

Вестник Воронежского государственного университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ



СЕРИЯ: ПРАВО

Издается с 2006 г.

Выходит 4 раза в год

3(38) — 2019

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.; *О. А. Козадеров*, д-р хим. наук, доц. Координатор –
Н. М. Близняков, канд. физ.-мат. наук, доц. Члены совета: *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.; *А. А. Сирота*, д-р техн. наук, проф.; *Ю. Н. Старилов*, д-р юрид. наук, проф.;
В. В. Тулунов, д-р филол. наук, проф.; *В. И. Федотов*, д-р геогр. наук, проф.;
А. И. Шашкин, д-р физ.-мат. наук, проф.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ СЕРИИ:

Главный редактор – *Ю. Н. 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. Шеменёва*, д-р юрид. наук, доц. Члены редколлегии: *А. И. Абдуллин*, д-р юрид.
наук, проф. (Казанский (Приволжский) федеральный университет); *Ю. В. Агибалов*, 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-Голово*, доктор права (Университет
Монпелье, Франция), доц. (Европейский Гуманитарный Университет в г. Вильнюсе, Лит-
ва); *П. Н. Бирюков*, д-р юрид. наук, проф.; *Т. М. Бялкина*, д-р юрид. наук, проф.; *А. Н. Вы-
легжанин*, д-р юрид. наук, проф. (Московский государственный институт международных
отношений (университет) Министерства иностранных дел Российской Федерации); *Й. Денпе*,
доктор права, международный эксперт GIZ (г. Эшборн, Германия); *Д. В. Зотов*, 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. (Конституционный Суд, г. Санкт-
Петербург); *С. Кодама*, доктор права, проф. (Университет Миэ, Япония); *Н. А. Лопашенко*, д-р
юрид. наук, проф. (Саратовская государственная юридическая академия); *Е. Б. Лунцев*,
д-р юрид. наук, проф. (Кубанский государственный университет); *Н. Л. Люттов*, д-р юрид.
наук, доц. (Московский государственный юридический университет имени О. Е. Кутафина
(МГЮА)); *А. В. Малько*, д-р юрид. наук, проф. (Саратовский филиал Института государства
и права РАН); *С. П. Матвеев*, д-р юрид. наук, проф. (Воронежский институт Министерства
внутренних дел Российской Федерации); *В. А. Мещеряков*, д-р юрид. наук, проф., за-
меститель председателя Избирательной комиссии Воронежской области; *Е. И. Носыре-
ва*, д-р юрид. наук, проф.; *К. К. Панько*, д-р юрид. наук, проф.; *С. В. Передерин*, д-р юрид.
наук, проф.; *Р. А. Подпригора*, 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. (ТьГу, 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.; *O. A. Kozaderov*, dr of chemical sciences, associ-
ate prof. Coordinator – *N. M. Bliznyakov*, cand. of physical and mathematical sciences, associate
prof. Members of editorial board: *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.; *A. A. Sirota*, dr of technical 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 secre-
tary – *O. N. Shemeneva*, dr of legal sciences, associate prof. Members of editorial committee: *A. I. Ab-
dullin*, 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. (Europe-
an 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, 2019
© Desing, original-model. Publishing house of the
Voronezh State University, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

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

<i>Астафичев П. А.</i> Сочетание конституционно-правового и административно-правового регулирования собраний, митингов и демонстраций, шествий и пикетирования.....	10
<i>Шевурдяев С. Н.</i> Совершенствование правовых гарантий равенства прав кандидатов в российском избирательном законодательстве	20
<i>Денисенко В. В.</i> Делегитимация права: причины и способы предотвращения.....	30
<i>Чечельницкий И. В.</i> Справедливость, права человека и верховенство права в теории и практике	36
<i>Потапов М. Г.</i> Рене Давид о региональном праве	50
<i>Мальцев И. В.</i> Ранняя историография исследования правовых символов	63
<i>Горбунова М. Ю.</i> О средствах юридической техники установления и применения поощрений	75
<i>Вершинин А. И.</i> Государственное финансирование политических партий как гарантия многопартийности: перспективы реформирования	81

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

<i>Шкаревский Д. Н.</i> Военные трибуналы в 1920-е гг.: роль и значение	93
<i>Ливенцев Д. В.</i> Правовое явление отпуска крестьян из заключения для осуществления сельскохозяйственных работ как форма либерализации советской исправительной системы в 1920-е гг.	104
<i>Тонков Е. Е.</i> Вызов времени или конъюнктурный фейк? (несвоевременные мысли о цифровизации права)	113

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

4

<i>Кудрявцева Е. В.</i> Аналогия закона и законная сила судебного приказа.....	122
<i>Павлов Р. В.</i> О пределах государственного воздействия на порядок создания постоянно действующих арбитражных учреждений в России	126
<i>Шевченко В. С.</i> Элементы интерцессии в российском институте поручительства ..	133

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС. ТАМОЖЕННОЕ ПРАВО

<i>Уманская В. П.</i> Современные подходы к понятию нормативных правовых актов в науке и практике.....	144
<i>Павлова М. С.</i> Проблемы классификации правоотношений в административном судопроизводстве	157

<i>Агамагомедова С. А.</i> Институт таможенной проверки: вектор административно-процедурной модернизации	166
<i>Зуева Н. Л.</i> Проблемы и пути совершенствования механизма контроля качества предоставления государственных услуг	174
<i>Бражник Т. А.</i> Отдельные аспекты правового регулирования информационной безопасности личности	182
<i>Верзилин С. В.</i> Сущность и основное содержание государственной функции «обеспечение безопасности дорожного движения»	190

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ. ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

<i>Хорунжий С. Н.</i> Административная ответственность за распространение недостоверной информации и гарантии предвыборной агитации.....	200
<i>Дубровина М. О.</i> Проблемы применения норм части 1 статьи 15.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях	213

ФИНАНСОВОЕ ПРАВО. НАЛОГОВОЕ ПРАВО

<i>Ядрихинский С. А.</i> Проблема «исцеления» ущербных материалов налоговой проверки	222
<i>Николаев А. В.</i> Роль правила «существо над формой» в применении условия о бенефициарном собственнике дохода и в предотвращении уклонения от статуса постоянного представительства при имплементации плана BEPS.....	234

УГОЛОВНОЕ ПРАВО. УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС. КРИМИНАЛИСТИКА

<i>Трухачев В. В., Белоконов Г. Г.</i> Согласованность Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: предложения по изменению законодательства	245
<i>Маркунцов С. А.</i> О применении уголовно-правовых запретов, сконструированных с использованием административной преюдиции.....	256
<i>Маслов А. Е.</i> Добровольный отказ в научном творчестве профессора Константина Александровича Панько и современный закон	264
<i>Махина С. Н., Цурлуй О. Ю.</i> Криминалистическое обеспечение судебного разбирательства в России: современное понимание и направления развития.....	273
<i>Панько Н. К.</i> Категория совести в российском уголовном судопроизводстве и ее соотношение с проблемой установления истины по уголовному делу	282
<i>Сухова И. И.</i> Нравственные начала в уголовном судопроизводстве: динамика, тенденции и перспективы научного осмысления.....	292
<i>Аристархов А. Л.</i> Проблемы прекращения судом уголовного преследования при применении института судебного штрафа	305
<i>Сучкова Е. В.</i> Использование методов математической статистики при производстве судебной биологической экспертизы волос человека	310
<i>Грузинская Е. И., Пронина М. П.</i> Презумпции и фикции как средства юридической техники в уголовном законодательстве	315

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЕВРОПЕЙСКОЕ ПРАВО

<i>Бирюков П. Н.</i> Деятельность США в сфере использования искусственного интеллекта	324
<i>Галушко Д. В.</i> Общее миграционное пространство Великобритании и Ирландии: функционирование и правовая регламентация в условиях прекращения британского членства в Европейском союзе.....	335

Глазова А. П. Сотрудничество государств с целью пресечения незаконной миграции на море: принудительные меры правоохранительного характера 342

**КОНФЕРЕНЦИИ. ФОРУМЫ.
КРУГЛЫЕ СТОЛЫ**

Местное самоуправление в контексте правовой, управленческой и политической культуры: на примере России и Республики Северная Македония 354

РЕЦЕНЗИИ

Старилов Ю. Н., Рогачева О. С. Государство созидающее: переосмысление сложившихся позиций и точек зрения на новой методологической основе. – Рец. на кн.: Тонков Е. Е. Государство созидающее как вектор развития современной России : монография. – М. : Юрлитинформ, 2019. – 392 с..... 374

Информация

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования..... 379



SERIES: LAW

FIRST PUBLISHED IN 2006

Published quarterly

Series: Law. 2019. № 3 (38). July–September

CONTENTS

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

<i>Astafichev P. A.</i> Combination of constitutional legal and administrative legal regulation of assemblies, rallies and demonstrations, marches and picketing	10
<i>Sheverdyayev S. N.</i> Improvement of legal guarantees of equal rights of candidates in the Russian electoral legislation	20
<i>Denisenko V. V.</i> Delegitimization of law: causes and methods of prevention	30
<i>Chechel'nitsky I. V.</i> Justice, Human Rights and the Rule of Law in theory and practice	36
<i>Potapov M. G.</i> Rena David about regional law	50
<i>Maltsev I. V.</i> Early historiography of legal symbols research	63
<i>Gorbunova M. Yu.</i> To the question about means of legal technique of encouragements' establishment and realization	75
<i>Vershinin A. I.</i> Government funding of political parties as a guarantee of a multi-party system: prospects of reformation	81

THEORY AND HISTORY OF STATE AND LAW

<i>Shkarevsky D. N.</i> Military tribunals in the 1920s: role and significance	93
<i>Liventsev D. V.</i> Legal phenomenon of releasing peasants from the conclusion for the implementation of agricultural work as a form of liberalization of the soviet penal system in the 1920s	104
<i>Tonkov E. E.</i> Challenge of time or opportunistic fake? (untimely thoughts of the digitization of law)	113

CIVIL LAW. CIVIL PROCESS. ARBITRATION PROCESS

<i>Kudryavtseva E. V.</i> The analogy of the law and the legal force of the court order	122
<i>Pavlov R. V.</i> Capacity of the state control over the system of establishing regular arbitration institutions in Russia	126
<i>Shevchenko V. S.</i> Intercession elements in the russian guaranty institute	133

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS. CUSTOMS LAW

<i>Umanskaya V. P.</i> Modern approaches to the concept of legal and regulatory acts in science and practice	144
--	-----

<i>Pavlova M. S.</i> The problems of classification the legal relations in administrative proceeding.....	157
<i>Agatagomedova S. A.</i> Institute of customs inspection: vector of administrative and procedural modernization	166
<i>Zueva N. L.</i> Problems and ways to improve the mechanism of quality control of public services	174
<i>Brazhnik T. A.</i> Certain aspects of legal regulation of information security of a person	182
<i>Verzilin S. V.</i> Essence and the main content of the state function «Road safety»	190

ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY AND PROCEEDINGS OF THE CASES OF ADMINISTRATIVE OFFENSES

<i>Horunziy S. N.</i> Administrative responsibility for the dissemination of inadequate information and the guarantee of election campaigning	200
<i>Dubrovina M. O.</i> Problems of application of norms of part 1 of article 15.25 of the russian code of administrative offences	213

FINANCIAL LAW. TAX LAW

<i>Yadrikhinskiy S. A.</i> The problem of healing flawed the tax check materials	222
<i>Nikolaev A. V.</i> The role of substance over form rule in applying the test for beneficial owner of income and in preventing avoidance of permanent establishment status as part of the implementation of the BEPS PLAN	234

CRIMINAL LAW. CRIMINAL PROCESS. CRIMINALISTICS

<i>Trukhachev V. V., Belokon G. G.</i> Consistency of the criminal code of the Russian Federation and the criminal procedure code of the Russian Federation: proposals for changes in legislation	245
<i>Markuntsov S. A.</i> On the issue of the application of criminal law prohibitions designed using administrative prejudice	256
<i>Maslov A. E.</i> Voluntary refusal in scientific creativity of professor Konstantin Aleksandrovich Panko and the modern law	264
<i>Makhina S. N., Curley O. Yu.</i> Forensic support of judicial proceedings in Russia: current understanding and directions of development	273
<i>Panko N. K.</i> Category of conscience in russian criminal proceedings and its relation to the problem of establishing the truth in a criminal case	282
<i>Sukhova I. I.</i> Moral principles in criminal proceedings: dynamics, trends and prospects of scientific understanding	292
<i>Aristarkhov A. L.</i> The problem of the cessation court prosecution in the application of institute of judicial fine	305
<i>Suchkova E. V.</i> The use of methods of mathematical statistics in the production of forensic biological examination of human hair	310
<i>Gruzinskaya E. I., Pronina M. P.</i> Presumption and fiction as a means of legal technique in criminal law	315

INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW

<i>Biriukov P. N.</i> US activities in the field of artificial intelligence	324
<i>Galushko D. V.</i> The Common Travel Area of Great Britain and Ireland: functioning and legal regulation in conditions of termination of the UK's membership in the European Union	335

<i>Glazova A. P.</i> State cooperation to prevent illegal migration at sea: law enforcement measures.....	342
---	-----

CONFERENCES. FORUMS. ROUNDTABLES

Local selfgovernment in the context of legal, administrative and political culture of Russia and the Republic of North Macedonia	354
--	-----

REVIEWS

<i>Starilov Yu. N., Rogacheva O. S.</i> Creative State: reconsidering established positions and viewpoints on the new methodological basis. – Retz. on kn.: Tonkov E. E. Creative State as a vector of development of modern Russia: monograph. – Moscow: Yurlitinform, 2019. – 392 c.....	374
--	-----

Information

The requirements to the materials, sent to the editorial staff for publishing	379
---	-----

УДК 342.9

СОЧЕТАНИЕ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО
И АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ
СОБРАНИЙ, МИТИНГОВ И ДЕМОНСТРАЦИЙ,
ШЕСТВИЙ И ПИКЕТИРОВАНИЯ

П. А. Астафичев

Санкт-Петербургский университет МВД России

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: статья посвящена исследованию проблемы сочетания конституционно-правового и административно-правового регулирования публичных акций. Обосновывается точка зрения, что законодательство о собраниях, митингах и демонстрациях, шествиях и пикетировании стало весьма развитым, что свидетельствует о необходимости разграничения, с одной стороны, конституционно-правового, а с другой – административно-правового регулирования данных общественных отношений.

