ни о каких повреждениях не говорила. Отсутствие каких-либо телесных повреждений у детей подтверждено судебно-медицинской экспертизой. Свидетель психолог показала, что психическое здоровье девочек в норме, они уравновешены, психика не травмирована. Свидетель, которая принимала участие в допросе несовершеннолетней в качестве педагога пояснила, что девочка в ходе допроса находилась под психологическим давлением матери, на вопросы отвечала однообразно. Согласно заключениям судебно-психиатрических экспертиз девочек по причине их малолетнего возраста вопрос о склонностях к фантазированию теряет свою актуальность. После получения вышеуказанных доказательств, следствием предложено матери и бабушке девочек пройти ПФЭ, по результатам которых были установлены у подэкспертных реакции, указывающие на возможность оговора ими подозреваемого Ч.А.Ю. По результатам проведенного расследования было вынесено постановление о прекращении уголовного дела в связи с отсутствием события преступления¹².

Полагаем, что в данном случае оценка результатов, полученных в ходе ПФЭ именно как равноценного по сравнению с показаниями свидетелей и потерпевших доказательства (а не ориентирующей информации), позволило опровергнуть показания матери и бабушки и вынести решение о прекращении уголовного дела.

Таким образом, считаем, что применение полиграфа в ходе расследования преступлений, должно рассматриваться как *доказательство*, к которым в соответствии с ч. 1 ст. 74 УПК РФ относятся любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для дела.

До недавнего времени «обходной путь» внедрения полиграфа в следственную практику был заимствован у Т. В. Аверьяновой, которая ранее изложила свою точку зрения по иному поводу – о «так называемых пред-

¹² Постановление о прекращении уголовного дела от 22 июля 2014 г. // Архив СУ СК по Мурманской области. Уголовное дело № 1-7228.

варительных исследованиях, осуществляемых в оперативных целях до возбуждения уголовного дела». Т. В. Аверьянова указала, что с появлением заключения специалиста положение дел с использованием результатов предварительного исследования изменилось, в частности «справка об исследовании направляется следователю и служит (вместе с другими данными) основанием к возбуждению уголовного дела. После возбуждения уголовного дела следователь привлекает специалиста и ставит ему вопросы по поводу произведенного предварительного исследования. Ответы на вопросы специалист облекает в форму суждения (заключения). Это заключение приобщается к делу, а справка об исследовании прилагается к заключению специалиста. Другими словами, предлагается легализовать документ о предварительном исследовании, полученный в процессе оперативной деятельности. Предложение о такой легализации не противоречит законодательству, в частности положениям ст. 89 УПК РФ»¹³.

Со временем такой «обходной путь» введения результатов, полученных в ходе криминалистического исследования с применением полиграфа в процессуальные рамки был сформирован и получил значительное распространение. В частности, следователь поручал полиграфологу провести исследование конкретного лица; далее, получив от полиграфолога «Заключение специалиста», допрашивал его, составлял протокол допроса специалиста и, тем самым, процессуально закреплял полученный результат исследования. Известно, что на протяжении последнего десятилетия в процессуальной практике наблюдались очевидные трудности, обусловленные несовершенством отечественного законодательства в части разграничения действий и полномочий эксперта и специалиста. В итоге по некоторым видам криминалистических исследований и судебных экспертиз (в том числе и по СПФЭ) заключение специалиста уравнивалось с заключением эксперта и нередко представлялось в суд в качестве доказательства¹⁴.

Устраняя указанную неоднозначность в толковании и разграничении функций эксперта и специалиста, постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» внесло определенную ясность. Согласно п. 20 указанного постановления, заключение и показания специалиста даются на основе использования специальных знаний и так же, как заключение и показания эксперта в суде, являются доказательствами по делу (ч. 2 ст. 74 УПК РФ). При этом следует иметь в виду, что специалист не проводит исследование вещественных доказательств и не формулирует выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным перед ним сторона-

¹³ Аверьянова Т. В. Судебная экспертиза. Курс общей теории. М., 2008. С. 452–453.

¹⁴ См.: Орлов Ю. К., Холодный Ю. И. Процессуальные проблемы применения полиграфа при расследовании уголовных дел. URL: <http://polygraph-na-donu.ru/examination/30-processualnye-problemy-primeneniya-poligrafa-pri-rassledovanii-ugo-lovnyh-del-rostov.html> (дата обращения: 25.02.2018).

ми. Поэтому в случае необходимости проведения исследования должна быть произведена судебная экспертиза¹⁵.

Некоторые теоретики высказывали мнение, что наиболее приемлемым является проведение *психофизиологического исследования* и приобщение его к материалам уголовного дела в качестве доказательства, согласно ст. 84 УПК РФ «Иные документы»: иные документы допускаются в качестве доказательств, если изложенные в них сведения имеют значение для установления обстоятельств, указанных в ст. 73 УПК РФ. Документы могут содержать сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К ним могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном ст. 86 УПК РФ. То есть данное доказательство занимает промежуточное звено между заключением эксперта (которое дается по результатам проведенной экспертизы) и заключением специалиста (представляющее собой, как ранее указывалось, суждение по определенным вопросам, не требующее производства исследования).

Однако с данным предложением нельзя согласиться, так как не понятно, на основании какого процессуального документа будет проводиться данное исследование, каким образом лицо, производящее данное исследование будет ознакомлено с обстоятельствами, имеющими значение для проведения исследования. Кроме того, чтобы получить «документ», который следовало бы использовать в качестве доказательства, необходимо сначала произвести исследование, результатом которого и будет составление «документа», что не охватывается смыслом ст. 84 УПК РФ.

Полагаем, что оптимальным вариантом применения полиграфа в ходе расследования преступлений является проведение судебной психофизиологической экспертизы с применением полиграфа, о чем собственно неоднократно ранее высказывались многие авторы. Однако с целью установления единообразия в практике применения полиграфа (и оценки его использования) считаем необходимым не только разработать единую инструкцию производства ПФЭ при расследовании преступлений, но и закона о применении полиграфа, который долгое время обсуждается, но еще не принят до настоящего времени. В то же время с отнесением данного действия к экспертизам, вероятно, потребуется внесение изменений и в уголовно-процессуальное законодательство, так как ПФЭ выбивается из общих правил проведения экспертиз (требуется обязательное согласие подэкспертного на проведение; полагаем при проведении таких экспертиз нецелесообразно присутствие кого-либо, кроме эксперта и подэкспертного, как это предусматривается ст. 197–198 УПК РФ, чтобы не допускать «информационного шума» при работе с мысленными образами).

¹⁵ О судебной экспертизе по уголовным делам : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28. URL: <https://rg.ru/2010/12/30/postanovlenie-dok.html> (дата обращения: 25.02.2018).

Безусловно, укреплению ПФЭ в шеренге доказательств будет способствовать наличие высокой профессиональной подготовки экспертов, проводящих психофизиологические исследования с использованием полиграфа.

Воронежский государственный университет

Суворова Л. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики

E-mail: maidon@yandex.ru

Тел.: 8-903-851-5951

Цуроев М. С., преподаватель кафедры криминалистики

E-mail: msturoev@fkr36.ru

Тел.: 8(473) 220-85-14

Voronezh State University

Suvorova L. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criministics Department

E-mail: maidon@yandex.ru

Tel.: 8-903-851-5951

Tsuroev M. S., Lecturer of the Criministics Department

E-mail: msturoev@fkr36.ru

Tel.: 8(473) 220-85-14

**НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРОИЗВОДСТВА
СУДЕБНЫХ ЭКСПЕРТИЗ ДО ВОЗБУЖДЕНИЯ
УГОЛОВНОГО ДЕЛА**

С. Г. Загорьян

Восточно-Сибирский институт МВД России

Поступила в редакцию 3 октября 2018 г.

Аннотация: рассмотрены некоторые процессуальные проблемы, которые возникают при назначении и производстве судебных экспертиз до возбуждения уголовного дела. Исследуются вопросы о гарантиях защиты прав и свобод тех лиц, которые впоследствии возможно будут признаны подозреваемыми и обвиняемыми по расследуемому уголовному делу, о «разумных» сроках при производстве экспертизы, о проблемах уведомления заинтересованных лиц, о времени и месте проведения экспертизы и другие вопросы.

Ключевые слова: судебная экспертиза, заключение специалиста, преступление, стадии судопроизводства, следственное действие, уголовное дело.

Abstract: in this article we consider some of the procedural problems arising from the appointment and manufacture of judicial examination before the initiation of criminal proceedings. Examines the issues on guarantees of protection of the rights and freedoms of those individuals who later may be named as suspects and defendants in a particular criminal case, a «reasonable» time in the production of expertise, the problems of notifying interested parties of the time and place of the examination and other issues.

Key words: forensic examination, expert opinion, crime, stage of the proceedings, investigative action, criminal case.

На протяжении ряда лет одной из актуальных проблем науки уголовного процесса и криминалистики является возможность использования специальных познаний в форме судебных экспертиз до возбуждения уголовного дела. В процессе рассмотрения вопроса о возбуждении уголовного дела использование результатов экспертизы становится необходимостью при оценке доказательств, дающих основание для возбуждения уголовного дела, особенно по делам, по которым без экспертного заключения очень сложно, а порой и невозможно принять правильное правовое решение (при причинении вреда здоровью необходимо знать степень причиненного вреда; является ли вещество наркотическим или психотропным; при незаконном обороте оружия необходимо установить его пригодность).