Ключевые слова: право на манифестации, конституционные гарантии прав человека, публичное управление, полномочия полиции и войск национальной гвардии.

Abstract: the article is devoted to the study of the problem of combining constitutional legal and administrative legal regulation of public actions. The author substantiates the point of view that legislation on assemblies, rallies and demonstrations, processions and picketing has become very developed, which indicates the need to differentiate, on the one hand, constitutional-legal, on the other, administrative-legal regulation of these public relations.

Key words: the right to demonstrate, constitutional guarantees of human rights, public administration, powers of the police and national guard troops.

В развитие положений ст. 31 Конституции РФ о праве граждан собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование в стране принят и действует Федеральный закон от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ (в ред. от 11.10.2018) «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях»¹. Наличие данного конституционного права и корреспондирующего ему федерального законодательного акта представляет собой заметный шаг на пути развития конституционной демократии и обеспечения функционирования ее непосредственных форм дополнительно к народному представительству. В советской России демонстрации проводились дважды в год, под организующим началом единственно возможной коммунистической партии,

¹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 25. Ст. 2485 ; 2018. № 42. Ст. 6381.

имели исключительно лояльную власти природу и выражали гипертрофированную политическую солидарность идеологически единого народа. Представить какие-либо иные митинги и демонстрации, шествия и пикетирование (далее – публичные акции) в режиме законности и конституционного правопорядка было практически невозможно, за крайне редкими исключениями.

Современная Россия не просто признает право граждан на публичные акции. Законодательство о собраниях, митингах и демонстрациях, шествиях и пикетировании стало весьма развитым, что свидетельствует о необходимости разграничения, конституционно-правового и административно-правового регулирования данных общественных отношений. Конституционное право охватывает своим регулятивным воздействием конституционные права и свободы, в том числе право граждан собираться мирно, без оружия, проводить собрания, митинги и демонстрации, шествия и пикетирование. Регулирование, гарантирование, обеспечение, ограничения, защита, реализация данного *субъективного права* и т.п. – предмет конституционного законодательства².

Однако *порядок организации и проведения* публичных акций имеет устойчивую тенденцию к обособлению в административно-правовой институт, основанный на регулировании полномочий и деятельности соответствующих органов исполнительной власти. В их числе, прежде всего, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, полиция и войска национальной гвардии. Публичные акции в силу закона должны представлять собой *организованные мероприятия*, являющиеся объектами *публичного управления* (действующий закон их именуется «публичными мероприятиями»). Это также свидетельствует о наличии важного «административно-правового компонента» в юридической природе конституционного института собраний, митингов и демонстраций, шествий и пикетирования, который стремится к некоторой «юридической экспансии» в сферу государственного и местного управления³.

Существенной задачей правового регулирования публичных акций является выявление и разграничение их основных форм. В силу буквального смысла Конституции РФ таких форм, прежде всего, две: это реализация правомочия «собираться» (мирно, без оружия) и «проводить»

² См.: Полянская И. С. Конституционно-правовое регулирование права граждан Российской Федерации на проведение собраний, митингов и демонстраций, шествий и пикетирования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 8 ; Скуратов Ю. И. Свобода собраний, митингов и демонстраций : теория и практика // Советское государство и право. 1989. № 7. С. 35–42.

³ См.: Ярыгин И. И. Административная ответственность за участие в несанкционированных собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях или пикетировании : проблемы и перспективы // Административное право и процесс. 2015. № 4. С. 84–86 ; Голованев И. В. Правовые основы и организация охраны общественного порядка при проведении собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992. С. 7.

публичные акции (собрания, митинги, демонстрации, шествия, пикетирование). Вторая из выделенных форм включает в себя пять видов (от собраний до пикетирования), предполагая возможность «собираться». Однако правомочие «собираться» не всегда охватывает собой непременно «проведение» собраний, митингов и т. д. *Генеральное правомочие граждан демократического государства на то, чтобы свободно «собираться» без организованного проведения публичных акций*, на наш взгляд, следует из Конституции РФ и не нуждается в административно-правовом регулировании (до тех пор, пока оно не *перерастает в ощутимое по масштабности* собрание, митинг, демонстрацию, шествие или пикетирование, которые преследуют цели выражения и формирования мнений, а также выдвижения требований и выражения гражданского протеста)⁴.

Законодатель выделяет ряд *признаков* собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования, регулируя при этом их статус, чаще всего в целом и «оптом», т. е. без какой-либо административно-правовой дифференциации. Более того, в Федеральном законе «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» имеется *оговорка о допустимости сочетания и комбинирования* указанных форм. Эти аргументы свидетельствуют в пользу того, что законодателю нужно было бы либо вообще отказаться от разграничения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования, либо отдать предпочтение ориентирующему правовому регулированию, которое не имеет правовых последствий.

Однако в некоторых случаях закон демонстрирует противоположный подход. Так, правом на организацию собраний и митингов граждане обладают с 16 лет, правом на организацию других публичных акций – с 18 лет. Следовательно, закон должен содержать ясные и четкие признаки, которые отличают собрания и митинги от других видов публичных акций. При комбинировании собраний и митингов с другими формами должно действовать правило о праве на организацию по достижении совершеннолетия (ст. 60 Конституции РФ). Процедура организации одиночного пикетирования отличается от порядка проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и коллективного пикетирования. Здесь требуется также дифференцированное правовое регулирование.

Имеющиеся в законе признаки собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования, на наш взгляд, не вполне точны и с трудом могут применяться на практике. Собрание и митинг квалифицируются как совместное «присутствие». Но пикетирование – это тоже «присутствие», если его отличать от «передвижения» (демонстрация) или «массового прохождения» (шествие). Признак «передвижения» имеет едва заметные

⁴ См.: Яковенко М. А. Право на проведение собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирований в системе конституционных прав и свобод // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 3. С. 11–16 ; Балтага Д. А. Политические свободы собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций и их реализация в деятельности органов внутренних дел : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1993. С. 8.

отличия от «прохождения». Нельзя разграничивать собрания и митинги по такому признаку, как «специально отведенное, приспособленное» (собрание) или «определенное» (митинг) место проведения. Наконец, все формы публичных акций (собрания, митинги, демонстрации, шествия и пикетирование) способствуют выражению общественных мнений, настроений и привлечению внимания. Подобные цели не следует использовать для юридической дифференциации статуса публичных акций.

В отличие от этого ключевыми признаками, на наш взгляд, должны считаться следующие: проводится ли публичная акция *в помещении или вне помещения*, является ли она *статичной или предполагает движение*, допускает ли возможность *обсуждения* или только выражение мнения, предоставляется ли возможность для выступления *ораторам*, используются ли *средства наглядной агитации, звукоусиливающие устройства и быстровозводимые сборно-разборные конструкции*. На основе этих и ряда других признаков должна осуществляться научная и законодательная дифференциация собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования.

Так, собрание может проводиться в помещении и вне помещения, но обязательно предполагает обсуждение. Митинги в помещениях не проводятся и обсуждения не предполагают. Но для них характерен признак поочередного выступления ораторов, речи которых одобряются или не одобряются массово присутствующими манифестантами. Демонстрации и шествия отличаются друг от друга степенью активности использования плакатов, транспарантов и других средств наглядной агитации (демонстрация – это своего рода «шествие с транспарантами»⁵). Они означают движение по маршруту вне помещений, причем не предоставляют возможностей для выступления ораторов (митинг), тем более, обсуждения чего-либо (собрание). Наконец, пикетирование имеет четкий признак статичности, отсутствия движения. Это особенно важно для квалификации одиночного пикетирования (которое в современной России осуществляется свободно без каких-либо административно-правовых ограничений).

Важной теоретико-методологической предпосылкой административно-правового регулирования организации и проведения публичных акций является выделение следующих субъектов правоотношений, обладающих соответствующими правами и обязанностями: 1) *инициаторы* (граждане, общественные объединения, политические партии, религиозные объединения); 2) *организаторы* и участники, уполномоченные вы-

⁵ Обратим внимание на то, каким образом действующий закон разграничивает демонстрации и шествия: демонстрация представляет собой «передвижение с использованием наглядной агитации» для «организованного публичного выражения общественных настроений», в то время как шествие – это «массовое прохождение по заранее определенному маршруту» для «привлечения внимания к проблемам». Традиционная для 9 Мая акция «Бессмертный полк» представляет собой, очевидно, шествие и не может считаться «демонстрацией». Однако средства наглядной агитации здесь используются весьма активно.

полнять *распорядительные функции*; 3) *иные участники* (не имеющие статуса организаторов или участников с распорядительными функциями); 4) *журналисты*; 5) *органы* исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления и их уполномоченные *представители*; 6) начальники и уполномоченные представители *органов внутренних дел*.

Статус данных субъектов реализуется не только в материально-правовых, но и в административно-процессуальных отношениях. Процедура предполагает ряд *стадий*, включая *обязательные* (инициатива, уведомление, принятие регламента, предварительная агитация, проведение и прекращение акции) и *факультативные* (сбор подписей под резолюциями и требованиями, сбор добровольных пожертвований, приостановление, досрочное прекращение акции) компоненты.

Основной акцент в административно-правовых ограничениях порядка проведения публичных акций состоит в регламентации статуса *организаторов*. Ими не могут быть недееспособные, ограниченно дееспособные лица, а также субъекты, которые подвергались отдельным наказаниям уголовного и административного характера. Несмотря на то что эти ограничения не затрагивают статус потенциальных и реальных участников акций, их следует считать весьма существенными, так как они ограничивают право граждан на публичные акции по смыслу ч. 3 ст. 55 Конституции РФ.

Право на организацию публичной акции не принадлежит гражданам, которые имеют неснятую или непогашенную судимость за преступления против основ конституционного строя, безопасности государства, общественной безопасности и общественного порядка. Это – весьма широкая группа преступлений, которая охватывает не только экстремизм, насильственный захват власти, вооруженный мятеж или терроризм, но и весьма опасные правонарушения (это имманентный признак любого преступления), находящиеся вне конкретной связи с угрозами нарушения законодательства в ходе публичных акций. В их числе, например, преступления против здоровья и общественной нравственности (глава 25 УК РФ), экологические преступления (глава 26 УК РФ), преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта (глава 27 УК РФ), а также преступления в сфере компьютерной информации (глава 28 УК РФ).

В связи с этим примечательны два следующих обстоятельства. Во-первых, Особенная часть уголовного закона содержит такой состав преступления, как «неоднократное нарушение установленного порядка организации или проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия, пикетирования» (ст. 212.1 УК РФ). Во-вторых, ограничения на организацию публичных акций административно-правового характера, в отличие от уголовно-правовых ограничений, практически полностью находятся в надлежащей связи с угрозами нарушений порядка проведения публичных акций (ст. 5.38, 19.3, 20.1–20.3, 20.18, 20.29 КоАП РФ), причем правоограничение начинает свое действие лишь при условии многократности административного проступка.

При подобных обстоятельствах законодатель может выбрать одну из следующих моделей уголовно-правовых ограничений на организацию публичных акций: 1) использование состава «неоднократное нарушение установленного порядка организации или проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия, пикетирования» (ст. 212.1 УК РФ) как единственно возможного; 2) включение лишь некоторых преступлений против основ конституционного строя, безопасности государства, общественной безопасности и общественного порядка, которые непосредственно связаны с угрозами соблюдения законодательства о публичных акциях (по аналогии с КоАП РФ); 3) запрет любому лицу, которое имеет неснятую или непогашенную судимость, выступать в роли организатора публичной акции (неснятая или непогашенная судимость дает достаточные основания для запрета на организацию публичной акции). Каждая из названных моделей правового регулирования имеет право на существование, однако действующая модель, на наш взгляд, вызывает критическую оценку вследствие аргументов, высказанных выше.