Эксперт в соответствии со ст. 57 УПК РФ наделяется определенными правами и обязанностями, кроме того, в письменном виде предупреждается об уголовной ответственности в случае заведомо ложного заключения и разглашения сведений, ставших ему известными в ходе расследования по уголовному делу. Это гарантирует его беспристрастность и

незаинтересованность в результатах расследования. Именно поэтому следователь или дознаватель, имея справку о проведенном предварительном исследовании, возбуждал уголовное дело и затем назначал экспертизу, что позволяло подготовиться к следственному действию, грамотно произвести его и получить необходимые существенные доказательства по уголовному делу. К сожалению, нередко имели место случаи, когда после исследования вещественные доказательства расходовались полностью, и представить эксперту, кроме справки о проведенном ранее исследовании, не представлялось возможным, что в какой-то степени и побудило законодателя закрепить в уголовно-процессуальном законе производство экспертиз на стадии доследственной проверки. Необходимо отметить, что в юридической литературе достаточно не только сторонников, но и противников данной точки зрения. Противники утверждают о нарушении ряда процессуальных прав свидетелей, потерпевших, подозреваемых и обвиняемых, которые предусмотрены ст. 198 УПК РФ, когда назначается экспертиза до момента возбуждения уголовного дела. В некоторой степени, конечно, можно считать нарушением права, указанного в п. 1.1 ст. 198 УПК РФ, лиц, которые впоследствии могут стать участниками уголовного судопроизводства, перечисленных в данной статье (свидетель, потерпевший, подозреваемый, обвиняемый). В частности, нарушается право гражданина знакомиться с постановлением о назначении экспертизы. Этим объясняется невозможность не только проведения, но и назначения судебной экспертизы на вышеуказанной стадии. Однако это право впоследствии реализуется ст. 206 УПК РФ, регламентирующей обязанность следователя предъявлять заключение эксперта указанным лицам как участникам уголовного процесса и дающей им право на ходатайство о производстве дополнительной или повторной экспертизы, за исключением свидетеля, которому в сущности это право и ни к чему.

Пытаясь решить данную проблему, некоторые ученые предлагают воспользоваться заключением специалиста. Однако вынесение заключения специалистом не входит в перечень процессуальных действий, допустимых при рассмотрении сообщений и заявлений о преступлении¹. Законодатель в п. 2.2 ст. 159 УПК РФ обязывает следователя, дознавателя приобщить к материалам уголовного дела доказательства, заявленные стороной защиты или обвинения, в том числе заключение специалиста, если оно может быть значимым при расследовании уголовного дела. В ст. 80 УПК РФ указывается, что заключением специалиста является не что иное, как письменное суждение (предположение) по вопросам, которые были поставлены различными сторонами перед специалистом. При этом Верховным Судом РФ разъясняется, что специалистом не исследуются вещественные доказательства, и он не излагает какие-либо выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным

¹ См.: Семенов Е. А., Власов В. В. Как использовать предварительные исследования специалиста до возбуждения дела // Уголовный процесс. 2017. № 5. С. 85.

сторонами². На наш взгляд, в некоторых случаях на законодательном уровне необходимо разрешить специалисту проводить исследование вещественных доказательств, если есть угроза их полного уничтожения или видоизменения.

В практике заключение специалиста в качестве доказательства обычно предоставляется стороной защиты, так как стороной обвинения назначается экспертиза либо допрашивается специалист.

Процессуальный статус специалиста также в корне отличается от процессуального статуса эксперта. Заключение специалиста не влечет за собой каких-либо репрессивных последствий для специалиста в случае выдачи заведомо ложного заключения, так как он не может быть предупрежден об уголовной ответственности за указанное деяние. На специалиста не возлагаются обязанности, установленные для эксперта в ч. 4 ст. 57 УПК РФ, специалист не вправе истребовать дополнительные материалы, необходимые для дачи наиболее объективного заключения. Исходя из этого, предполагается, что заключение эксперта является более весомым доказательством, чем заключение специалиста, например: при рассмотрении уголовного дела защитник ходатайствовал о приобщении к материалам дела заключения специалиста. Однако суд отклонил ходатайство стороны защиты, согласившись со стороной государственного обвинения, утверждающей, что специалист не предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения, что в деле имеется заключение эксперта, не доверять которому нет оснований.

И суды всегда соглашались с возражениями государственных обвинителей в части, что специалистами не могут оспариваться заключения экспертиз, поскольку специалист не предупреждался об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения³. Данная практика создает определенные трудности для стороны защиты. Да и заключение специалиста, полученное на стадии проверки информации о преступлении, влечет абсолютно одинаковые последствия, что и справка о результатах исследования в случаях полного уничтожения вещественного доказательства или его существенного видоизменения. Для производства в дальнейшем экспертизы остается только заключение, данное специалистом. На наш взгляд, в отдельных случаях заключение эксперта вполне возможно было бы заменить заключением специалиста. Это позволило бы значительно уменьшить нагрузку экспертных учреждений.

Вызывает вопросы и производство экспертизы в «разумный срок». Правомочия получить заключение эксперта в разумные сроки на стадии возбуждения уголовного дела носят в большей степени декларативный

² О судебной экспертизе по уголовным делам : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

³ См.: *Коблев Р. П.* Заключение специалиста как доказательство защиты : сложности для адвокатов // *Уголовный процесс.* 2017. № 6. С. 45.

характер. Проведение различного рода экспертиз не может быть ограничено сроками доследственной проверки⁴. Проведение экспертизы до возбуждения уголовного дела, бесспорно, увеличивает объем работы экспертов и, естественно, в силу объективных причин увеличивается срок производства экспертизы. При этом учитывая, что срок проверки заявлений и сообщений о преступлении, как правило, не может превышать 3 суток, в исключительных случаях возможно продление до 30 суток, то и производство экспертиз в данном случае не может быть свыше 30 суток. В практической деятельности обычно нет возможности назначить экспертизу в день поступления заявления (сообщения) о преступлении и срок на ее проведение автоматически сокращается. А с учетом того, что по ряду уголовных дел, в частности о причинении вреда здоровью, экспертиза вообще практически не назначается в день получения сведений о преступлении (заявления, сообщения, явки с повинной, постановления прокурора) срок для производства экспертизы реально будет еще гораздо меньше 30 суток. Данный срок необходимо исчислять, исходя из учета реальной занятости экспертов, и закрепить этот срок законодательно. Истечение максимального срока проверки заявления (сообщения) не может служить для эксперта основанием для прекращения производства экспертизы. При этом в стадии возбуждения уголовного дела продление срока проверки свыше предельного 30-суточного в связи с незаконченностью экспертного исследования недопустимо⁵. Тем более что наибольшее число стандартных криминалистических и ряда других экспертиз может быть осуществлено в сроки, которые по УПК РФ при необходимости продлеваются до 30 суток⁶.

Противники назначения и производства различного рода судебных экспертиз до момента принятия решения о возбуждении уголовного дела считают, что в стадии возбуждения уголовного дела присутствует ограниченное количество следственных и других процессуальных действий. И данное ограничение является некой гарантией защиты прав и законных интересов граждан. Производство судебной экспертизы до момента возбуждения уголовного дела может ставить под угрозу права, свободы и законные интересы лиц, которые в последующем могут быть признаны подозреваемыми, обвиняемыми по конкретному уголовному делу⁷.

Сторонники данной точки зрения не поясняют, в чем именно конкретно заключается угроза прав и свобод. Еще А. Р. Белкин в свое время

⁴ См.: *Кудрявцев П. А.* Стадия возбуждения уголовного дела : экспертиза или исследование // *Эксперт-криминалист.* 2016. № 2. С. 12.

⁵ См.: *Грачев С. А.* Реально ли в настоящее время производство экспертизы до возбуждения уголовного дела? // *Эксперт-криминалист.* 2014. № 3. С. 13.

⁶ См.: *Сидоренко О. В.* Мониторинг практики назначения и производства судебных экспертиз на стадии возбуждения уголовного дела // *Судебная экспертиза.* 2017. № 2 (50). С. 54.

⁷ См.: *Дилбандян С. А.* Проблемы обеспечения прав и законных интересов личности в юридическом процессе // *Административное и муниципальное право.* 2010. № 10. С. 13.

по этому поводу отмечал, что экспертизы, проведенные до возбуждения уголовного дела, не затрагивают личные интересы граждан, так как на этой стадии еще нет ни подозреваемых, ни обвиняемых, а потерпевшие еще не имеют своего процессуального статуса (на данном этапе являются пострадавшими) и, как правило, даже заинтересованы в проведении экспертиз. Проведение экспертиз, связанных с конкретной личностью, когда затрагиваются права и интересы граждан (при необходимости отбирания образцов почерка, крови, отпечатков пальцев и т. п., проведение судебно-психиатрических, судебно-психологических и других экспертиз в отношении конкретных участников уголовного процесса) проводятся только при наличии возбужденного уголовного дела, когда решается вопрос о причастности данного лица к совершению преступления, но сам же факт преступления сомнений не вызывает, и когда, следовательно, уголовное дело уже должно быть возбуждено⁸. Часть 1 ст. 202 УПК РФ указывает, что отбирание образцов для проведения сравнительных исследований возможно и при отсутствии возбужденного уголовного дела. Образцы отбираются таким же образом, как и у лиц, имеющих процессуальный статус. Если образцы отбираются у лиц, еще не имеющих процессуального статуса, то о каком нарушении процессуальных прав может идти речь, если лицо этих прав еще не приобрело. Судебно-психиатрическая экспертиза назначается при наличии сомнений в психическом здоровье подозреваемых, обвиняемых, подсудимых, потерпевших и свидетелей⁹, т. е. в отношении лиц, уже имеющих определенный процессуальный статус и пользующихся соответствующими правами.

Большая часть экспертиз по уголовным делам проводится в государственных экспертных учреждениях, и следователь просто не имеет альтернативы в выборе экспертного учреждения. Ходатайства о поручении производства экспертизы определенному эксперту обычно являются недостаточно обоснованными, кроме того, вызывают подозрение в наличии связи между участником процесса и предполагаемым экспертом. Не имея возможности проверить этот факт, следователи практически всегда выносят постановление об отказе в удовлетворении подобных ходатайств.

С другой стороны, нередко, подозреваемый (обвиняемый) появляется в деле уже после того, как первоначальные экспертизы назначены и произведены. Конечно, и в этом случае следователь знакомит подозреваемого (обвиняемого) и с постановлением о назначении экспертизы, и с заключением эксперта. Но судебная практика свидетельствует, что в большинстве случаев подозреваемые (обвиняемые), ознакомившись с названными процессуальными документами, никаких ходатайств по реализации предоставленных им ст. 197 УПК РФ прав не заявляют, в

⁸ См.: *Белкин А. Р.* Теория доказывания : науч.-метод. пособие. М., 1999. С. 137.

⁹ Практика возбуждения уголовных дел в отношении родителей и иных законных представителей несовершеннолетних, не исполняющих обязанностей по воспитанию и жестоко обращающихся с детьми : учеб. пособие / С. Г. Загорьян [и др.]. Иркутск, 2013. С. 85.

лучшем случае они реализуют их, ходатайствуя о назначении дополнительной либо повторной экспертизы.

Изложенное дает основание для вывода о том, что изменения, касающиеся обязательного производства экспертизы после возбуждения уголовного дела при наличии ходатайства стороны защиты или потерпевшего, внесенные в подп. 1.2 ст. 144 УПК РФ, не направлены на оптимизацию досудебного производства и будут лишь создавать дополнительные проблемы при его осуществлении.

Таким образом, в реальной действительности назначение и производство судебных экспертиз на исследуемой стадии представляют собой неоднозначный, достаточно широкий спектр взаимодействия между различными участниками уголовного процесса. Это, в том числе, предполагает более высокий уровень взаимодействия органов предварительного следствия с органами дознания¹⁰. Возникающие при этом правоотношения в большей своей части обозначены законодателем в общих фразах, другие не обозначены вовсе. Однако все это не исключает качественного уголовно-процессуального взаимодействия и, более того, требует полного осмысления этих правоотношений на разных стадиях уголовного судопроизводства.

В соответствии с настоящим уголовно-процессуальным законом, судебная экспертиза назначается на различных стадиях уголовного судопроизводства – при возбуждении уголовного дела, предварительном расследовании, судебном разбирательстве (при рассмотрении уголовных дел в судах первой инстанции), апелляционном производстве (при пересмотре приговоров судов первой инстанции, не вступивших в законную силу, в порядке апелляции) и кассационном производстве (пересмотре приговоров суда, вступивших в законную силу).

Часто исполнители назначения и производства экспертиз повторяются в характерных для каждой из перечисленных стадий уголовного процесса вариантах. Это лица, производящие расследование по уголовным делам, так как они уполномочены законом назначать судебные экспертизы по этим уголовным делам (дознаватель, следователь, суд) и эксперты, которым поручается производство данных экспертиз. На них, как правило, и сосредоточивают внимание исследователи.

В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ к лицам, имеющим право назначения экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела, отнесены лица, не осуществляющие производство по уголовному делу, а рассматривающие сообщения о преступлениях в случае принятия решения о назначении судебных экспертиз.

Поиск заинтересованных лиц при назначении экспертизы в стадии возбуждения уголовного дела возлагается на следователя, дознавателя, принимающего решение при рассмотрении сообщения о преступлении. Однако впоследствии принять к производству уголовное дело может со-

¹⁰ См.: Плеснева Л. П., Мисник И. В. *Формы взаимодействия следователя с органами дознания* : учеб. пособие. Иркутск, 2011. С. 4–5.

всем иной сотрудник либо уголовное дело не будет возбуждено вообще. Следователь, дознаватель, назначающий экспертизу до возбуждения уголовного дела, знакомит заинтересованных лиц с необходимыми процессуальными документами, правами и обязанностями, предупреждает об ответственности в соответствии со ст. 307 УК РФ за заведомо ложное показание, заключение или неправильный перевод и в соответствии со ст. 310 УК РФ за разглашение данных предварительного расследования.

Назначая судебную экспертизу в экспертном учреждении следователь, дознаватель направляет руководителю указанного учреждения постановление о назначении экспертизы и все необходимые материалы для ее производства.

В соответствии с ч. 2 ст. 199 УПК РФ руководитель экспертного учреждения дает указание о производстве судебной экспертизы конкретному эксперту или группе экспертов, о чем сообщает лицу, назначившему экспертизу, также уведомляет о времени и месте проведения экспертизы. Однако в законе сроки уведомления почему-то не предусмотрены. Эта коллизия может существенно влиять на обеспечение реализации прав участников уголовного судопроизводства как со стороны защиты, так и со стороны обвинения, т. е. возможность присутствия при производстве судебной экспертизы (ст. 197–198 УПК РФ), так как на момент проведения экспертизы заранее не уведомленные заинтересованные лица могут отсутствовать по какой-либо объективной причине. Когда же экспертиза проводится на стадии доследственной проверки, то лица, которые впоследствии могут стать участниками уголовного процесса, а значит и заинтересованными лицами, даже вообще не знают о производстве экспертизы. Их право, как уже говорилось нами ранее, может быть реализовано в какой-то степени позднее при удовлетворении заявленного ими ходатайства о производстве дополнительной или повторной экспертизы.

Исходя из вышеизложенного, можно прийти к выводу, что судебной экспертизой до возбуждения уголовного дела является не простое следственное действие, результатом проведения которого является получение дополнительных доказательств по уголовному делу. Заключение судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела будет являться решающим источником доказательств только в том случае, если в нем имеются сведения, существенно значимые для возбуждения уголовного дела, проведения в дальнейшем качественного предварительного расследования и вынесения справедливого приговора. Задача судебной экспертизы выявить именно те доказательства, которые могут подтвердить либо опровергнуть факты, имеющие правовое значение при производстве предварительного расследования и судебного следствия.

Процессуальная регламентация судебной экспертизы до возбуждения уголовного дела в действующем уголовно-процессуальном законе не содержит каких-либо условий и ограничений для ее назначения и производства. Лишь потребность следователя (дознавателя) в исследовании

на основе специальных знаний является идейным поводом к старту экспертного процесса¹¹.

¹¹ См.: *Зотов Д. В.* Уголовно-процессуальные основания для формирования необходимых пределов доказывания // Библиотека криминалиста. 2016. № 2 (25). С. 98.

*Восточно-Сибирский институт МВД
России*

Загорьян С. Г., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса

*E-mail: andrkoss@mail.ru
Тел.: 8-950-102-07-47*

*East Siberian Institute of the Russian
Ministry of Internal Affairs*

Zagoryan S. G., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process Department

*E-mail: andrkoss@mail.ru
Tel.: 8-950-102-07-47*

УДК 343.2

**ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ФИЗИЧЕСКИХ И ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ
В СВЯЗИ СО ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕМ ПОЛНОМОЧИЯМИ
В КОММЕРЧЕСКИХ И ИНЫХ ОРГАНИЗАЦИЯХ**

Н. А. Каменский

Институт права и национальной безопасности

Тамбовского государственного университета имени Г. Р. Державина

Поступила в редакцию 10 октября 2018 г.

Аннотация: автор на основе метода анализа уголовных и гражданских дел выявляет проблемы эффективной защиты прав и интересов сторон, которым причиняется ущерб преступлениями, предусмотренными ст. 201 УК России. Предлагается введение расширения материальной ответственности работников по трудовому законодательству, а также административной ответственности юридических лиц, извлекающих выгоду в результате совершения злоупотребления полномочиями в коммерческих и иных организациях.

Ключевые слова: незаконное выгодоприобретение, злоупотребление полномочиями в коммерческих и иных организациях, административная ответственность юридических лиц.

Abstract: the author based on the method of criminal and civil cases' analysis uncovers the problems of effective protection of the rights and interests of the parties harmed by the crimes under article 201 of the Criminal Code of Russian Federation. The introduction of liability expansion of employees under labor legislation is proposed, as well as administrative liability of legal entities benefiting from the abuse of power in commercial and other organizations.

Key words: illegal benefit, abuse of power in commercial and other organizations, administrative liability.

Часть 2 ст. 26 Конвенции ООН против коррупции предусматривает, что при условии соблюдения правовых принципов государства-участника ответственность юридических лиц может быть уголовной, гражданско-правовой или административной¹. В настоящей статье рассмотрим вопросы ответственности юридических лиц с учетом проведенного анализа материалов уголовных дел о злоупотреблении полномочиями в коммерческих и иных организациях.

315

Вопрос об уголовной ответственности юридических лиц является дискуссионным, существует много сторонников и противников ее введения. Мы солидарны с точкой зрения В. И. Михайлова, согласно которой юридическая ответственность организаций нуждается в совершенствовании, но это необходимо делать путем развития соответствующих институтов

¹ О ратификации Конвенции Организации Объединенных Наций против коррупции : федер. закон от 8 марта 2006 г. № 40-ФЗ. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

КоАП РФ, а также ГК РФ, АК РФ и АПК РФ на серьезной теоретической основе².

Именно в этом ключе следует искать пути решения и развивать нормативную базу, позволяющую обеспечить эффективное, соразмерное и сдерживающее воздействие на юридических лиц, получающих выгоду в результате совершения преступления.

Специфика злоупотребления полномочиями состоит в том, что данное преступление может совершаться в интересах организаций, с целью извлечения ими, в первую очередь, прибыли. Целью борьбы со злоупотреблением полномочиями в коммерческих и иных организациях является не только пресечение преступной деятельности, но и возмещение причиненного ущерба, в том числе в рамках гражданского судопроизводства.