Законодательство о публичных акциях многократно проверялось Конституционным Судом РФ на предмет его соответствия Конституции РФ, причем данные правовые позиции характеризуются сравнительно поздним периодом деятельности конституционного правосудия после вступления в силу Конституции РФ 1993 г. Во всяком случае до 2012 г. (т. е. в течение почти 20 лет) Конституционный Суд РФ не выносил каких-либо постановлений, содержание которых было бы связано с организацией собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования.

В 2012 г. перед Конституционным Судом РФ был поставлен вопрос о конституционности привлечения к ответственности организатора публичной акции за то, что в ней приняло участие большее количество граждан, чем указывалось в уведомлении (заявитель из Тулы был оштрафован на одну тысячу рублей за то, что в митинге приняло участие 300 человек вместо заявленных 150). Конституционный Суд РФ установил, что оспариваемая норма соответствует Конституции РФ при определенном истолковании. Организатор должен тщательно подходить к оценке предполагаемого круга участников, так как от этого зависят меры безопасности. Но в то же время в правоприменительной практике следует учитывать, возникло ли превышение числа участников по вине организатора публичной акции, создавало ли это реальную угрозу ущербу имуществу, нарушению общественного порядка и безопасности. Не во всех случаях ответственность должна возлагаться на организатора публичной акции⁶.

⁶ По делу о проверке конституционности положений части 2 статьи 20.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, пункта 3 части 4 статьи 5 и пункта 5 части 3 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина С. А. Каткова : постановление Конституц. Суда РФ от 18 мая 2012 г. № 12-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 22. Ст. 2921.

Конституционным Судом РФ оценивался конфликт законодательства о публичных акциях и молитвенных, религиозных собраний. До обращения заявителей в Конституционный Суд РФ практика судов общей юрисдикции толковала законодательство следующим образом: если молитвенные и религиозные собрания проводятся вне культового здания или сооружения (в данном случае – в арендованном помещении), подлежит применению закон о собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании. В частности, должны уведомляться органы исполнительной власти субъектов РФ или органы местного самоуправления, несанкционированные публичные акции караются административным штрафом. С подобной практикой не согласился уполномоченный по правам человека в РФ, полагая ее чрезмерным вмешательством государства в свободу вероисповедания (акции проводились в закрытых помещениях). Конституционный Суд РФ вынес решение в пользу заявителя⁷.

В 2013 г. в Конституционном Суде РФ оспаривалось законодательство о публичных акциях по восьми пунктам (запрет на организацию публичных мероприятий по административно-деликтным основаниям, право на оповещение участников акций до согласования с властями, обязанность организатора контролировать число участников, гражданско-правовая ответственность организатора за вред, причиненный участниками акции, маскировка коллективного пикетирования под одиночное пикетирование, критерии определения мест для проведения акций, размеры административных штрафов и других административных наказаний за нарушение законодательства о публичных акциях). Ввиду правовых позиций Конституционного Суда РФ некоторые правоограничения были сняты, но в целом Суд поддержал *принцип конституционности усиления режима публичных акций* вследствие оспариваемых изменений в законодательстве⁸.

В 2014 г. Конституционный Суд РФ сформулировал правовую позицию о том, что срок уведомления властей о публичной акции не может быть настолько малым, чтобы приходиться полностью на нерабочие праздничные дни (например, после 1 января). Законодатель не вправе исключать как таковую возможность проведения публичной акции в из-

⁷ По делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 16 Федерального закона «О свободе совести и о религиозных объединениях» и пункта 5 статьи 19 Закона Республики Татарстан «О свободе совести и о религиозных объединениях» в связи с жалобой уполномоченного по правам человека в Российской Федерации : постановление Конституц. Суда РФ от 5 декабря 2012 г. № 30-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 51. Ст. 7324.

⁸ По делу о проверке конституционности Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина Э. В. Савенко : постановление Конституц. Суда РФ от 14 февраля 2013 г. № 4-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 8. Ст. 868.

бранный организатором день при отсутствии веских к тому оснований. Правоограничения не могут превращаться в непреодолимые препятствия⁹.

Рассматривая вопрос об уголовной ответственности за многократное участие в несогласованных митингах, Конституционный Суд РФ установил, что законодатель не вправе чинить скрытые препятствия для реализации свободы мирных собраний, пресекая тем самым непопулярные взгляды и сдерживая критику властей. Однако составы преступлений с административной преюдицией сами по себе допустимы в демократическом обществе, они могут мотивироваться неоднократностью правонарушения¹⁰.

Конституционный Суд РФ установил, что полиция не вправе прекратить законное одиночное пикетирование посредством доставления участника пикета в отделение полиции под предлогом защиты от угрозы его жизни и здоровью, если только угроза жизни и здоровью не была реальной и отсутствовала объективная возможность иными способами ее устранить¹¹.

Конфликт законодательства о статусе депутатов с нормативным регулированием публичных акций был разрешен Конституционным Судом РФ, главным образом, в поддержку административно-правовых ограничений встреч депутатов с избирателями. Суд не принял во внимание аргументацию заявителей о необоснованных ограничениях в системе разделения властей, при которых народным представителям необходимо согласовывать свои политические акции с органами исполнительной власти. Мотивировалось это тем, что неконтролируемое скопление граждан может приводить к возникновению конфликтных ситуаций, что обязывает государственные и муниципальные органы к установлению дополнительных мер охраны правопорядка¹².

⁹ По делу о проверке конституционности части 1 статьи 7 Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в связи с жалобой гражданина А. Н. Якимова : постановление Конституц. Суда РФ от 13 мая 2014 г. № 14-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 21. Ст. 2764.

¹⁰ По делу о проверке конституционности положений статьи 212.1 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданина И. И. Дадина : постановление Конституц. Суда РФ от 10 февраля 2017 г. № 2-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 9. Ст. 1422.

¹¹ По делу о проверке конституционности положения пункта 13 части 1 статьи 13 Федерального закона «О полиции» в связи с жалобой гражданина В. И. Сергиенко : постановление Конституц. Суда РФ от 17 марта 2017 г. № 8-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 13. Ст. 1992.

¹² По делу о проверке конституционности положений Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования законодательства о публичных мероприятиях» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы : постановление Конституц. Суда РФ от 10 ноября 2017 г. № 27-П // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 47. Ст. 7050.

Исходя из изложенной практики российского конституционного правосудия следует вывод, что публичные акции могут быть *лояльными и оппозиционными, организованными и стихийными, заблаговременно планируемыми и спонтанными*. Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» эти виды не разграничивает, однако ему «не под силу» их полное устранение. Объявление каких-либо видов публичных акций вне закона может, конечно, поставить их потенциальных участников под угрозу юридических санкций. Но это не всегда их останавливает. Среднестатистический гражданин, считающий себя законопослушным, полагает себя вполне управомоченным на то, чтобы «выйти на улицу» и, объединившись с «себе подобными», выразить свое мнение, будь оно лояльным или оппозиционным, организованным или стихийным, образовалось в силу заблаговременного плана или совершенно спонтанно.

Суверенитет государства не означает, что гражданам запрещено собираться; государство не обладает монопольным правом на публичные мероприятия. Имеющиеся административно-правовые ограничения режима публичных акций не известны широкой публике и, вероятно, вызвали бы ее серьезное удивление. Важное значение здесь имеет также политический опыт августа 1991 г., в силу которого именно всеобщая публичная акция в Москве (в границах действующего в наше время законодательства – «не вполне законная») помешала самопровозглашенному ГКЧП осуществить государственный переворот, т. е. караемое уголовным законом преступление как в 1991 г., так и в настоящее время. Согласно Конституции РФ именно народ России является единственным субъектом, который характеризуется статусом «носителя суверенитета и единственного источника власти» (ст. 3 Конституции РФ).

Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» имеет в виду, прежде всего, оппозиционные публичные акции. Лояльные акции им не запрещены, но они им, по сути, и не регулируются. В связи с этим возникает ряд непростых коллизионных вопросов (митинги в поддержку победившего на выборах губернатора или мэра, шествие «Бессмертный полк» 9 Мая и т. п.). Закон полностью исключает стихийные и спонтанные публичные акции. Однако «внезапный порыв» народных масс может быть совершенно неподконтрольным вообще никаким силам, включая «организаторов публичного мероприятия», на которых Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» возлагает не только всю полноту ответственности, но и довольно завышенные надежды. Что касается заблаговременности планирования – многие события довольно быстро теряют свою актуальность. Даже в СССР иногда «вспыхивали» спонтанные демонстрации или шествия в поддержку победы отечественной спортивной команды на международных состязаниях. Милиция обычно не оказывала им сопротивления, скорее напротив – поддерживала и, по возможности, организовывала этот процесс в целях обеспечения общественного порядка и безопасности. Действующий Федеральный закон «О

собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях», по существу, признает такие акции нелегальными.

Сказанное позволяет сформулировать вывод о том, что имеющееся правовое регулирование опирается на *презумпцию организованности и заблаговременности планирования оппозиционных власти публичных акций*. Противоположные им виды публичной манифестации законом в расчет не принимаются либо в силу их очевидности (власть не будет противодействовать акциям, которые направлены в ее поддержку), либо противоправности (стихийность и спонтанность в публичных акциях исключается). В этом состоит, с одной стороны, *достоинство* Федерального закона «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (он весьма эффективно регламентирует организованные и заранее запланированные акции публичного протеста против власти, используя преимущественно административно-правовой метод регулирования), а с другой – его *недостаток* (закон не учитывает многообразия общественной жизни и не регулирует ряд фактически используемых форм публичной активности, опираясь на более широкую конституционно-правовую методологию). Полагаем, что эти обстоятельства подлежат учету в процессе дальнейшего совершенствования теории, законодательства и правоприменительной практики нашей страны, особенно в долгосрочной перспективе.

*Санкт-Петербургский университет
МВД России*

Астафичев П. А., доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и международного права

E-mail: pavel-astafichev@rambler.ru

*Saint-Petersburg University of the Russian
Ministry of Internal Affairs*

Astafichev P. A., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Constitutional and International Law Department

E-mail: pavel-astafichev@rambler.ru

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВЫХ ГАРАНТИЙ РАВЕНСТВА ПРАВ КАНДИДАТОВ В РОССИЙСКОМ ИЗБИРАТЕЛЬНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

С. Н. Шевердяев

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: обосновывается ряд предложений по усилению гарантий равноправия кандидатов на выборные должности в российском избирательном законодательстве. Данные предложения направлены на корректировку нормативного содержания принципа равноправия кандидатов, уточнение норм о «предвыборном отпуске», а также совершенствование гарантий противодействия злоупотреблению административным ресурсом. Даются конкретные формулировки текста дополнений к положению главы VI действующего закона об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме 2002 г. № 67-ФЗ, которые могли бы обеспечить движение российского избирательного законодательства и практики на пути решения отмеченной проблемы.

Ключевые слова: принцип равноправия, пассивное избирательное право, равенство прав кандидатов, преимущества должностного или служебного положения, административный ресурс, избирательное законодательство, закон об основных гарантиях избирательных прав.

Abstract: the article substantiates a number of proposals to strengthen guarantees of equality of candidates for elected office in the Russian electoral legislation. In particular, these proposals are aimed at adjusting the normative content of the principle of equality of candidates, clarifying the rules of «pre-election leave», as well as improving the guarantees of combating the abuse of administrative resources. The article also shows possible additions to the Chapter VI of the Law on basic guarantees of electoral rights and the right to participate in the referendum of 2002 No. 67-FZ.

Key words: the principle of equality, passive suffrage, equality of rights of candidates, advantages of official position, administrative resources, electoral legislation, the Law on basic guarantees of electoral rights.

2019. № 3

20

Гарантии равноправия кандидатов на выборные должности признаются одной из важнейших составляющих избирательного права в России. Об этом свидетельствуют отдельные главы в структуре российских избирательных законов, которые посвящены этому вопросу (например, глава VI о статусе кандидатов в действующем законе об основных гарантиях избирательных прав 2002 г.¹) Традиция регулирования равенства прав кандидатов в отдельной главе базового избирательного закона просле-

¹ Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации : федер. закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ (в ред. от 27.12.2018) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 24. Ст. 2253.

живается еще с середины 1990-х гг.² и справедливо сохраняет свою устойчивость.

Более того, в вопросе защиты равенства своих прав кандидаты имеют возможность апеллировать к наиболее авторитетным, конституционным нормам. Так, ч. 2 ст. 19 Конституции РФ устанавливает недопустимость дискриминации в зависимости от «должностного положения», а также от «принадлежности к общественным объединениям»³. Дискриминация именно по этим основаниям является базисом для применения противоправной технологии злоупотребления административным ресурсом, которая признана характерной проблемой укрепления демократических устоев выборного воспроизводства власти в государствах строящейся демократии.