Так, ст. 1068 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) устанавливает ответственность юридического лица за вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей.

Часть 1 ст. 54 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) «Гражданский ответчик» устанавливает, что в качестве гражданского ответчика может быть привлечено юридическое лицо, которое в соответствии с ГК РФ несет ответственность за вред, причиненный преступлением. В судебной практике отмечается, что если вред причинен вследствие нарушения должностных полномочий, подтверждаемых за осуждение уголовного преступления должностного характера, то это является достаточным основанием для привлечения к гражданско-правовой ответственности лица юридического лица, служащий которого совершил злоупотребление полномочиями, деяние предусмотренное ст. 201 УК РФ³. Для взыскания имущественного ущерба с организации, если виновным является ее работник, не имеет значения – действует ли ее служащий вопреки ее интересам либо в целях извлечения выгод и преимуществ для нее. Судебными инстанциями также отмечается, что нормами гражданского законодательства и другими нормативно-правовыми актами не предусмотрена ответственность работника за ущерб, причиненный ответчиком при исполнении им трудовых обязанностей. Требования о взыскании ущерба за счет личных средств физических лиц, осужденных за причинение существенного вреда правам и законным интересам общества и государства, выразившимся в причинении материального ущерба, не основаны на законодательстве и, следова-

² См.: Михайлов В. И. Современный этап государственной политики Российской Федерации в области противодействия коррупции и задачи по ее научному обеспечению // Актуальные проблемы научного обеспечения государственной политики Российской Федерации в области противодействия коррупции. Екатеринбург, 2014. С. 18.

³ Об отказе в передаче дела в Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации : определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 марта 2012 г. № ВАС-2159/12. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

тельно, должны предъявляться только к юридическим лицам, работники которых совершили преступление⁴.

Анализ материалов 150 уголовных дел, предусмотренных ст. 201 УК России, показал, что в каждом четвертом случае последствия преступления выражались в виде упущенной выгоды (недополученной прибыли). Преступления в данных случаях, как правило, совершались путем реализации имущества по организации по заведомо заниженной стоимости, сдаче площадей в аренду по заниженной цене, заключении различных явно убыточных и экономически нецелесообразных договоров и т. д. Вместе с тем судами указывается, что на основании ст. 238 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ) работник обязан возместить работодателю только причиненный ему прямой действительный ущерб. Неполученные доходы (упущенная выгода) взысканию с работника не подлежат, в связи с чем в возмещении вреда, причиненного преступлением, отказывается⁵. В ряде случаев заявленные иски удовлетворяются только в части действительного ущерба, под которым судами понимается реальное уменьшение наличного имущества работодателя или ухудшение состояния указанного имущества (в том числе имущества третьих лиц, находящегося у работодателя, если работодатель несет ответственность за сохранность этого имущества), а также необходимость для работодателя произвести затраты либо излишние выплаты на приобретение, восстановление имущества либо возмещение ущерба, причиненного работником третьим лицам⁶.

Полагаем, что в вышеуказанной норме целесообразно сделать исключение о полном возмещении ущерба со стороны работников (включая упущенную выгоду) в случае его причинения в результате совершения ими преступлений, предусмотренных ст. 201, 201.1, 285, 285.4 УК РФ.

Необходимо также учитывать, что организация может извлекать выгоду в результате совершения преступления со стороны лица, которое не является ее работником.

Достаточно распространенной является ситуация, когда служащий, исполняя обязанности в одной организации, одновременно является соучредителем другого юридического лица, в пользу которого он осуществляет злоупотребление. Например, генеральный директор ФГУП, который одновременно являлся соучредителем ООО, заключил между ними фиктивный договор на выполнение научно-исследовательской работы, фактически использовав финансовые средства госпредприятия для развития частной компании⁷. Другой генеральный директор заво-

⁴ Решение Октябрьского районного суда г. Пензы от 5 июля 2013 г. по делу № 2-1198/2013. URL: <https://oktyabrskiy.pnz.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018).

⁵ Решение Ленинского районного суда г. Пензы от 8 апреля 2015 г. по делу № 2-1420/2015. URL: <https://leninsky.pnz.sudrf.ru/> (дата обращения: 17.10.2018).

⁶ Решение Новомосковского городского суда Тульской области от 26 ноября 2015 г. по делу № 2-2024/2015. URL: <https://novomoskovsky.tula.sudrf.ru/> (дата обращения: 17.10.2018).

⁷ Постановление Железнодорожного городского суда Красноярского края от 3 июля 2015 г. по делу № 1-150/2015. URL: <https://gelgor.kr.k.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018).

да, заведомо зная о неплатежеспособности и финансовой неустойчивости созданного при его личном участии ООО, незаконно заключил от имени возглавляемого им предприятия договор займа с указанной организацией, которая своих договорных обязательств не исполнила⁸.

Однако служащий может не состоять в трудовых, а также в иных отношениях с организацией, в пользу которой совершается преступление (не являться учредителем, собственником организации, которая получает незаконную выгоду). Более того, нередко в рамках уголовного дела не представляется возможным доказать аффилированность служащего с организацией, в пользу которой осуществляется извлечение выгоды. Это характерно, в первую очередь, для служащих организаций с государственным участием, а также организаций, являющихся исполнителями по государственным контрактам. Например, заместитель управляющего дополнительного офиса ОАО «Россельхозбанк», осуществил действия по неправомерному погашению регистрационных записей об ипотеке и снятию обременения с залогового имущества ООО, чем причинил ущерб банку в размере 40 млн рублей⁹. В другом случае генеральный директор негосударственного юридического лица в рамках реализации кредитного соглашения по реализации национального проекта «Доступное и комфортное жилье гражданам России» осуществил авансирование двух подрядчиков-организаций. Несмотря на то что предусмотренные договорами работы по строительству ими не выполнялись, каких-либо мер по взысканию задолженности либо по принуждению к исполнению взятых обязательств с его стороны принято не было¹⁰.

В настоящее время взыскание средств с юридического лица, получившего выгоду в результате совершения преступления лицом, не являющимся его работником, осуществляется по нормам главы 60 ГК РФ, регулирующей обязательства вследствие неосновательного обогащения¹¹. Исковые заявления могут также предъявляться непосредственно к лицам, совершившим злоупотребление полномочиями в интересах других организаций¹².

⁸ Приговор Якутского городского суда Республики Саха от 21 апреля 2016 г. по делу № 1-438/2016. URL: [https:// jakutsky.jak.sudrf.ru/](https://jakutsky.jak.sudrf.ru/) (дата обращения: 10.10.2018).

⁹ Приговор Ленинского районного суда г. Краснодара от 8 мая 2013 г. по делу № 1-325/2013. URL: <https://krasnodar-leninsky.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018).

¹⁰ Приговор Московского районного суда г. Чебоксары от 8 июня 2011 г. по делу № 1-17/2011 (1-383/2010). URL: <https://moskovsky.chv.sudrf.ru/> (дата обращения: 12.10.2018).

¹¹ Постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Краснодарского края от 22 мая 2009 г. по делу А32-22408/2008-69/285. URL: <https://krasnodar.arbitr.ru/> (дата обращения: 12.10.2018).

¹² Апелляционное определение судебной коллегии по гражданским делам Верховного суда Республики Адыгея от 1 апреля 2014 г. по делу № 33-368/2014. URL: <https://vs.adg.sudrf.ru/> (дата обращения: 12.10.2018).

Таким образом, в случае если в результате злоупотребления полномочиями выгоду получает юридическое лицо, то возможно предъявление искового заявления либо к самому субъекту преступления, либо к организации, в чьих интересах совершено общественно опасное деяние. Ключевым моментом для эффективного последующего возмещения ущерба является определение на досудебной стадии имущественного положения ответчиков с целью принятия срочных мер для обеспечения иска. Так как, с одной стороны, существуют трудности на стадии исполнительного производства в отношении физических лиц, обусловленные отсутствием у них имущества либо денежных средств, необходимых для удовлетворения решения суда, особенно, если причинен имущественный ущерб на значительные суммы. С другой стороны, при предъявлении исковых требований к юридическим лицам также используются активные способы ухода от исполнения суда путем ликвидации организаций, их реорганизации, банкротства и т. д.

Изучение материалов уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 201 УК РФ, позволяет сделать вывод о том, что гражданский иск заявлялся лишь в 47 процентах случаев проанализированных уголовных дел, т. е. менее чем в половине случаев. Однако даже если по каждому делу будут подаваться иски, это еще не означает, что все они будут исполнены. Доказанность имущественного ущерба в уголовном судопроизводстве также не означает, что судом будет принято решение о взыскании сумм с ответчика. Например, в удовлетворении заявленных требований может быть отказано в связи с пропуском сроков исковой давности¹³. Кроме того, как нами уже отмечалось выше, в случае причинения вреда организации ее служащим, выражающегося в виде упущенной выгоды, предъявление иска является нецелесообразным в связи с отсутствием правовых оснований для взыскания. В отдельных случаях исковое производство прекращалось в связи с введением в отношении виновного физического лица процедуры реструктуризации долгов гражданина, признании его несостоятельным (банкротом)¹⁴.

Взыскание ущерба восстанавливает имущественное положение потерпевшей стороны, но не оказывает превентивного воздействия на юридические лица, извлекающие выгоду в результате совершения преступления. Только одной гражданской правовой ответственности недостаточно для эффективной защиты прав и интересов лиц, которым причиняется ущерб в результате злоупотребления полномочиями. По нашему мнению, остаются нерешенными вопросы правоприменения возмещения ущерба, причиненного в результате злоупотребления полномочиями. Это происходит в силу отдельных субъективных (недостаточная компетентность,

¹³ Определение Судебной коллегии по гражданским правоотношениям Высшего Арбитражного Суда РФ от 19 июня 2013 г. № ВАС-7852/13. URL: <https://arbitr.ru/> (дата обращения: 12.10.2018).