Относительная стабилизация политического режима в России с начала 2000-х гг. и сложившийся стиль тонкого управления корректировками избирательного законодательства к тактическим нуждам каждого очередного федерального избирательного цикла не позволяет в строгом смысле говорить о том, что сегодня осуществляется реформа избирательного законодательства. Однако это не мешает, а, напротив, стимулирует развитие научных позиций в отношении требуемых изменений. Разумеется, это не в последнюю очередь касается и вопроса равенства прав кандидатов в ходе избирательных кампаний, равенства пассивного избирательного права.

Ряд концептуальных предложений по данному профилю проблем уже высказывался в литературе⁴. В настоящей статье с учетом имеющихся реалий излагается более прагматический взгляд на совершенствование избирательного закона в части регулирования статуса кандидатов. Предлагается рассмотреть не концептуальную переоценку подходов к выборам с соответствующим масштабным изменением канвы избирательного законодательства, а, наоборот, заострить внимание на минимальных точечных текстовых изменениях в законе об основных гарантиях избирательных прав 2002 г., которые могли бы принести максимальную пользу в рассматриваемом вопросе на практике. Иными словами, попробуем изложить материал в духе жанра японской поэзии хайку и выразить в минимально возможных текстовых дополнениях к указанному головному избирательному закону максимально важные содержательные идеи, т. е. сказать в как можно меньшем как можно больше.

Глава VI о статусе кандидатов в действующем законе об основных гарантиях избирательных прав 2002 г. начинается со ст. 39, именуемой

² Об основных гарантиях избирательных прав граждан Российской Федерации : федер. закон от 6 декабря 1994 г. № 56-ФЗ (в ред. от 26.11.1996) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 33. Ст. 3406.

³ Запрет дискриминации по этим основаниям является оригинальным наследием российского конституционного опыта в сравнении с аналогичными формулировками крупнейших международных документов о правах человека.

⁴ См.: *Панфилова Е. А., Швердяев С. Н.* Противодействие злоупотреблению административным ресурсом на выборах : проблемы и перспективы. М., 2005.

«Равенство кандидатов». Она довольно компактна и состоит из двух частей, в которых говорится соответственно о равенстве прав и обязанностей кандидатов, за исключением случаев, установленных настоящим законом, а также о лицах, которые вправе выступать от имени кандидатов. Есть некоторые основания полагать, что эта статья воспринимается крайне формально не только во второй, технической части, но и в первой, где ее смысл выхолощен и не достигает сознания практиков. С учетом того что это первая статья главы, следовало бы ее дополнить более содержательными формулировками о принципе равенства кандидатов, которые настраивали бы правоприменение на вполне определенный конструктивный лад. Возможный вариант – дополнение ст. 39 новой частью следующего содержания: *«Кандидаты не могут быть поставлены в неравные условия в ходе выборов. Не допускается создание неравных правовых, организационных и иных условий участия кандидатов в выборах также в период до начала избирательной кампании. Государственные органы и органы местного самоуправления гарантируют всестороннее обеспечение принципа равенства кандидатов».*

Статья 40 закона об основных гарантиях избирательных прав посвящена ограничениям, связанным с должностным или служебным положением. Ее первая часть говорит о субъектах, которые не вправе использовать преимущества своего должностного или служебного положения, ограничивая их круг следующими: «кандидаты, замещающие государственные или выборные муниципальные должности, кандидаты, находящиеся на государственной или муниципальной службе либо являющиеся членами органов управления организаций независимо от формы собственности (в организациях, высшим органом управления которых является собрание, – членами органов, осуществляющих руководство деятельностью этих организаций), за исключением политических партий, а также кандидаты, являющиеся должностными лицами, журналистами, другими творческими работниками организаций, осуществляющих выпуск средств массовой информации». Такая формулировка с очевидностью указывает на наиболее актуальные в практике случаи злоупотребления административным ресурсом со стороны представителей органов власти и руководства организаций. Однако имеется возможность стилистически упростить эту тяжеловесную конструкцию, ликвидировав имеющееся по существу приглашение к злоупотреблению должностным положением неупомянутыми здесь субъектами и сделав запрет абсолютным: *«Никто не вправе использовать преимущества своего должностного или служебного положения с целью оказания воздействия на волеизъявление избирателей».*

Для того чтобы более четко практика воспринимала объективно существующую корреляцию такого поведения с коррупционными прояв-

лениями⁵, известными российскому административному⁶ и уголовному⁷ законодательству, необходимо дополнить закон следующей нормой: *«Использование преимуществ своего должностного или служебного положения в указанных целях как кандидатами, так и лицами, не являющимися кандидатами, признается правонарушением, влекущим установленную законом ответственность»*.

Следует согласиться с высказанной в литературе позицией о том, что для формирования более адекватной практики стоило бы разграничить существенные и несущественные случаи злоупотребления служебным положением, например введя в закон более последовательную диверсификацию ответственности за нарушение в зависимости от однократности или неоднократности его совершения⁸, тем более, что основа для такого подхода уже существует в законе об основных гарантиях избирательных прав⁹ и проработана в судебной практике¹⁰. Включение в закон неких исчерпывающих критериев для этого представляется преждевременным. Однако создать нормативный базис для того, чтобы избирательные ко-

⁵ См.: Противоядие коррупции : конституционно-правовые подходы / под ред. С. А. Авакьяна. М., 2016 ; Швердяев С. Н. Конституционно-правовые подходы к разработке антикоррупционной проблематики : основные маршруты // Сравнительное конституционное обозрение. 2016. № 4.

⁶ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 01.04.2019) // Рос. газета. 2001. 31 дек.

⁷ Часть 2 ст. 141 УК РФ о воспрепятствовании осуществлению избирательных прав или работе избирательных комиссий, совершенном лицом с использованием своего служебного положения (Уголовный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 01.04.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954).

⁸ См.: Шин А. Г. Использование участниками выборов своих должностных преимуществ как самостоятельный конституционно-правовой деликт // Избирательное право. 2011. № 1. С. 26.

⁹ Пункт 5.1 ст. 20 «в случае нарушения кандидатом, избирательным объединением, инициативной группой по проведению референдума настоящего Федерального закона соответствующая комиссия вправе вынести этим кандидату, избирательному объединению, инициативной группе по проведению референдума предупреждение, которое доводится до сведения избирателей, участников референдума через средства массовой информации либо иным способом»; нормы подп. «л» п. 24, подп. «к» п. 25, подп. «г» п. 26 ст. 38, а также подп. «в» п. 7, подп. «в» п. 8 ст. 76.

¹⁰ «Так, Пленум Верховного Суда РФ в п. 36 постановления от 31 марта 2011 г. № 5 «О практике рассмотрения судами дел о защите избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» дал разъяснение, что при решении вопроса о том, является ли использование служебного или должностного положения достаточным основанием для применения судом предусмотренных Законом № 67-ФЗ неблагоприятных последствий, необходимо, в частности, выяснять кратность, характер, содержание, цель совершения этих действий» (Административный ресурс на выборах : практика правовых ограничений. М., 2018. С. 28–29).

миссии и суды сформировали по этому поводу конкретный инструментарий, было бы весьма полезно. В тексте закона это можно было передать таким образом: *«В случае однократного и несущественного использования преимуществ своего должностного или служебного положения соответствующая избирательная комиссия выносит данному лицу предупреждение, которое доводится до сведения избирателей через средства массовой информации либо иным способом. При повторном, неоднократном или грубом использовании преимуществ своего должностного или служебного положения кандидатами, зарегистрированными кандидатами, руководителями, уполномоченными представителями или доверенными лицами избирательного объединения, членами или уполномоченным представителем инициативной группы по проведению референдума избирательной комиссией может быть отказано соответствующим субъектам в регистрации, а произведенная регистрация отменена в установленном настоящим законом порядке»¹¹.*

В оригинальном тексте ч. 1 ст. 40 действующего закона содержится на первый взгляд вызывающее вопросы исключение в запрете использовать преимущества своего должностного положения для членов органов управления политических партий. Поэтому не лишено смысла специальное дополнение на этот счет закона следующим положением: *«Не является использованием преимуществ своего должностного положения профессиональная деятельность членов органов управления политической партии (иного избирательного объединения) для целей своего избрания (или избрания членов этой партии), которые не совмещают эту работу с должностью в органах государственной власти и местного самоуправления или в органах управления организаций независимо от формы собственности».* В последнем случае важно обратить внимание на то, что работа в партийной должности является профессиональной, а не номинальной, и что нет иного места получения дохода у такого лица, где можно было бы прибегнуть к злоупотреблению административным ресурсом. В противном случае на практике могут возникнуть формальные осложнения с привлечением таких лиц к ответственности по этому основанию.

В ч. 2 ст. 40 закона об основных гарантиях избирательных прав 2002 г. регулируется проблема так называемого «предвыборного отпуска». Первое предложение данного пункта гласит: «Зарегистрированные кандидаты, находящиеся на государственной или муниципальной службе либо работающие в организациях, осуществляющих выпуск средств

¹¹ Интересно предложение А. Любарева о том, чтобы распространять санкцию в виде отмены регистрации только «на кандидатов, занимающих государственную или муниципальную должность в органах исполнительной власти либо находящихся на государственной или муниципальной службе (в связи со значительной общественной опасностью таких действий). Для остальных кандидатов указанные нарушения должны повлечь лишь административную ответственность» (Избирательный кодекс Российской Федерации – основа модернизации политической системы России / под ред. А. Е. Любарева. М., 2011. С. 103).

массовой информации, на время их участия в выборах освобождаются от выполнения должностных или служебных обязанностей и представляют в избирательную комиссию заверенные копии соответствующих приказов (распоряжений) не позднее чем через пять дней со дня регистрации».

Представляется, что имеет смысл необходимость ухода государственных и муниципальных служащих в «предвыборный отпуск» привязывать не к дате регистрации, а к дате выдвижения. Свою прочную ассоциацию с выборами служащие обозначают именно с этого момента, и нет оснований не считать проблему злоупотребления административным ресурсом для этой стадии избирательного процесса неактуальной. Однако, вероятно, стоило бы подумать о том, чтобы предусмотреть более строгую модель ограничения участия в выборах представителей власти (исполнительной, судебной, других органов с переходным статусом) в форме «предвыборного карантина» или неизбираемости¹².

Вполне имеет право на существование позиция о том, что перечень лиц, которые обязаны уходить в «предвыборный отпуск» нуждается в расширении. К примеру, возможность использования определенного административного ресурса имеют руководители как бюджетных, так и частных организаций, учреждений и предприятий (руководители вузов, воинских частей, унитарных предприятий и прочих)¹³. Сложно обеспечить равноправие с такими кандидатами их «простых смертных» конкурентов.

Кроме того, следует согласиться с критикой текущей версии основного избирательного закона в том отношении, что он несправедливо исключил «предвыборный отпуск» для лиц, замещающих государственные должности¹⁴. Разумеется, существует ряд государственных должностей, для которых не могут быть предусмотрены заместители на время участия их в выборах. К примеру, Президент РФ, депутаты представительных органов не могут быть обязаны законом покидать свой пост¹⁵. Но ведь эти-

¹² См.: *Шевурдяев С. Н.* Правовые проблемы предвыборного отпуска и института неизбираемости // *Государство и право.* 2015. № 12. С. 55–62.

¹³ «Так, в одном из избирательных споров было установлено, что кандидат, являясь начальником военной кафедры государственной агроинженерной академии, привлекал для сбора подписей в свою поддержку находящихся в его подчинении сотрудников военной кафедры, которые выполняли предвыборные поручения в рабочее время на безвозмездной основе. В другом случае суд выявил факты совершения подобного правонарушения должностными лицами государственного федерального образовательного учреждения, принуждавшими студентов, проходящих практику, собирать подписи в пользу кандидата на выборную должность» (*Шин А. Г.* Указ. соч. С. 25–26).

¹⁴ См.: *Командирова Т. Г., Кузнецова О. В., Немчинов А. Л.* Комментарий к Федеральному закону от 10 января 2003 года № 19-ФЗ «О выборах Президента Российской Федерации» (постатейный). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁵ Такую позицию проявлял Конституционный Суд РФ. Например: «Федеральный законодатель при принятии названных законоположений – с учетом особенностей структуры как законодательных (представительных), так и исполнительных органов власти субъектов Российской Федерации, их места в системе

ми случаями перечень государственных и муниципальных должностей не ограничивается, а в первую очередь именно у данных субъектов есть возможность злоупотреблять властью в своих целях в отличие от рядовых служащих.

Для того чтобы учесть эти моменты, необходимо сделать в ч. 2 ст. 40 соответствующую редакционную корректировку: *«Выдвинутые в качестве кандидатов лица, которые замещают государственные или муниципальные должности либо находятся на государственной или муниципальной службе, либо являются руководителями учреждений или членами органов управления организаций независимо от формы собственности, а также работают в организациях, осуществляющих выпуск средств массовой информации, на время их участия в выборах освобождаются от выполнения должностных или служебных обязанностей и представляют в избирательную комиссию заверенные копии соответствующих приказов (распоряжений) не позднее чем через пять дней со дня выдвижения.*

Данная обязанность не распространяется на Президента Российской Федерации, депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, а также депутатов представительных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований».

В дополнениях нуждается и ч. 5 ст. 40 закона об основных гарантиях избирательных прав, в которой дается перечень проявлений злоупотребления административным ресурсом. Исследования зарубежной и отечественной выборной практики показали, что существующий список крайне узок. Поэтому целесообразно говорить о его изменениях по двум направлениям.

Во-первых, можно было бы дополнить список деяний прочими популярными сюжетами злоупотребления административным ресурсом, о которых свидетельствует российская научная литература¹⁶, сообщается в

разделении властей, особенностей правового статуса высших должностных лиц субъектов Российской Федерации – исходил из того, что, в отличие от временного (на период выборов) освобождения депутатов представительных (законодательных) органов от исполнения своих обязанностей, которое создало бы угрозу стабильности законодательной власти, временное освобождение высшего должностного лица субъекта Российской Федерации от должностных обязанностей компенсируется деятельностью замещающего его лица» (Об отказе в принятии к рассмотрению запросов губернатора Вологодской области, губернатора Ленинградской области, правительства Мурманской области и обращения политсовета Мурманского регионального отделения политической партии «Единая Россия» о проверке конституционности пункта 2 статьи 40 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» и пункта 2 статьи 49 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»: определение Конституц. Суда РФ от 25 декабря 2003 г. № 457-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 3).

¹⁶ См., например: Бузин А. Ю. Административные избирательные технологии и борьба с ними. М., 2007.

рекомендациях авторитетных международных организаций (например, ГРЕКО¹⁷), в докладах Венецианской комиссии¹⁸, в решениях Европейского суда по правам человека¹⁹ и т. д.

В частности, в дополнение к ч. 5 ст. 40 можно предусмотреть, что «под использованием преимуществ должностного или служебного положения в настоящем федеральном законе понимается также:

«и) формирование должностными лицами организаций, осуществляющих выпуск средств массовой информации, в период избирательной кампании такой системы информирования избирателей о выборах, которая предоставляет существенные преимущества лицам, выдвинутым в качестве кандидатов, а также оказание должностными лицами прямого или косвенного давления в указанных целях на руководителей и сотрудников организаций, осуществляющих выпуск средств массовой информации. При распространении в ходе информирования избирателей о выборах средствами массовой информации сведений об отдельных выдвинутых кандидатах и их деятельности такие сведения должны сопровождаться указанием на то, что данное лицо участвует в соответствующей избирательной кампании в качестве кандидата;

к) принятие должностными лицами предвзятых или недостаточно мотивированных решений либо совершение действий, затрудняющих для отдельных кандидатов, их представителей и доверенных лиц осуществление законной деятельности по проведению избирательной кампании, которые обеспечивают преимущества другим кандидатам, а также иные проявления явного фаворитизма в отношении отдельных кандидатов;

л) принятие должностными лицами решений о денежных выплатах гражданам, предоставлении льгот, о замораживании повышения цен, тарифов и иных обязательных платежей, о завершении строительства объектов социальной инфраструктуры, если они имеют целью

¹⁷ О необходимости совершенствования законодательства и практики противодействия злоупотребления административным ресурсом ГРЕКО многократно высказывалась в ходе нескольких оценочных раундов. См., например, Третий раунд оценки. GrecoRC3(2018)5. Дополнение ко Второму отчету о выполнении рекомендаций Российской Федерацией. «Криминализация преступных деяний (ETS 173 и 191, GPC 2)». «Прозрачность финансирования партий». Принято ГРЕКО на 79-м пленарном заседании (Страсбург, 19–23 марта 2018 г.). Принято: 23 марта 2018 г. Опубликовано: 25 июня 2018 г. Пункт 44. URL: https://genproc.gov.ru/anticor/international-cooperation/greco/greco2018_2.pdf

¹⁸ См., например: Доклад о злоупотреблении административным ресурсом в ходе избирательных процессов (CDL-AD(2013)033). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)033-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)033-rus)

¹⁹ Постановление ЕСПЧ от 01.07.1997 «Гитонас (Gitonas) и другие против Греции» (жалобы № 18747/91, 19376/92 и 19379/92) // Европейский суд по правам человека. Избранные решения. М., 2000. Т. 2. С. 455–460 ; Постановление ЕСПЧ от 19.07.2007 «Дело “Краснов и Скуратов” (Krasnov and Skuratov) против Российской Федерации» (жалобы № 17864/04 и 21396/04) // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2008. № 4. С. 115–132 ; и др.

обеспечение агитационных преимуществ в ходе избирательной кампании для принимающего такие решения лица или поддерживаемого им кандидата или избирательного объединения».

Во-вторых, закрытость перечня случаев, под которыми понимается использование преимуществ должностного или служебного положения сковывает развитие судебной практики в части защиты прав кандидатов, причем как тех, против которых этот административный ресурс применяется, так и тех, которые незаслуженно обвиняются в его применении. Невозможно описать весь богатый репертуар административных технологий, с учетом того, что они постоянно совершенствуются. В связи с этим целесообразно указанный перечень завершить следующим пунктом: *«м) под использованием преимуществ должностного или служебного положения понимаются иные решения и действия должностных лиц, основанные на использовании возможностей публичного статуса для оказания односторонних предпочтений в отношении отдельных кандидатов (избирательных объединений) вопреки принципу равенства».*

Закон об основных гарантиях избирательных прав 2002 г. обходит стороной вопрос об организации специального контроля и надзора за соблюдением принципа равенства кандидатов и недопустимостью использования преимуществ должностного или служебного положения. Этот пробел можно было бы предложить восполнить дополнением закона отдельной статьей в этой главе или новыми частями ст. 40. При этом целесообразно предложить несколько эффективных направлений такого рода работы, во-первых, предусмотрев общую норму о возможности вовлеченных в избирательный процесс субъектов осуществлять инициативный контроль соблюдения принципа равенства; во-вторых, дав возможность Центризбиркому РФ формировать официальную позицию в понимании нюансов правовых предписаний для корректировки перекосов на практике; в-третьих, подключив прокуратуру к надзору за законностью в этом важнейшем вопросе формирования прочных выборных институтов.

Текст такого нововведения мог бы выглядеть следующим образом:

«Избирательные комиссии в сотрудничестве с политическими партиями, средствами массовой информации, общественными объединениями и гражданами обеспечивают постоянный мониторинг условий и обстоятельств, препятствующих реализации принципа равенства кандидатов.

Центральная избирательная комиссия Российской Федерации регулярно обобщает практику нарушений запрета использования преимуществ должностного или служебного положения в ходе выборов и не реже одного раза в два года обнародует соответствующие обзоры практики, а также совершенствует перечни типичных случаев таких нарушений.

Органы прокуратуры Российской Федерации осуществляют надзор за соблюдением требований законодательства о равенстве кандида-

тов. Генеральный прокурор Российской Федерации обеспечивает регулярную подготовку и опубликование докладов о нарушениях принципа равенства кандидатов, выявленных в ходе выборов, а также об оценке равенства условий участия в выборах, имеющих в период до начала соответствующих избирательных кампаний».

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Шеввердяев С. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права, директор Научно-образовательного центра конституционализма и местного самоуправления

E-mail: tutorconst@yandex.ru

Moscow State University named after M. V. Lomonosov

Sheverdyayev S. N., Candate of Legal Sciences, Associate Professor of the Constitutional and Municipal Law Department, Director of the Scientific and Educational Center of Constitutionalism and Local Self-government

E-mail: tutorconst@yandex.ru

**ДЕЛЕГИТИМАЦИЯ ПРАВА:
ПРИЧИНЫ И СПОСОБЫ ПРЕДОТВРАЩЕНИЯ***

В. В. Денисенко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: *раскрывается категория «делегитимация права», показана его роль в правовом регулировании в условиях социального государства и нормативного перепроизводства. Проводится анализ различных точек зрения на процесс легитимации и делегитимации в частном и публичном праве.*

Ключевые слова: *легитимность права, законность и правопорядок, социальное государство, эксплицитная легитимность, юридикация общества, эффективность правового регулирования, правовые нормы, реализация права, демократия участия, медиация, консенсус.*

Abstract: *the category «delegitimization of the right» is revealed, its role in legal regulation in the conditions of the social state and normative overproduction is revealed. The author analyzes different points of view on the process of legitimation and delegitimization in private and public law.*

Key words: *legitimacy of law, legality and law and order, social state, explicit legitimacy, legal system of society, effectiveness of legal regulation, legal norms, realization of law, democracy of participation, mediation, consensus.*

Одной из важнейших по степени актуальности тем отечественной юридической науки является тема эффективности закона и подзаконных актов. Важнейшим фактором, обеспечивающим эффективность закона, является признание правовых институтов гражданами, т. е. феномен легитимности. Для того чтобы обеспечить процесс эффективности правотворчества и правоприменения, необходимо, на наш взгляд, доктринальное уяснение процесса, как нормы становятся легитимными, т. е. процесса легитимации, и какие причины приводят к снижению этого качества, т. е. процесс делегитимации. По нашему авторскому определению, легитимация – это процесс обретения правом легитимности, представляет собой институционализацию социального взаимодействия, жизненно важного, осмысленного и желательного для участвующих в нем лиц. Следует пояснить, что институционализация предполагает формирование структур и правил, опосредующих то или иное взаимодействие субъектов правовых отношений. Первым на доктринальном уровне процесс легитимации норм права стал анализировать М. Вебер, который рассматривал процесс возникновения правовых норм следующим обра-

* Публикация подготовлена в рамках поддержанного РФФИ научного проекта № 18-011-001777 «Дискурсивная легитимация права : речевой акт как форма с нормативным содержанием».

зом: «...1) сначала чисто фактические привычки в результате выработки психологических установок начинают восприниматься как обязательные; 2) по мере осознания распространенности этих привычек их начинают понимать как точки согласия и вкладывать в сознание других как полусознательное или просто сознательное ожидание поведения, которое в связи с этим воспринимается как осмысленное; 3) они получают гарантии аппарата принуждения, что отличает их просто от конвенции»¹. М. Вебер задавался вопросом: «...каким образом вообще в этой косной массе канонизированных привычек, которые происходят из самих себя и воспринимаются как обязательные, может возникнуть что-то новое?»². Ученый был не согласен с исторической школой права и ее идеей развития народного духа, по мнению М. Вебера, новое «...возникает благодаря изменениям внешних условий существования, которые влекут трансформацию эмпирически значимых моментов общего согласия»³.

По нашему мнению, процесс легитимации права условно можно объединить в три стадии. На *первой стадии* возникает приемлемость стихийно возникшего поведения (образа действия), обнаруживается на уровне межличностных отношений и поддерживается благодаря такому чисто психологическому фактору, как доверие, при этом она (приемлемость) может быть не зафиксирована. На *второй стадии* происходит фиксация модели поведения в юридических текстах. Это происходит, когда поведение, благодаря его непрерывному воспроизводству, выходит за пределы персональных связей в публичную сферу. Фиксацией в юридических текстах данная модель приобретает и объективированное содержание, и поддержку со стороны определенного авторитета (политического суверена, коммуникативного сообщества и пр.). На этой стадии межличностное доверие продолжает оставаться желательным фактором при выстраивании субъектом линии поведения, но социально важным становится именно наличие внешнего авторитета, поскольку модель начинает затрагивать и тех субъектов, которые не находились в личной связи с лицами, следующими этой линии поведения (и поэтому, естественно, могут соответствовать другим моделям). Как следствие, требуется внешняя инстанция, способная устранять или предотвращать возможные противоречия и столкновения. *Третья стадия* завершает процесс легитимации. Она представляет собой полноценное включение правового предписания в коммуникацию, протекающую между субъектами. Но если ранее они рассматривали себя и других лишь в качестве адресатов данного предписания, т. е. в сознании могла присутствовать ответственность за исполнение правила, но не за его содержание, то на этой стадии субъект воспринимает право не как продолжение принуждающей власти, а как объективированную форму своего бытия в обществе, бытия-с-другими, бытия в качестве коммуницирующего разума. Полноценная легитима-

¹ Хозяйство и общество : очерки понимающей социологии : в 4 т. М., 2018. Т. 3: Право / под общ. ред. Л. Г. Ионина. С. 122.

² Там же. С. 122.

³ Там же. С. 123.