¹⁴ Определение Якутского городского суда Республики Саха (Якутия) от 14 июня 2017 г. по делу № 2-5376/2017. URL: <https://jakutsky.jak.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018).

ненадлежащее исполнение обязанностей, личная заинтересованность и т. д.), так и объективных причин (трудность сбора доказательной базы, большой объем работы, длительное рассмотрение дел в судебных инстанциях, отсутствие перспектив исполнения судебного решения). Кроме того, не хватает самих норм материального права.

Статьей 14 Федерального закона от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» установлено: в случае, если от имени или в интересах юридического лица осуществляются организация, подготовка и совершение коррупционных правонарушений или правонарушений, создающих условия для совершения коррупционных правонарушений, к юридическому лицу могут быть применены меры ответственности в соответствии с законодательством Российской Федерации¹⁵.

Может возникнуть вопрос о целесообразности регулирования нормами административного права, в частности путем установления ответственности, сферы имущественных споров, где преимущественно преобладают диспозитивные начала.

Однако, во-первых, следует отметить, что злоупотребления полномочиями в коммерческих или иных организациях нередко наносят ущерб государственным либо общественным интересам. Они могут совершаться служащими организаций с негосударственной (частной) формой собственности путем занижения обязательных платежей в бюджеты различного уровня, невыполнения обязательств по государственным контрактам, незаконной добычи водных биологических ресурсов, неисполнения взятых обязательств по сохранности государственного мобилизационного резерва и т. д.¹⁶

Во-вторых, следует отметить, что с 2013 г. в противодействии коррупции делается акцент на организации данной работы и в негосударственном секторе (ст. 13.3 Федерального закона «О противодействии коррупции»¹⁷, в отличие от предшествующего периода, когда основное внимание уделялось противодействию коррупции на государственной и муниципальной службе.

Статья 19.28 КоАП РФ устанавливает административную ответственность за незаконное вознаграждение от имени юридического лица. Состав данного административного правонарушения взаимосвязан с соста-

¹⁵ Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

¹⁶ Приговор Брянского районного суда Брянской области от 25 июня 2010 г. по делу № 1-4/2010 (1-6/2009; 1-139/2008). URL: <https://briansky.brj.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018) ; постановление Сердобского городского суда Пензенской области от 21 июля 2015 г. по делу № 1-23/2015. URL: <https://serdobinsky.pnz.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018) ; приговоры Петропавловск-Камчатского городского суда Камчатского края: от 25 августа 2016 г. по делу № 1-536/2016 ; от 25 сентября 2016 г. по делу № 1-583/2016. URL: <https://p-kamchatsky> (дата обращения: 10.10.2018).

¹⁷ О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О контроле за соответствием расходов лиц, замещающих государственные должности, и иных лиц их доходам» : федер. закон от 3 декабря 2012 г. № 231-ФЗ. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

вами преступлений, предусмотренных ст. 204 и 291 УК РФ¹⁸. Однако этой нормы недостаточно для защиты прав и интересов в случае совершения иных коррупционных преступлений. В частности, это касается злоупотребления полномочиями, совершенного в интересах юридического лица.

Следует выразить солидарность с теми авторами, кто полагает, что существующие в России правовые механизмы не обеспечивают эффективные способы привлечения юридических лиц к административной ответственности за коррупционные правонарушения¹⁹.

В связи с этим применение административной ответственности юридических лиц следует рассматривать как одно из перспективных направлений противодействия коррупции в настоящее время. На необходимость установления административной ответственности по отдельным вопросам указано также в Национальном плане противодействия коррупции на 2018–2020 гг.²⁰ Административные механизмы в сфере частного интереса представляются нам стратегически эффективными.

С учетом изложенного, а также анализа материалов уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 201 УК РФ, полагаем, что в КоАП России необходима самостоятельная норма «Незаконное приобретение юридического лица», диспозицию которой следует изложить в следующей редакции:

«Заведомо незаконное получение юридическим лицом имущественных прав, льгот, выгод либо преимуществ в результате злоупотреблениями полномочиями должностным лицом либо лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, совершенное с ведома либо одобрения лиц, выполняющих в ней управленческие функции, а также его учредителей (участников) либо собственников его имущества».

Под должностным лицом понимаются лица, указанные в примечаниях 1–3 к ст. 285 УК РФ; под лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, понимается лицо, указанное в примечании 1 к ст. 201 УК РФ.

Следует обратить внимание на то, что злоупотребление полномочиями могут совершаться не только с согласия и одобрения лиц, выполняющих в организации управленческие функции, но и совладельцев, имеющих долю в их уставном капитале²¹. Таким образом, субъектный

¹⁸ См.: Зырянов С. М., Цирин А. М. Административная ответственность за незаконное вознаграждение от имени юридического лица // Журнал рос. права. 2015. № 2. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

¹⁹ См.: Сакулина Л. Л. Административная ответственность юридических лиц за коррупционные правонарушения // Вестник Моск. ун-та МВД России. 2015. № 6. С. 144–147.

²⁰ О Национальном плане противодействия коррупции на 2018–2020 годы : указ Президента РФ от 29 июня 2018 г. № 378 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 27. Ст. 4038.

²¹ Решение октябрьского районного суда г. Владимира от 22 февраля 2010 г. № 1-81/2010 ; 1-496/2009. URL: <https://oktiabrsky.wld.sudrf.ru/> (дата обращения: 10.10.2018).

состав предлагаемой нами нормы должен быть расширен по сравнению со ст. 19.28 КоАП РФ за счет включения в него учредителей (участников) либо собственников его имущества.

Структурно предлагаемую норму следует разместить в главе 19 КоАП РФ «Административные правонарушения против порядка управления», процессуальные аспекты ее применения должны быть аналогичными ст. 19.28 КоАП РФ. То есть правом возбуждения дел должны быть наделены прокуроры, а рассматриваться должны судьями. Инициирование применения данной нормы следует осуществлять органами прокуратуры по результатам изучения поступающих постановлений о возбуждении уголовных дел в порядке ч. 4 ст. 146 УПК РФ.

Итак, вопросы своевременного и адекватного правового реагирования на коррупционные проявления с участием юридических лиц являются актуальными и в настоящее время. Требуется адекватная реакция законодателя на данные негативные проявления.

Полагаем, что предложенные изменения по расширению материальной ответственности работников, совершающих злоупотребление полномочиями, а также по установлению административной ответственности юридических лиц, извлекающих выгоду в результате совершения таких преступлений, соответствуют правовой политике государства на современном этапе и смогли бы восполнить пробел по охране общественных отношений, направленных на борьбу с коррупцией.

Институт права и национальной безопасности Тамбовского государственного университета имени Г. Р. Державина

Каменский Н. А., аспирант кафедры уголовного права и процесса

E-mail: kotbaun7777@mail.ru

Тел.: 8 (4752) 79-75-30;

8-920-235-54-61

Institute of Law and National Security of the Tambov State University named after G. R. Derzhavin

Kamenskiy N. A., Post-graduate Student of the Criminal Law and Process Department

E-mail: kotbaun7777@mail.ru

Tel.: 8 (4752) 79-75-30; 8-920-235-54-61

УДК 343.301

**ЦЕЛЬ КАК ОСНОВАНИЕ КРИМИНАЛИЗАЦИИ
И КРИМИНООБРАЗУЮЩИЙ ПРИЗНАК АКТА
МЕЖДУНАРОДНОГО ТЕРРОРИЗМА**

М. А. Воднева

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» (г. Москва)*

Поступила в редакцию 16 июля 2018 г.

Аннотация: обосновывается оптимизация уголовно-правовой нормы, устанавливающей ответственность за акт международного терроризма, с учетом ориентированности субъекта преступления на получение, распределение, удержание и реализацию политической власти, ослабление политических противников и усиление собственных позиций на международном уровне.

Ключевые слова: акт международного терроризма, политические цели, криминообразующий признак в уголовном праве.

Abstract: *the paper highlights the necessity of optimization of the criminal rule establishing liability for the act of international terrorism. One should take into account the orientation of the offender to obtain, distribute, retain and implement political power, to weaken political opponents and to increase his own influence across the globe.*

Key words: *act of international terrorism, political objective, vital element in criminal law.*

Цель в уголовном праве – категория сложная и многоаспектная. Как элемент субъективной стороны состава преступления цель представляет собой мысленную модель идеального и желаемого будущего результата, отображенного в сознании субъекта, к которому он стремится при совершении преступления¹. Именно для осуществления цели человек влияет на окружающий мир, в противном случае его деятельность носила бы характер естественного процесса, не подлежащего правовой оценке. Под углом криминализации, которая понимается как процесс включения в Уголовный кодекс нового состава преступления или внесения изменений, связанных с расширением основания уголовной ответственности, в существующий состав преступления², цель, точнее ее антисоциальный характер, рассматривается в том случае, если ею в значительной степени обуславливается повышение общественной опасности деяния в целом. Ведь согласно устоявшемуся в теории уголовного права подходу имен-

323

¹ См.: Максимов С. В. Цель в уголовном праве : дис. ... канд. юрид. наук. Ульяновск, 2002. С. 15–38 ; Уголовное право Армении и России. Общая и Особенная части / отв. ред. С. С. Аветисян, А. И. Чучаев. М., 2014. С. 124 ; Уголовное право Российской Федерации : Общая часть / под ред. А. И. Рапога. М., 2001. С. 175.

² См.: Радошинова Н. В. Криминализация (декриминализация) в уголовном праве России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015. С. 9.