ция права означает возможность субъекта разумно и добровольно реализовать свои интересы и потребности, сохраняя личный суверенитет и признавая его за иными коммуникантами, оставаясь в пределах правовой формы, но без ссылки на авторитет публичной власти (находясь при этом в ответственном диалоге с ней). Иными словами, речь идет о личной ответственности за соблюдение не только правового предписания, но и за его содержание. В том случае, когда данная ответственность подкреплена институционально (т. е. субъект может выразить ее и довести до практического воплощения в тех или иных действиях), право можно считать полностью легитимным, адекватным запросам гражданского общества. Автор данной статьи глубоко убежден, что процесс легитимации права предполагает наличие двух аспектов: *имплицитной легитимности*, т. е. признание равной правосубъектности в правовой системе за гражданами, и *эксплицитной легитимности*, под которой понимается признание правового текста. Легитимация права в современной отечественной правовой системе должна предполагать достижение единства между имплицитной и эксплицитной легитимностью.

В случае отсутствия имплицитной легитимности в правовой системе неизбежен процесс делегитимации права, когда позитивное право теряет свой авторитет (легитимность) и вследствие этого теряет свою эффективность в правовых отношениях. Типичный случай делегитимации имеет место при исчезновении взаимного признания относительно данного правила поведения с одновременным сохранением его существования на уровне закона или иного нормативного правового акта. В этом случае спрос на право (потребность в обращении к правовой форме для реализации законного интереса) падает, а на неформальные институты и практику возрастает, поскольку социализация (равно как удовлетворение какой-либо партикулярной человеческой потребности) не может обходиться без признания субъектами друг друга как реально действующих лиц. Если проблема низкого спроса на право не осознается законодателем должным образом, все попытки вернуть правому регулированию эффективность сводятся к производству избыточных нормативных правовых актов. Это влечет за собой невозможность правильного и полного понимания смысла законодательства, всеобщее отчуждение от права, нигилистическое к нему отношение. Таким образом, делегитимация права, не распознанная в качестве таковой (эпистемическая проблема), приводит к затяжному политико-правовому кризису (социально-идеологическая проблема). Социальный порядок в ситуации такого кризиса поддерживается только внутренними усилиями одних личностей и конформным поведением других, являясь поэтому весьма нестабильным. Делегитимированное право является правом только номинально, но не по содержанию.

Философское обоснование необходимости имплицитной легитимности наряду с легитимностью правовых текстов следует раскрывать с позиции концепции взаимного признания, которая была разработана одним из известнейших современных социальных философов Акселем

Хоннетом. Немецкий ученый в рамках своей концепции исследует проблемы признания порядка и пренебрежения им. В работе «Борьба за признание. Моральная грамматика социальных конфликтов» он дает понимание признанию как «многослойное измерение, которое присуще любым межсубъектным взаимоотношениям и одновременно оформляет их нормативно»⁴. По мнению А. Хоннета, общество существует как общность именно благодаря взаимному признанию. В обществе, по его мнению, существуют три сферы взаимного признания: эмоциональное, правовое и социальное. Особенность сферы правового признания в том, что здесь субъект не ограничен дружбой или любовью, как в эмоциональной сфере. Взаимное признание в правовой сфере проявляется в том, что «субъект признает нормы общества путем интернализации генерализованного Другого, который постоянно напоминает субъекту о его обязанностях по отношению к другим. В то же время со стороны других членов общества данный субъект может признаваться носителем индивидуальных неотъемлемых прав. Подчиняясь одному закону, субъекты, по словам А. Хоннета, признают друг друга лицами, способными в своей автономии рационально относиться к моральным нормам»⁵.

В обществе, пишет А. Хоннет, есть три ступени взаимного признания: любовь, право и солидарность. Эти отношения содержатся в институтах семьи, гражданского общества и солидаристской социальной общности. Соответственно философ выделяет три типа пренебрежения: изнасилование, лишение прав, или исключение (ценз оседлости, лишение избирательных прав и т. д.). Истоки позитивного права А. Хоннет находит в преступлении, т. е. действии, которое перечеркивает взаимное признание. Преступление заставляет субъектов понять, что эти отношения, во-первых, уже были прежде; во-вторых, были нарушены; и наконец, в третьих, требуют восстановления, для того чтобы сохранить взаимным признанием созданную идентичность и общество⁶. Таким образом, основой любой совместной жизни людей (эту идею Хоннет берет из творчества Гегеля) является взаимное признание субъектов. Мотивом же преступления является пренебрежение к этому признанию. Причем наказание за преступление часто ведет к накоплению пренебрежения и поэтому общественное напряжение вследствие наказания может лишь усиливаться. Процесс накопления пренебрежения в конечном счете приводит к институционализации самих протестных сообществ. Как указывает отечественный философ А. Э. Савин: «...одна из основных заслуг А. Хоннета состоит в том, что он, поставив акцент на формах пренебрежения и детально их проанализировав, создал условия возможности для выявления логики легитимации сопротивления (в том числе логики образования норм и

⁴ Цит. по: Ушанова И. А. Философские аспекты взаимного признания (обзор современных немецких исследований). URL: <http://www.rsk-k.ru/ushanova.pdf>

⁵ Там же.

⁶ См.: Савин А. Э. Генезис нормативного социального порядка как философская проблема // Мир человека : нормативное измерение-3. Рациональность и легитимность : сб. трудов Междунар. науч. конф. Саратов, 2013. С. 130.

квазиправовой легитимации преступных групп)»⁷. Вообще, проблема признания – это важнейший аспект легитимации и делигитимации права.

Обеспечение необходимого уровня легитимации права связано с обеспечением взаимного признания в правовой системе как на уровне правотворчества, так и на уровне правоприменения. На уровне правотворчества обеспечение взаимного признания и имплицитной легитимности происходит через институты делиберативной демократии. Латинский термин «*deliberatio*» означает «обсуждать», «размышлять», «советоваться», «взвешивать за и против», «проводить консультации». Данный тип демократии заключается в участии граждан-непрофессионалов в принятии правотворческих решений. Аргументация данной процедуры в рамках концепции немецкого ученого А. Хоннета заключается в том, что делегировать полностью права в области правотворчества парламенту означает пренебрежение субъектом и исключение его из круга признания. Делиберативная модель демократии стала популярной в начале 90-х гг. Современный английский ученый У. Кимлика указывает, что в настоящее время происходит сдвиг «...от «голосцентричных» к «диалогоцентричным» теориям демократии»⁸. Довольно долгое время демократия понималась как голосование, но, как пишет У. Кимлика, такая концепция демократии «не может соответствовать нормам демократической легитимности»⁹. Причина такого мнения заключается в том, что политические предпочтения понимаются как сформированные независимо от политического процесса, и до него эта концепция не дает гражданам возможности убедить других в достоинствах своих взглядов или легитимности своих притязаний. Аналогичным образом она не дает гражданам возможности отличать требования, основанные на эгоизме, предрассудках, невежестве или сиюминутных капризах, от тех, которые основаны на принципах справедливости или фундаментальных потребностях. Фактически отсутствует публичное измерение этого процесса. Вследствие этого результаты агрегирующей модели имеют только слабый оттенок, она обеспечивает механизм для определения победителей и проигравших, но никакого механизма для достижения консенсуса или формирования общественного мнения, или даже для формирования достойного компромисса.

На уровне правоприменения обеспечение взаимного признания происходит через процедуры медиации как в публичном, так и в частном праве. Медиация в буквальном смысле слова означает «посредничество», идет от латинского слова «*mediare*», т. е. посредничать. Медиация – это процедуры, необходимые для обеспечения равенства в правовой системе, условие обеспечения легитимности права в российском обществе. В отечественном праве можно рассматривать медиацию как межотраслевой институт, который включает в себя как процедуры гражданского процес-

⁷ Савин А. Э. Указ. соч. С. 131.

⁸ Современная политическая философия : введение / пер. с англ. С. Моисеева. М., 2010. С. 370–371.

⁹ Там же. С. 370.

са, так и восстановительное правосудие уголовно-процессуального права. Обоснование медиации с позиции современных теорий права позволяет анализировать этот правовой межотраслевой институт не как случайное или чуждое заимствование из иностранного права, а как неизбежный результат развития современного общества и государства, как реализацию потребности личности в правовой системе. Теория права, которая способна объяснить природу медиации, ее необходимость и значение, должна быть способной объяснить потребность современной правовой системы в участии и дискурсах равных юридически граждан. Поэтому проблема отечественных теоретиков права, заключающаяся в неспособности обосновать актуальные проблемы медиации на уровне общей теории права, связана с юридическим позитивизмом и этатизмом. Так как медиация – это равенство граждан и их демократическое участие в применении права, то и теория права, объясняющая современную действительность, связанную с медиацией, может быть лишь антипозитивистской. Таким образом, лишь основанная на признании формального равенства и потребности в обществе на участие граждан в праве юридическая теория способна объяснить развитие консенсуальных процедур. В зарубежной философии права юридическое равенство и необходимость в современный исторический период консенсуальных процедур обосновано в коммуникативной теории Ю. Хабермаса. В отечественной теории права это идеи коммуникативной и либертарной теорий права – та методологическая база, необходимая для понимания природы консенсуальных процедур в отечественном судопроизводстве.

Таковы основные положения нашего подхода к проблеме делегитимации, которые связаны с необходимостью понимания единства легитимации правовых текстов и легитимации имплицитной, т. е. легитимации взаимного признания носителей субъективных прав.

Воронежский государственный университет

*Денисенко В. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения
E-mail: vsu_vlad@mail.ru*

Voronezh State University

*Denisenko V. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory of State and Law, International Law and Comparative Law Department
E-mail: vsu_vlad@mail.ru*

СПРАВЕДЛИВОСТЬ, ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В ТЕОРИИ И ПРАКТИКЕ

И. В. Чечельницкий

Аппарат уполномоченного по правам человека в РФ

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: об актуальности проблем обеспечения справедливости говорят результаты новейших социологических исследований, которые указывают на резкое увеличение запроса на справедливость и наметившуюся тенденцию к пониманию гражданами справедливости в контексте защиты прав человека. Целью статьи стало выявление тенденций развития и взаимосвязи между категориями справедливости, правами человека и верховенства права. На примере деятельности уполномоченного по правам человека в РФ по защите прав человека в области уголовного процесса раскрываются подходы к пониманию категорий справедливости, прав человека и верховенства права в практической деятельности. По результатам анализа правоприменительной практики и эмпирических данных обосновываются предложения о необходимости совершенствования порядка заключения под стражу, применения «зачета» времени содержания под стражей в срок отбывания наказания по приговору суда; «особого порядка» рассмотрения дел в суде и введении института уголовного проступка.

Ключевые слова: справедливость, права человека, верховенство права, уполномоченный по правам человека в РФ, содержание под стражей, зачет времени содержания под стражей.

Abstract: the relevance of the problems of ensuring justice is indicated by the results of the latest sociological research, which indicate a sharp increase in the demand for justice and the emerging tendency for citizens to understand justice in the context of the protection of human rights. The purpose of the article was to identify trends and the relationship between categories of justice, human rights and the rule of law. Differences in the perception of the categories of justice, human rights and the rule of law in practice are disclosed through the activities of the High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation for the protection of human rights in criminal proceedings. The need to improve the detention procedures, the application of crediting the remand time to the time of the sentence imposed by the court, “special procedure” for trials, and the establishment of the institution of criminal act is justified following the analysis of the enforcement practice and empirical evidence.

Key words: justice, human rights, the rule of law, the High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation, detention, credit of the remand time.

Результаты новейших социологических исследований демонстрируют значительный разрыв между высокими принципами верховенства права и прав человека, закрепленными в действующем законодательстве, и правоприменительной практикой, социальным устройством, что вызыва-

ет у людей обоснованное чувство несправедливости и отторжения правовой действительности.

Так, по данным социологического опроса ФОМ, проведенного в 2018 г., 65 % опрошенных полагают, что современное российское общество устроено несправедливо (в 2017 г. – 61 %). При этом 27 % респондентов отметили, что в последние три-четыре года российское общество стало менее справедливым (в 2017 г. такой позиции придерживались всего 18 %). На первое место среди причин роста несправедливости граждане поставили снижение уровня жизни, уменьшение заботы о людях, возросшее расслоение общества. Интересно, что значительная часть опрошенных полагала: для того чтобы российское общество стало более справедливым, необходимо отстаивать свои права¹.

Другое социологическое исследование, проведенное Институтом социологии РАН в 2018 г., также показало, что в обществе значительно вырос запрос на справедливость (с 47 % опрошенных в 2014 г. до 59 % в 2018 г.). При этом под справедливостью понимается не «уравниловка», а равенство возможностей для самореализации, равенство всех перед законом. Интересно, что второй по значимости ценностью после справедливости впервые за четыре года стали «права человека, демократия, свобода самовыражения личности» (рост с 27 % в 2014 г. до 37 % в 2018 г.)².

Рост запроса на справедливость подтверждают и социологические изыскания, проведенные группой экспертов во главе с М. Э. Дмитриевым на основе опросов фокус-групп представителей городского населения, по результатам которых сделан вывод, что большинство опрошенных (81 %) считают, что равенство перед законом важнее для страны, чем справедливое распределение благ (19 %)³.