но объективно существующая реализованная или потенциальная общественная опасность является материальным основанием криминализации деяния. Антисоциальная цель выражает отрицательное отношение субъекта к другим членам общества и признаваемым ими ценностям, стремление противодействовать им. Цель стимулирует и регулирует деятельность, определяет характер и упорядоченность разрозненных актов, которые, будучи направлены к достижению единого результата, аккумулируются в единое общественно опасное деяние. В соответствии с целью субъект выполняет поиск и выбор способов и путей ее реализации, которые сами по себе могут быть общественно опасными³.

Цели, которые, по мнению законодателя, определяют содержание общественной опасности деяния, при конструировании или модернизации состава преступления трансформируются в криминообразующий признак – обязательный признак субъективной стороны, предназначенный для того, чтобы отграничить конкретное преступление от непреступного деяния либо смежные преступления друг от друга⁴. Так, цель признана российским законодателем криминообразующим признаком при конструировании основного состава преступления, именуемого актом международного терроризма (ч. 1 ст. 361 УК РФ). В настоящее время для обозначения цели в диспозиции указанной нормы законодатель использует два понятия – нарушение мирного сосуществования государств и народов и причинение вреда интересам Российской Федерации. Полагаем, что оба понятия нуждаются в оптимизации, и в обоснование своих соображений приводим следующие доводы.

Мир и безопасность человечества являются родовым объектом всех преступлений (в том числе акта международного терроризма), расположенных в главе 34 УК РФ. Мы разделяем мнение о том, что мир представляет собой не просто «состояние, характеризующееся отсутствием фактических военных действий между государствами»⁵, но и «особые политико-правовые отношения между государствами и иными субъектами международного права, которые основываются на невраждебном проведении внешней политики, взаимном уважении корреспондирующих интересов и взаимообусловленном стремлении к достижению консенсуса по острым вопросам без использования силовых методов»⁶. Мирное сосуществование государств (основной политической организации общества, составляющей его управление, охрану экономической и со-

³ См.: *Черепенников Р. В.* Цели преступного деяния и их уголовно-правовое значение : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 77 ; Уголовное право Армении и России. Общая и Особенная части. С. 124.

⁴ См.: *Гейн А. К.* Цель как криминообразующий признак : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2010. С. 7.

⁵ *Кибальник А. Г.* Преступления против мира и безопасности человечества. СПб., 2004. С. 21.

⁶ *Лобач Д. В.* Международный правопорядок как объект уголовно-правовой охраны в международном праве // *Международное уголовное право и международная юстиция.* М., 2014. № 1. С. 14–16.

циальной структуры) и народов (населения государств, жителей стран) также предполагает одновременное существование разных государств и народов в согласии между собой, при отсутствии вражды, ссор, войны между ними⁷. Сопоставляя приведенные трактовки, приходим к выводу, что нарушение мирного сосуществования имеет такое же негативное значение для суверенных государств (групп государств), народов, международных организаций, что и нарушение мира, т. е. цель преступления звучит так же, как его родовый объект. Подобная ситуация, с одной стороны, способна привести к расширительному толкованию и ошибочной квалификации, а с другой – никакой дополнительной смысловой нагрузки не несет и, по выражению В. П. Емельянова, «выглядит типичной тавтологией, как если бы диспозицию статьи об ответственности за убийство сформулировать примерно так: «умышленное убийство в целях лишения жизни»⁸.

Описание цели преступления в ст. 361 УК РФ позволяет судить о данной норме как замысленной, главным образом, для самозащиты и защиты своих граждан от преступных посягательств, совершенных вне территории России. Так, национальные интересы Российской Федерации, исходя из Указа Президента РФ «О стратегии национальной безопасности Российской Федерации», есть объективно значимые потребности личности, общества и государства в обеспечении их защищенности и устойчивого развития. Названным документом установлено, что национальные интересы России состоят в укреплении обороны страны, обеспечении незыблемости конституционного строя, суверенитета, независимости, государственной и территориальной целостности Российской Федерации; укреплении национального согласия, политической и социальной стабильности, развитии демократических институтов, совершенствовании механизмов взаимодействия государства и гражданского общества; повышении качества жизни, укреплении здоровья населения, обеспечении стабильного демографического развития стра-

⁷ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации : в 4 т. Т. 4 : Общая часть / отв. ред. В. М. Лебедев. М., 2017. С. 249.

⁸ Уместно будет вспомнить ситуацию, когда при законодательном описании терроризма (ст. 205 УК РФ в ред. от 13.06.1996) в качестве специальной цели называлось «нарушение общественной безопасности». Подобная формулировка цели преступления, структурно помещенного в главе 24 «Преступления против общественной безопасности», справедливо признавалась отдельными авторами неудачной и впоследствии была упразднена законодателем (см.: *Гринько С. Д.* Борьба с террористами и захватом заложника : уголовно-правовые и криминологические проблемы : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 1998. С. 142 ; *Дерюгина Ю. Н.* Терроризм : уголовно-правовой и криминологический аспекты : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 151–152 ; *Емельянов В. П.* Терроризм – как явление и как состав преступления. Харьков, 1999. С. 179–180 ; *Кириллов И. А.* Проблемы современного терроризма в социально-правовом, криминологическом и уголовно-правовом аспектах // Профessionал. 1999. № 1. С. 31 ; Терроризм : психологические корни и правовые оценки. Круглый стол // Государство и право. 1995. № 4. С. 42).

ны; сохранении и развитии культуры, традиционных российских духовно-нравственных ценностей; повышении конкурентоспособности национальной экономики; закреплении за Российской Федерацией статуса одной из лидирующих мировых держав, деятельность которой направлена на поддержание стратегической стабильности и взаимовыгодных партнерских отношений в условиях полицентричного мира. То есть, исходя из приведенных положений, ответственность за акт международного терроризма по российскому уголовному законодательству должна наступать в случае совершения лицом вне государственной территории России действий, которые указаны в норме, направленных на причинение вреда объектам, отражающим ее национальные интересы.

Вместе с тем доктринальные наработки и международно-правовые положения позволяют оценить акт международного терроризма как особую форму насилия универсального значения, т. е. дестабилизирующего мирную жизнь и затрудняющего эффективную реализацию своих потребностей и интересов представителями всего международного сообщества. Так, еще в 70-х гг. XX в. Дж. Дугард под международным терроризмом предложил понимать насильственные акты, имеющие целью вызвать политические изменения, которые подрывают международные отношения и которые международное сообщество рассматривает как несовместимые с желаемыми нормами поведения⁹. В ст. 2 проекта Всеобъемлющей конвенции о международном терроризме ее разработчики определили, что цель международного терроризма заключается в том, чтобы запугать население или заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения¹⁰. В Модельном законе «О борьбе с терроризмом» международный терроризм определяется как вид терроризма, акции которого, осуществляемые гражданами одной или нескольких стран, имеют цель подрыва конституционного строя иных государств либо международного правопорядка или международных отношений в целом¹¹. А. Г. Волеводз подчеркивал, что международный терроризм – это деяние, посягающее на международный правопорядок, а его совершение (конкретные акты террора) направлено на достижение международно-противоправных целей¹².

⁹ Цит. по: *Басецкий И. И., Легенченко Н. А.* Терроризм : генезис явления и международный опыт борьбы. Минск, 2001. С. 23.

¹⁰ Доклад Специального комитета, учрежденного резолюцией 51/210 Генеральной Ассамблеи от 17 декабря 1996 г. Шестнадцатая сессия (8–12 апреля 2013 г.). Документ ООН A/68/37. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/292/54/PDF/N1329254.pdf?OpenElement> (дата обращения: 27.06.2018).

¹¹ О борьбе с терроризмом : модельный закон (новая редакция) : принят постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ от 17 апреля 2004 г. № 23-5. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант».

¹² См.: *Волеводз А. Г.* Криминализация международного терроризма в уголовном праве // *Международное уголовное право и международная юстиция.* М., 2014. № 2. С. 4.

Кроме того, специфической чертой акта международного терроризма, которой, на наш взгляд, в значительной мере обусловлена разработка оптимальной формы уголовно-правового реагирования, выступает наличие у террористов притязаний на обладание властью, адресованных субъектам политического процесса (государствам, союзам государств, нациям, классам, политическим партиям, элитам, лидерам и т. д.)¹³. Содержание власти составляют способность, право и возможность оказывать решающее воздействие на судьбы, поведение, нравы и традиции людей, их общностей, на само существование и деятельность организаций, государств и регионов мира с помощью различного рода средств – закона, права, авторитета, воли, суда, принуждения, устрашения. Криминальные реалии в России и в мире свидетельствуют о том, что субъекты международно-террористической деятельности стремятся включиться во внешнеполитические процессы, представляющие собой результат взаимодействия конкретного государства с другими государствами в рамках системы международных отношений¹⁴, чем ставят под угрозу мирное, стабильное, безопасное существование и прогрессивное развитие участников международного сообщества.

С учетом изложенного представляется, что при законодательном описании субъективной стороны акта международного терроризма, во-первых, надлежит учитывать наличие у субъекта преступления властных устремлений, вступающих в конфликт с правилами существования, функционирования и самосохранения иного государства, группы государств, народов, международной организации¹⁵; во-вторых, не ограничивать цель преступления нарушением национальных интересов России, посягательством на жизнь и здоровье исключительно российских граждан за рубежом.

Принимая во внимание, что акт международного терроризма разворачивается в политическом поле в рамках беспринципной борьбы за право осуществлять контроль и распределение власти на международном уровне, все притязания террористов по завоевыванию, удержанию и использованию власти, адресованные субъектам политического процесса, полагаем возможным объединить в данной работе понятием «политические цели». В УК РФ понятия «политические цели» не представлено. В ч. 1 ст. 3 Закона РФ «О политических партиях» указано, что политическими целями являются участие граждан Российской Федерации в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участие в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также представление интересов граждан в

¹³ См.: Глухова А. В. Политические процессы : учеб. пособие. Воронеж, 2009. С. 8.

¹⁴ См.: Там же. С. 20.

¹⁵ См.: Дикаев С. У. Терроризм : феномен, обусловленность и меры противодействия : уголовно-правовое и криминологическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2004. С. 15.

органах государственной власти и органах местного самоуправления¹⁶. Здесь осью понятия «политические цели» выступает участие физических лиц в построении вертикали государственной власти Российской Федерации. П. А. Кабанов предложил более широкое понимание политических целей как изменение, прекращение деятельности конституционных органов государственной власти, высших должностных лиц национального или иностранного государства либо видных политических деятелей (лидеров политических или религиозных общественных объединений или международных организаций), либо изменение внешних или внутренних границ государства в определенном государстве (или группе государств), регионе¹⁷.

Следует сделать оговорку о том, что мы не предлагаем переносить в уголовный закон понятие «политические цели». Очевидно, что дополнение или замена не слишком корректных формулировок, используемых сегодня при законодательном описании акта международного терроризма, еще более расплывчатым понятием «политические цели» лишь создаст новые трудности при толковании и применении рассматриваемой нормы: использование данного понятия в рамках настоящего исследования носит аналитический характер. Представляется, что политические цели выступают родовым понятием по отношению к многовариантным прообразам узурпации власти в будущем, которые возникают в сознании субъекта преступления и связываются им с изменением политической действительности. Установление сущностных аспектов данного родового понятия создаст предпосылки для наиболее точного выражения в уголовном законе специальных целей акта международного терроризма.

Опираясь на доктринальные положения политологии, полагаем возможным политическими целями называть те ориентиры деятельности субъектов политического процесса, которые связаны с их исключительным правом на волевой общезначимый акт выбора, включая его разработку, принятие и реализацию, предполагающий отказ от всех альтернатив. Как показывает действительность, политические цели присущи не только официальным субъектам политического процесса, но также нелегитимным ценностно-дезорientированным акторам при совершении ими общественно опасных деяний на местном, региональном, общенациональном и мировом уровнях. Ключевым параметром международно-террористической деятельности сегодня выступает опосредованное воздействие на власти одного или нескольких государств, органы управления международных организаций, способные принимать решения о распределении и реализации власти в определенных пространственных пределах, путем уничтожения или устрашения неопределенного круга гражданских лиц и объектов. Обосновывая ориентиры своей деятель-

¹⁶ О политических партиях : федер. закон от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ (в ред. от 05.12.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ См.: Кабанов П. А. Политический терроризм : криминологическая характеристика и меры сдерживания. Нижнекамск, 1998. С. 29.

ности, террористы отрицают реальное влияние актов международных и государственных органов на судьбу, поведение и взаимоотношения участников международного сообщества, общества отдельно взятого государства, его структур, жизнь, безопасность и благополучие отдельных граждан. Если участники международного сообщества реализуют свои властные притязания в соответствии с нравственными и правовыми нормами, когда каждый поступает чем-то, то террористы базируются на том, что посредством антисоциальных и преступных актов, затрудняя удовлетворение насущных потребностей и интересов, диктуют рационально действующим автономным субъектам собственную линию поведения.

На наш взгляд, в зависимости от масштаба и содержания цели международного терроризма (его конкретных актов) верно подразделять на стратегические и тактические¹⁸. Первые, как правило, имеют программное и концептуальное выражение, так как субъектами их постановки являются лидеры террористических сообществ (организаций). Стратегические цели есть идеальный предмет сознательного стремления последних, а именно: властно-управленческая и организаторская деятельность в различных национальных пространствах. Однако власть – это благо, которое добровольно не отдают, и даже по поводу ее частичной уступки политические акторы крайне неохотно переходят к обоюдовыгодному торгу. Вполне объяснимо, что для реализации названной крупной цели необходимы благоприятные условия, на создание которых ориентированы цели тактические (или «промежуточные»). Тактические цели – это и есть представимый образ будущего, согласующийся с программными террористическими установками, к которому конкретное физическое лицо стремится в ходе текущей террористической деятельности при совершении преступлений. Тактические цели многообразны и главным образом сводятся к тому, чтобы поразить или уничтожить политического противника, достигшего и способного удерживать, укреплять или реализовать собственную власть на определенной территории или в отношении определенного круга лиц. Например, Ю. И. Авдеев к тактическим целям отнес: изменение отношений той или иной страны с другими иностранными государствами (во имя защиты независимости, национальной культуры от «американского империализма», европейской «аморальной культуры», участия в агрессивных внешнеполитических акциях и т. п.); освобождение от иностранной зависимости; срыв международных акций по разрешению региональных или международных конфликтов; создание неблагоприятных условий для деятельности граждан и учреждений определенной страны за границей; выражение протеста против внешней политики

¹⁸ См.: Авдеев Ю. И. Терроризм как социально-политическое явление // Современный терроризм : состояние и перспективы : сб. статей / отв. ред. Е. И. Степанов. М., 2000. С. 44–47.

отдельных государств или блоков государств; подрыв авторитета определенных государств на международной арене и т. д.¹⁹

Цели стратегические в норме уголовного права не закрепляются, их наличие лишь подразумевается. Тактические цели, как нам думается, не следует оставлять за рамками состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 361 УК РФ, так как их наличие изменяет само существо общественно опасного деяния. Равно как и террористический акт (ст. 205 УК РФ), акт международного терроризма направлен на то, чтобы опосредованно воздействовать на власти через невинных жертв, не являющихся непосредственными участниками конфликта. Разница (по целям общественно опасного деяния) заключается в том, что террористический акт (с учетом фактических ситуаций его совершения, а не законодательного описания, которое, на наш взгляд, также нуждается в корректировке) может быть связан с требованиями, адресованными любым субъектам (физическим лицам, государствам, организациям (как российским, так и иностранным) и их представителям, юридическим лицам, представителям общественных организаций, должностным лицам), располагающим возможностью принять решение (либо воздержаться от его принятия), угодное террористам. Во-первых, в случаях, когда террористический акт адресован органам власти или международным организациям, субъект террористического акта далеко не всегда стремится к завладению властными полномочиями. Диапазон желаемых результатов крайне широк – от устрашения людей до удовлетворения узконаправленных или даже абсурдных личных потребностей. Во-вторых, когда в качестве специальной цели выступает поражение политического противника в лице национальных или наднациональных органов власти, субъект террористического акта не затрагивает интересов иностранного государства и (или) международного сообщества в целом. В-третьих, участниками преступления цель террористического акта может вовсе не анонсироваться, а выводиться из конкретных обстоятельств его совершения²⁰. В отличие от «внутригосударственного» террористического акта, субъективно-содержательная особенность деяния, именуемого актом международного терроризма, заключается именно в наличии внешнеполитической цели. Для заполучения власти в ином государстве или регионе мира субъект, совершая данное преступление, стремится «переступить» через чужой суверенитет, представляющий собой верховенство, независимость, самостоятельность и полноту государственной власти конкретного государства на его территории и независимость в международном общении²¹, и

¹⁹ См.: *Авдеев Ю. И.* Указ. соч. С. 44–47.

²⁰ См.: *Воднева М. А.* О становлении и совершенствовании нормы уголовного права, устанавливающей ответственность за террористический акт // *Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право.* Воронеж, 2018. № 1. С. 207–217.

²¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Конституции Республики Алтай и Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государствен-

в конечном итоге присвоить его себе. Отсутствие в деянии обозначенного субъективного признака не позволяет признать за ним повышенной общественной опасности по сравнению с иными террористическими акциями.

По нашему мнению, политические цели относятся к так называемым «типичным» целям, повторяющимся для определенного вида преступлений, которые могут быть мысленно обобщены законодателем и указаны в уголовно-правовой норме²². С учетом изложенного выше при формулировании криминообразующего признака в диспозиции уголовно-правовой нормы предлагаем не употреблять понятие «политические цели», а воспользоваться иной терминологией для его описания. К примеру, в нормах государств – участников СНГ, устанавливающих уголовную ответственность за преступления террористического характера, используются такие конструкции, как «разжигание международных осложнений или войны», «дестабилизация внутренней обстановки иностранного государства» (ст. 389 УК Республики Армения); «провокация международных осложнений или войны», «дестабилизация общественного порядка в иностранном государстве» (ч. 1 ст. 126 УК Республики Беларусь); «оказание воздействия на принятие решений иностранным государством или международной организацией», «осложнение международных отношений» (ч. 1 ст. 255 УК Республики Казахстан); «устрашение населения какого-либо государства или его части», «понуждение каких-либо государства, международной организации совершить какое-либо действие либо воздержаться от его совершения» (ч. 1 ст. 278 УК Республики Молдова); «осложнение международных отношений», «нарушение суверенитета и территориальной целостности, подрыв безопасности государства», «провокация вооруженного конфликта», «дестабилизация общественно-политической обстановки» (ст. 155 УК Республики Узбекистан).

На наш взгляд, основным параметром криминализации акта международного терроризма следует признать создаваемую им угрозу незащищенности прав и свобод человека, государственных и общественных органов и институтов, а также политической, социальной, экономической обстановки в каком-либо государстве или регионе мира. Питаемые такой угрозой страх, бессилие и неуверенность людей в своей безопасности нередко трансформируются в несогласованные акции, массовые беспорядки, что явно не способствует нормальному функционированию и укреплению авторитета официальных правящих сил. В качестве примера можно привести события, вызванные взрывами и убийствами посетителей на территории стадиона, ресторанов и концертного зала в Париже (13 ноября 2015 г.), взрывами и наездами на пешеходов в Испании (17 августа 2017 г.). Впоследствии квалифицированные как теракты эти

ной власти субъектов Российской Федерации»: постановление Конституционного Суда РФ от 7 июня 2000 г. № 10-П. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²² См.: Черепенников Р. В. Указ. соч. С. 21.