Анализ результатов социологических исследований позволяет выявить тенденцию, связанную с ростом актуальности идеи справедливости в российском обществе, поиском взаимосвязи справедливости и прав человека, смещением акцентов от уравнилительной справедливости в пользу равенства возможностей и равноправия граждан, равенства перед законом и судом. Таким образом, граждане России во многом связывают надежды на справедливость с реальным обеспечением и защитой их прав и свобод.

Очевидно, что сегодня обеспечение справедливости общественного устройства выступает главным условием силы, стабильности и благосостояния государства. Президент РФ В. В. Путин в своем Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 20 февраля 2019 г. отметил, что решать масштабные задачи, выстроить модель социального, экономи-

¹ О справедливости. ФОМ. 5 сентября 2018 г. URL: <https://fom.ru/posts/14099> (дата обращения: 17.02.2019).

² Благополучие дороже величия. Институт социологии РАН зафиксировал перемену настроений у россиян. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3792003> (дата обращения: 23.02.2019).

³ Чем опасна ловушка неравенства. URL: <https://www.vedomosti.ru/opinion/articles/2019/01/16/791629-lovushka-neravenstva> (дата обращения: 03.03.2019).

ческого развития, которая позволит обеспечить наилучшие условия для самореализации человека, а значит, дать достойные ответы на вызовы стремительно меняющегося мира, сохранить Россию как цивилизацию, основанную на собственной идентичности, на многовековых традициях, на культуре народов, наших ценностях, можно только тогда, когда есть справедливость и широкое пространство для свободы и равных возможностей⁴.

Аксиологическая сущность справедливости неизменна с древнейших времен: «платить за добро добром и справедливостью за зло»⁵. Вместе с тем не существует совершенно справедливого государства и общества; о справедливости социального устройства или правовой системы можно говорить с определенной долей относительности исходя из конкретного социального контекста и представлений о справедливости, сложившихся в обществе на определенном этапе его развития. По всей видимости, правы ученые, которые утверждают, что «те же самые сомнения, которые не позволяют прийти к согласию в отношении блага, делают невозможными и согласие относительно теории справедливости»⁶, поэтому фундаментальные теории справедливости⁷, предложенные Дж. Ролзом и другими, пока не нашли единогласной поддержки и реализации в общественной жизни. Но если мы пока не можем построить абсолютно справедливое общество, это совершенно не значит, что не следует принимать меры, чтобы сделать наше социальное устройство и правовую систему более справедливыми. Этот тезис подтверждается всем ходом человеческой истории, ведь «парижане не пошли бы на штурм Бастилии, Ганди не бросил бы вызов империи, над которой никогда не садилось солнце, Мартин Лютер Кинг не стал бы бороться с засильем белых в «стране свободы и обители смелости», если бы все они так или иначе не ощущали явную несправедливость, которую можно искоренить. Они не пытались достичь совершенно справедливого общества, они желали по возможности устранить очевидные несправедливости»⁸.

В этом смысле с практической точки зрения представляется важным не построение идеальной модели абсолютно справедливого государственного устройства или идеальных правовых норм, а возможность гражданского общества свободно реагировать на возникающие проявления несправедливости, ставить перед государством актуальные вопросы совершенствования законодательства и правоприменительной практики и готовность государственных органов реагировать на сигналы правоза-

⁴ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию. 20 февраля 2019 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/59863#sel=128:6:eZ9,128:44:gos> (дата обращения: 03.03.2019).

⁵ *Переломов Л. С.* Конфуций : жизнь, учение, судьба. URL: <http://tululu.org/b53830/> (дата обращения: 03.03.2019).

⁶ *Познер Р. А.* Рубежи теории права. М., 2017. С. 27.

⁷ См.: *Ролз Дж.* Теория справедливости. М., 2010.

⁸ *Сен А.* Идея справедливости. М., 2016. С. 11.

щитного сообщества, оперативно устранять выявленные недостатки правового регулирования, обеспечивая подлинное верховенство права.

За всю историю развития человечества философская и юридическая науки не смогли выработать четкого определения принципа справедливости, поскольку справедливость – это идея-мечта, представляющая собой высший нравственный идеал общественного устройства, построения права и государства на основе требований соразмерности деяния и воздаяния, вклада и вознаграждения, прав и обязанностей, полномочий и ответственности, интересов личности, общества и государства⁹. Эволюция человеческой цивилизации связана с трансформацией требований справедливости, однако всегда в ее основе лежали представления общества о добре и зле, баланс интересов и ценностей. Современные представления неразрывно связывают идею справедливости с концепцией прав человека, признанием высшей ценности человеческой жизни и верховенством права. Концепции прав человека и верховенства права выступают правовым выражением нравственной по своему значению категории справедливости. Посредством признания и гарантирования высшей ценности прав человека как основы действующего правопорядка требования справедливости пронизывают правовую матрицу и отражаются в социальных институтах.

Верховенство права теснейшим образом связано с идеей правовой справедливости, выражающейся в осознании необходимости борьбы за справедливые законы, равные права и свободы для всех без исключения, которая послужила катализатором признания, законодательного закрепления и защиты личных и политических прав человека и гражданина.

Синтез идеи справедливого государственного устройства и теории прав человека позволил сформулировать концепцию верховенства права и справедливости над государством и законом, необходимости обязательного соответствия принимаемых законодательных актов морально-нравственным требованиям справедливости.

Признание принципа верховенства права в качестве основы современного правового государства предполагает требование к нормативным правовым актам и правоприменительной практике не просто отвечать признакам нормативности и соответствовать букве закона, а находиться в гармонии с требованиями справедливости и идеей высшей ценности прав человека, отвечать духу права¹⁰. Верховенство права предполагает как справедливое применение правовых норм и отражение требова-

⁹ См.: *Сэндел М.* Справедливость. Как поступать правильно? М., 2013. С. 31 ; *Москалькова Т. Н.* Нравственные основы уголовного процесса : стадия предварительного расследования : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 94 ; *Экимов А. И.* Справедливость и социалистическое право. Л., 1980. С. 49 ; *Мальцев Г. В.* Социальная справедливость и право. М., 1977. С. 186.

¹⁰ См.: *Комарова Т. А.* Верховенство права, разумность и справедливость как основные начала системы пересмотра судебных актов в гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2017. URL: <https://dlib.rsl.ru/viewer/01008704771#?page=3> (дата обращения: 03.03.2019).

ний справедливости в правотворческой деятельности, так и реализацию в праве идей защиты человеческого достоинства и уважения прав личности¹¹.

В правовой системе современной России концепция верховенства права, прав человека, требования справедливости возведены на уровень правовой парадигмы, которая отражена во всех основных нормативных правовых актах. Проблемы обеспечения правовой справедливости и верховенства права как обязательных требований современного правового государства напрямую связаны с эффективным обеспечением и защитой прав и свобод человека и гражданина. В нашей стране существует комплексная система государственной защиты прав и свобод человека и гражданина, центральное место в которой занимают Президент РФ, прокуратура, судебные и правоохранительные органы. Кроме того, за последние годы сформировалась достаточно эффективная система общественной правозащиты – ключевого элемента гражданского общества. В первую очередь это Совет при Президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека¹² и ведущие правозащитные НКО¹³.

Кроме того, как и в большинстве демократических государств, следующих Парижским принципам ООН¹⁴, создан уникальный по своему функционалу и правовой природе институт уполномоченного по правам человека в РФ (далее – Уполномоченный), который в силу своей независимости от иных органов государственной власти, отсутствия корпоративности, широчайших полномочий способен выступать эффективным дополнительным средством государственной правозащиты и «мостиком» между гражданским обществом и государством¹⁵.

Несмотря на значительные результаты в области защиты прав человека, которых удалось добиться за последние годы, социологические

¹¹ См. подробнее: *Алалыев Р. М.* Формальные подходы к концепции верховенства права в США // Ученые труды академии адвокатуры и нотариата. 2018. № 3. С. 46–49.

¹² Совет при Президенте Российской Федерации по развитию гражданского общества и правам человека. URL: <http://president-sovet.ru/> (дата обращения: 01.03.2019).

¹³ См.: Московская Хельсинкская группа. URL: <https://www.mhg.ru/> (дата обращения: 03.03.2019) ; Общероссийское общественное движение «За права человека». URL: <http://www.zaprava.ru/> (дата обращения: 03.03.2019) ; Межрегиональная общественная правозащитная организация «Комитет за гражданские права». URL: <http://zagr.org/> (дата обращения: 03.03.2019) ; Комитет «Гражданское содействие». URL: <https://refugee.ru/> (дата обращения: 03.03.2019) ; и др.

¹⁴ Принципы, касающиеся статуса национальных учреждений, занимающихся поощрением и защитой прав человека [Парижские принципы]. Приложение к резолюции 48/134 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 декабря 1993 г. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/paris.shtml (дата обращения: 29.01.2019).

¹⁵ См. подробнее: *Москалькова Т. Н.* Институт уполномоченных по правам человека в государственном механизме России // Административное право и процесс. 2018. № 12. С. 52–59.

исследования и результаты анализа обращений граждан, поступающих к Уполномоченному, показывают, что в настоящее время сохраняются резервы для совершенствования законодательства и правоприменительной практики на пути к обеспечению справедливости, верховенству права и защите прав человека.

Так, международные исследования свидетельствуют о том, что в рейтинге верховенства права Россия, к сожалению, продолжает оставаться в конце списка рядом с Филиппинами и Эквадором¹⁶, а результаты социологических исследований ФОМ, проведенных в последние годы по инициативе Уполномоченного, показывают рост числа респондентов, считающих, что уровень соблюдения прав человека в стране можно оценить скорее негативно¹⁷.

При этом высокие показатели значимости для граждан традиционно сохраняют право на свободу и личную неприкосновенность (47 % – в 2018 г.; 51 % – в 2017 г.; 43 % – в 2016 г.) и право на справедливый суд, равенство перед законом (27 % – в 2018 г.; 36 % – в 2017 г.; 27 % – в 2016 г.)¹⁸. В качестве причин значительного интереса граждан к обеспечению справедливого судебного разбирательства и личной свободы можно выделить их неудовлетворенность выносимыми судебными решениями, существованием в правоприменительной практике действий и решений, приводящих к нарушениям процессуальных прав граждан, особенно в области уголовного судопроизводства, связанных в том числе с необоснованным лишением свободы. Это свидетельствует об особой актуальности рассмотрения проблем реализации юридической справедливости, обеспечения верховенства права, восстановления нарушенных прав участников уголовного судопроизводства¹⁹.

Необходимо отметить, что обращения к Уполномоченному с жалобами на нарушения прав участников уголовного судопроизводства традиционно занимают лидирующее место по своему количеству. В 2018 г. к Уполномоченному поступило 11 191 обращение (29 %) о нарушении прав граждан в уголовно-процессуальной сфере (из 38 698 обращений). В 2017 г. их было 12 779 (30,5 %); в 2016 г. – 13 366 (31,4 %). Таким образом,

¹⁶ WJP Rule of Law Index 2019. URL: https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP-ROLI-2019-Single%20Page%20View-Reduced_0.pdf (дата обращения: 21.05.2019).

¹⁷ См.: Доклад уполномоченного по правам человека в РФ за 2018 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2017 г. // Рос. газета. 2018. 17 апр.; Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2016 г. // Там же. 2017. 17 мая.

¹⁸ См.: Там же.

¹⁹ См.: *Васильев О. Л.* Теоретические аспекты действия принципа справедливости на досудебных стадиях российского уголовного процесса : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018. URL: <https://dlib.rsl.ru/viewer/01008715113#?page=4> (дата обращения: 03.03.2019).

несмотря на уменьшение числа обращений к Уполномоченному, в секторе уголовного процесса серьезного снижения не наблюдается.

С одной стороны, это может говорить о доверии граждан к институту государственной правозащиты, обладающему эксклюзивными полномочиями по обжалованию вступивших в силу решений суда, а с другой – означает, что в современной правовой действительности остаются существенные нарушения прав человека, а справедливость и верховенство права при производстве предварительного расследования и вынесении судебных решений достигаются далеко не всегда. Так, выступая на заседании Совета Федерации 10 апреля 2019 г., Генеральный прокурор РФ Ю. Я. Чайка отметил, что «за 2017 и 2018 годы при 37 тысячах реабилитированных, из которых почти 3 тысячи содержались под стражей, в суд направлено только два уголовных дела по статье 299 Уголовного кодекса Российской Федерации»²⁰. Остается лишь догадываться, какое количество невиновных еще ждут реабилитации, в том числе в СИЗО, и верить, что виновные в незаконном привлечении граждан к уголовной ответственности должностные лица будут привлекаться к ответственности.

Как показывает практика, граждане чаще всего жалуются Уполномоченному на необоснованность и несправедливость приговоров, необъективность и длительность предварительного расследования, необоснованность привлечения к уголовной ответственности (таких жалоб в 2018 г. поступило на 30 % больше, чем в 2017 г.), на необоснованные аресты и длительные сроки содержания под стражей (на 18 % больше по сравнению с 2017 г. и на 24 % больше по сравнению с 2016 г.). Это подтверждается и данными Генпрокуратуры России, согласно которым в 2018 г. «предварительное следствие по 38 процентам уголовных дел проводилось в срок, свыше установленного законом, четверть из них – о преступлениях небольшой тяжести, не представляющих особых трудностей в расследовании»²¹.