деяния не только причинили вред и создали реальную угрозу жизни, здоровью, безопасности, имущественному благополучию граждан различных государств, но также повлекли введение в стране совершения чрезвычайного положения (лишь четвертый раз за всю историю Франции), приведение в состояние полной боевой готовности вооруженных сил, усиление контроля на государственной границе²³, организацию митингов противниками исламизации Европы. Модель подобного результата, на достижение которого нередко направляются акты международного терроризма, на наш взгляд, удачно обозначается конструкцией «дестабилизация общественно-политической обстановки в иностранном государстве».

Цель провокации (разжигания) войны заключается во внесении острых разногласий в полинациональный и поликонфессиональный мир, что в большинстве случаев приводит к отказу государств, втянутых в «воронку» конфликта, от мирного урегулирования межгосударственных споров и ответным масштабным силовым действиям.

Цели, сформулированные как «осложнение международных отношений», «провокация международных осложнений», свидетельствуют о пренебрежении субъектами международно-террористических акций правилами, которые установлены и санкционированы международным сообществом, что существенно затрудняет взаимодействие государств на взаимовыгодных условиях. Так, 31 октября 2015 г. в результате теракта на борту пассажирского самолета, следовавшего по маршруту Шарм-эш-Шейх–Санкт-Петербург, погибли все находившиеся на его борту пассажиры и члены экипажа. Несмотря на согласованные действия представителей Российской Федерации и Арабской Республики Египет, соблюдение сторонами требований и норм национального и международного права при расследовании обстоятельств происшествия, последствия в форме дестабилизации имиджа государства были достигнуты. 6 ноября 2015 г. было принято решение о приостановлении авиационного сообщения между Россией и Египтом «до налаживания должного уровня безопасности авиационного сообщения»²⁴. Авиационные власти Великобритании, Ирландии и Германии также запретили своим авиакомпаниям полеты над Синайским полуостровом и в Шарм-эш-Шейх до выяснения причин катастрофы российского лайнера.

19 декабря 2016 г. в Турции во время официального мероприятия был убит Чрезвычайный и Полномочный Посол Российской Федерации в Турецкой Республике А. Г. Карлов. Деяние квалифицировано по ч. 3 ст. 361 УК РФ (акт международного терроризма, повлекший причине-

²³ См.: Paris attacks kill more than 120 people – as it happened. URL: <https://www.theguardian.com/world/live/2015/nov/13/shootings-reported-in-eastern-paris-live> (дата обращения: 10.06.2018).

²⁴ Президент согласился приостановить авиасообщение с Египтом до установления должного уровня безопасности авиаперелетов. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/50645> (дата обращения: 10.06.2018).

ние смерти человеку)²⁵. Российская и турецкая стороны охарактеризовали цель данного преступления как подрыв отношений между Россией и Турцией. Несмотря на то что главы государств, действуя политически мудро и дальновидно, не допустили отчуждения и настороженности по отношению друг к другу, это трагическое преступное событие вряд ли будет скоро забыто.

В отдельных отечественных и зарубежных источниках, посвященных изучению терроризма, в качестве его свойства упоминаются политические мотивы (мотивация)²⁶, связанные с конфронтацией индивидуальных и коллективных субъектов относительно существующего строя и органов власти. На наш взгляд, ни гиперболизировать политический характер мотивов акта международного терроризма, ни тем более уравнивать их с политическими целями не следует. Проводя отличие цели от мотива, В. Н. Кудрявцев справедливо указывал, что «мотив представляет собой внутреннее побуждение, которое еще не направлено на конкретный предмет (объект), способный его удовлетворить. Цель же, напротив, именно эту функцию и выполняет: она указывает на то, какой результат должен быть достигнут для удовлетворения мотива»²⁷. Для нас очевидно, что международная террористическая деятельность далеко не всегда обусловлена внутренними побуждениями ее участников расшатать либо укрепить политическую систему общества. Мотивы лиц, причастных к такой деятельности, могут быть самыми разнообразными – «от фундаментального или сектантского, религиозного, националистического, социального фанатизма до стремления к самоутверждению, «прославлению» себя, мести и т. д.»²⁸. Следовательно, цели акта международного терроризма подлежат самостоятельной оценке, без прямой привязки к мотивам преступлений.

Тот факт, что многие террористические действия совершаются по политическим мотивам и целям, «не превращает их из преступления в некую политическую акцию, требующую политического убежища»²⁹. В силу положений Европейской конвенции о пресечении терроризма от 27 января 1977 г., Декларации о мерах по ликвидации междуна-

²⁵ В связи с убийством российского посла в Турции возбуждено уголовное дело. URL: <http://sledcom.ru/news/item/1089171/> (дата обращения: 10.06.2018).

²⁶ См.: *Crenshaw M.* Terrorism and international cooperation. New York : Inst. for East-West security studies, 1989. P. 6 ; *Feary R.* Introduction to International terrorism // *International terrorism in the Contemporary World.* 1978. P. 25–35 ; *Jenkins B.* The Study of Terrorism : Definitional Problems. Santa Monica : RAND, 1980. P. 2–3 ; *Басецкий И. И., Легенченко Н. А.* Указ. соч. С. 30 ; *Терроризм : психологические корни и правовые оценки. Круглый стол.* С. 25–26.

²⁷ *Кудрявцев В. Н.* Генезис преступления. Опыт криминологического моделирования : учеб. пособие. М., 1998. С. 101.

²⁸ *Салимов К. Н.* Современные проблемы терроризма : криминологическое исследование : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999. С. 17–18.

²⁹ *Емельянов В. П.* Терроризм и преступления с признаками терроризирования : уголовно-правовое исследование. СПб., 2002. С. 264.

родного терроризма (одобрена резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 49/60 от 9 декабря 1994 г.), резолюции Совета Безопасности ООН 1373 от 28 сентября 2001 г.³⁰, любое общественно опасное деяние, связанное с жестокостью и стремлением произвести политические изменения посредством преступного насилия, должно влечь моральное порицание и применение правовых санкций. Деяния, направленные на создание благоприятствующих условий для лишения оппонентов власти посредством насильственного, устрашающего, деструктивного воздействия на общественные устои и государственность в пределах одной или нескольких национальных территорий всегда общественно опасны и заслуживают статуса преступления. Поэтому, на наш взгляд, криминализация политических целей в норме об ответственности за акт международного терроризма не порождает сомнений относительно процессуальной осуществимости преследования лица, совершившего данное преступление.

На основании проведенного анализа положений, содержащихся в международно-правовых документах, российских нормативных актах, научных работах, затрагивающих цели международного терроризма и его конкретных актов, приходим к следующим выводам.

Российский законодатель, описывая состав акта международного терроризма, был абсолютно прав при отборе субъективных признаков, отражающих общественную опасность данного деяния. Вместе с тем существующая в настоящее время формулировка в незначительной степени учитывает сознательное стремление субъекта рассматриваемого преступления к распределению и коррекции власти в мировом масштабе, несмотря на крайне высокую степень непереносимости в обществе подобного стремления. Для рационального применения нормы об ответственности за акт международного терроризма представляется целесообразным скорректировать ее основной состав (ч. 1 ст. 361 УК РФ), сформулировав в диспозиции глубинные признаки посягательства как направленного на получение, удержание и использование власти, ослабление политических противников и укрепление собственных позиций во внешнеполитических процессах. Как криминообразующий признак цели, имеющие значение политических, довольно удачно описываются в уголовном законодательстве отдельных государств – участников СНГ. Вместе с тем не с каждой из формулировок можно безоговорочно согласиться – они нуждаются в переосмыслении на предмет логической непротиворечивости российскому законодательству и уголовно-правовой

³⁰ Европейская конвенция о пресечении терроризма от 27 января 1977 г. URL: <http://to14.minjust.ru/ru/node/2799> (дата обращения: 08.06.2018) ; Декларация о мерах по ликвидации международного терроризма. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/terrdecl.shtml/ (дата обращения: 08.06.2018) ; Резолюция Совета Безопасности ООН 1373 от 28 сентября 2001 г. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/45/PDF/N0155745.pdf?OpenElement> (дата обращения: 08.06.2018).

терминологии, положениям международных обязательств, принятых на себя Российской Федерацией.

Полагаем, что более емкое выражение законодателем в диспозиции ч. 1 ст. 361 УК РФ специальной цели, во-первых, позволит с достаточной точностью определить место акта международного терроризма среди преступлений террористического характера и одноуровневых преступлений против мира; во-вторых, ориентирует данную норму на потребности международного сообщества и охрану универсально-значимых ценностей.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Воднева М. А., аспирант кафедры уголовного права и криминалистики

E-mail: mari.vodneva@yandex.ru

Тел.: 8-917-581-21-38

National Research University «Higher School of Economics» (Moscow)

Vodneva M. A., Post-graduate Student of the Criminal Law and Criminalistics Department

E-mail: mari.vodneva@yandex.ru

Tel.: 8-917-581-21-38

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. 2018. № 4 (35)

Дата выхода в свет 28.12.2018

Ведущий редактор *Н. Н. Масленникова*
Электронная верстка *Е. Н. Попуга*

Формат 70×100/16.

Уч.-изд. л. 26,7. Усл. п. л. 27,6. Тираж 150 экз. Заказ 790.

Издательский дом ВГУ

394018 Воронеж, пл. Ленина, 10

Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3