К сожалению, практика говорит о том, что принципы справедливости и верховенства права в области уголовного процесса в некоторых случаях являются скорее идеей-мечтой, чем руководством к действию как из-за нарушений со стороны недобросовестных сотрудников правоохранительных органов, так и вследствие допускаемых судебных ошибок. Порой только вмешательство Уполномоченного позволяет спасти невиновного человека, попавшего в жернова системы.

В адрес Уполномоченного обратилась супруга гражданина С., в отношении которого СО ОМВД России по району Южное Бутово г. Москвы 7 октября 2017 г. было вынесено постановление о привлечении в качестве обвиняемого. По версии следствия, С., имея преступный умысел, в неустановленном месте, в неустановленное следствием время и

²⁰ Выступление Генерального прокурора Российской Федерации Ю. Я. Чайки в ходе 456-го заседания Совета Федерации. URL: <http://council.gov.ru/activity/meetings/> (дата обращения: 14.04.2019).

²¹ Там же.

при неустановленных обстоятельствах незаконно, с целью последующего сбыта приобрел вещество, содержащее в своем составе наркотическое средство, и незаконно хранил при себе. В связи с имеющимися доводами стороны защиты о допущенных в ходе следствия существенных нарушениях уголовно-процессуального закона Уполномоченный провел проверку совместно с прокуратурой г. Москвы. В результате в отношении сотрудников полиции, осуществлявших задержание С., возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного п. «а», «б» ч. 3 ст. 286 Уголовного кодекса РФ. Уголовное дело в отношении С. прекращено в связи с отсутствием события преступления. За ним признано право на реабилитацию, разъяснен порядок возмещения вреда, связанного с уголовным преследованием²².

Нередки случаи, когда правоприменительная практика формально не противоречит требованиям законодательства, однако по существу не соответствует духу права, принципу верховенства права. Иногда восстановления справедливости в таких ситуациях приходится ждать годами.

Много обоснованных нареканий со стороны правозащитного сообщества вызывает существующий порядок заключения граждан, подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления, под стражу. Возникает ситуация, когда человек, чья виновность в совершении преступления еще не доказана, попадает в условия фактически тюремного заключения, более жесткие, чем в колонии, куда он может отправиться в случае обвинительного приговора. При этом на практике встречаются случаи, когда подозреваемые граждане, длительное время находясь под стражей, в результате оказываются невиновными в совершении преступления.

В Докладе о деятельности Уполномоченного за 2016 г. освещалось дело гражданина К., которому вменялось в вину убийство жены и дочери, несмотря на то что все собранные доказательства свидетельствовали о совершении преступления другим лицом. Уполномоченный неоднократно направлял в прокуратуру обращения о принятии мер реагирования, после чего семь раз вносились требования об устранении нарушений закона, однако органами следствия они исполнены не были. Только в сентябре 2017 г. следователем ГСУ СК России по г. Москве было прекращено уголовное дело в отношении К., который на тот момент находился 10 месяцев под стражей и 8 месяцев под домашним арестом²³.

В связи с этим Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 19 декабря 2013 г. № 41 обоснованно указал, что «при разрешении вопросов, связанных с применением законодательства о мерах пресечения, судам исходя из презумпции невиновности следует соблюдать баланс между публичными интересами, связанными с применением мер процессуального

²² Уполномоченный помогла доказать невиновность обвиняемого. URL: http://ombudsmanrf.org/news/done/view/upolnomochennyj_pomogla_dokazat_nevinovnost_obvinjaemogo (дата обращения: 04.02.2019).

²³ Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2017 г. // Рос. газета. 2018. 17 апр.

принуждения, и важностью права на свободу личности»²⁴. К сожалению, на практике данная формула далеко не всегда находит отражение в действиях правоохранительных органов. Частично данное положение вещей компенсирует институт зачета наказания, который предусматривает, что время содержания лица под стражей засчитывается в срок лишения свободы (ст. 72 УК РФ).

Вместе с тем на протяжении многих лет законодательством была закреплена не соответствующая принципам справедливости, гуманизма и верховенства права правовая формула, когда время содержания лица под стражей засчитывалось в срок отбывания наказания в виде лишения свободы день за день независимо от вида исправительного учреждения. Таким образом, строгость меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления была несоразмерна тяжести назначаемого ему в последующем наказания в связи с различными условиями режима отбывания наказания в виде лишения свободы в тюрьме, исправительной колонии строгого или особого режима, в воспитательной колонии либо исправительной колонии общего режима, особенно в колонии-поселении²⁵.

В 2008 г. в Государственную Думу группой депутатов был внесен законопроект о зачете времени содержания лица под стражей до вступления приговора суда в законную силу в срок отбывания наказания в виде лишения свободы, которым описанная выше несправедливость устранялась²⁶. Вместе с тем потребовалось десять лет политической борьбы и кропотливой юридической работы, чтобы законопроект стал законом²⁷.

3 июля 2018 г. был принят долгожданный закон, который ввел отвечающий общественному запросу на справедливость порядок зачета времени содержания лица под стражей в срок лишения свободы из расчета один день за: один день отбывания наказания в тюрьме либо исправительной колонии строгого или особого режима; полтора дня отбывания наказания в воспитательной колонии либо исправительной колонии общего режима; два дня отбывания наказания в колонии-поселении²⁸.

²⁴ О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 // Рос. газета. 2013. 27 дек.

²⁵ См.: Глава 16. Исполнение наказания в виде лишения свободы в исправительных учреждениях разных видов УИК РФ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 2. Ст. 198.

²⁶ О внесении изменений в статью 72 Уголовного кодекса Российской Федерации : проект федер. закона № 73983-5. URL: <http://sozd.duma.gov.ru/bill/73983-5> (дата обращения: 04.02.2019).

²⁷ См.: Москалькова Т. Н. поддержала закон о кратном зачете времени в СИЗО в счет наказания. URL: http://rapsinews.ru/human_rights_protection_news/20180620/283193818.html (дата обращения: 09.02.2019).

²⁸ О внесении изменений в статью 72 Уголовного кодекса Российской Федерации : федер. закон от 3 июля 2018 г. № 186-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 28. Ст. 4150.

Таким образом, несправедливость, заключающаяся в том, что человек претерпевал в период следствия большие тяготы (лишение возможности видеться с родственниками и трудиться, содержание в камере и т. п.), чем после вынесения приговора суда, была устранена и около 100 тысяч заключенных получили право на перерасчет сроков лишения свободы и возможность выйти на свободу досрочно²⁹. По данным ФСИН России, в связи с поправками свыше 9600 осужденных уже вышли на свободу, а более чем 73 тысячам человек, включая 1111 несовершеннолетних преступников, снижен срок отбывания наказания³⁰.

К Уполномоченному обратился обвиняемый в присвоении и растрате предприниматель из Ростовской области О., который практически семь лет находился под стражей, пока длилось предварительное следствие, и только в 2016 г. был признан виновным и ему было назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 9 лет 6 месяцев. При этом Новочеркасский городской суд Ростовской области 28 раз отказывал в удовлетворении заявленных ходатайств об изменении меры пресечения. После изменения в 2018 г. порядка зачета времени содержания под стражей О. подал в суд ходатайство о перерасчете срока отбывания наказания, которое было удовлетворено. Однако еще десять дней О. фактически незаконно был лишен свободы и удерживался в колонии, дожидаясь вступления решения суда в законную силу³¹.

В связи с этим представляется целесообразным внести в ст. 391 Уголовно-процессуального кодекса РФ изменения в части немедленного исполнения решения суда об освобождении заключенных из мест лишения свободы вследствие включения срока содержания под стражей в срок лишения свободы.

Очевидно, что в современных условиях заключение под стражу в некоторых случаях является необходимой мерой, позволяющей обезопасить общество от преступника, не допустить его исчезновения или воздействия на ход следствия. Однако эксперты обоснованно указывают, что в России заключение под стражу применяется даже в тех случаях, когда можно было бы назначить альтернативные меры³². По состоянию на 1 января 2019 г. численность содержащихся в следственных изоляторах составила

²⁹ Из тюрем освободят попавших под новый закон : тысячи выйдут раньше срока. URL: <https://www.mk.ru/social/2018/07/22/iz-tyurem-osvobodyat-popavshikh-pod-novyy-zakon-kto-vyydet-ranshe-sroka.html> (дата обращения: 09.02.2019).

³⁰ Замглавы ФСИН : никакого наследия ГУЛАГа в уголовно-исполнительной системе сегодня нет. URL: <https://www.interfax.ru/russia/644616> (дата обращения: 14.04.2019).

³¹ См. подробнее: Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2016 г. и Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2018 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

³² ФСИН рассказала, как судами применяется новая мера пресечения. URL: https://fparf.ru/news/mass_media/mass_media_about_FPA/63456/ (дата обращения: 14.04.2019).

99 722 человека при общей численности отбывающих наказание в виде лишения свободы 563 166 человек³³.

В связи с этим представляется целесообразным продолжить политику, направленную на сокращение практики применения меры пресечения в виде заключения под стражу³⁴. В частности, назначать данную меру пресечения только лицам, подозреваемым в совершении тяжких и особо тяжких преступлений (а не преступлений средней тяжести, как в настоящее время).

При этом важно учитывать и позицию Верховного Суда РФ, согласно которой «заключение под стражу не может быть обосновано только тяжестью преступления, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше трех лет. Согласно взаимосвязанным положениям статей 97, 99 и 108 УПК РФ тяжесть преступления является необходимым условием применения заключения под стражу, а также обстоятельством, которое подлежит учету при избрании любой иной меры пресечения. Однако сама по себе тяжесть преступления не может являться единственным и достаточным основанием для заключения под стражу»³⁵.

Конечно, реализация требований справедливости и верховенства права, защита прав человека в уголовно-правовой сфере не ограничиваются вопросами избрания или продления меры пресечения, но на данном примере прослеживается существующее в некоторых случаях противоречие между нормами действующего уголовного законодательства и требованиями справедливости, которые в данном случае выражаются в недопустимости нарушения прав граждан, даже если они совершили преступление и подлежат наказанию по приговору суда.

В целях соблюдения принципа справедливости, верховенства права и обеспечения прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве необходимо законодательно предусмотреть максимальные сроки содержания под стражей подсудимого с момента передачи уголовного дела в суд по аналогии с положениями действующего уголовно-процессуального законодательства, устанавливающими запрет на содержание под стражей на стадии расследования уголовного дела свыше 18 месяцев. Принятие данной меры будет способствовать соблюдению ст. 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод и ст. 6.1 Уголовно-процессуального кодекса РФ и позволит не только защитить права граждан, но и сэкономить бюджету Российской Федерации

³³ Статистика ФСИН России. URL: <http://фсин.рф/structure/inspector/iao/statistika/Kratkaya%20har-ka%20UIS/> (дата обращения: 21.01.2019).

³⁴ О внесении изменений в статьи 76.1 и 145.1 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 27 декабря 2018 г. № 533-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 53 (ч. 1). Ст. 8459.

³⁵ Обзор практики рассмотрения судами ходатайств об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу и о продлении срока содержания под стражей : утв. Президиумом Верховного Суда РФ 18 января 2017 г. // БВС РФ. 2017. № 9.

колоссальные средства, которые приходится выплачивать по решениям ЕСПЧ (2 млрд евро за 20 лет)³⁶.

Вместе с тем требования верховенства права и прав человека далеко не всегда соответствуют принципу справедливости, поскольку если справедливость требует возмездия и соразмерного наказания для преступника за совершенное преступление, то современный уровень развития законодательства с позиций верховенства права и прав человека в большей степени вызывает к гуманизму, милосердию и исправлению оступившегося человека.

Так, с точки зрения справедливости как соразмерности преступления и наказания убийца должен отбывать долгий срок лишения свободы, если уже государство отказалось от смертной казни в пользу европейских ценностей. Вместе с тем требования верховенства права, императивы прав человека и идеалы гуманизма, отражаясь в действующем законодательстве, привели к появлению института освобождения от отбывания наказания в связи с тяжелой болезнью, которая ставит человека на грань смерти. Здесь законодатель сделал выбор в пользу прав человека, а именно: права человека на достойную смерть дома, в кругу семьи независимо от ранее совершенных им преступлений.

Сегодня освободить тяжело больного человека от наказания – это право, а не обязанность суда, и, к сожалению, большая часть прошений об освобождении судом отклоняется, а многие из тех, чьи прошения удовлетворяются судом, не успевают увидеть родных из-за длительности юридических процедур. Поэтому весомо с точки зрения верховенства права звучат предложения правозащитников о необходимости ввести обязательное освобождение смертельно больного человека от дальнейшего отбывания наказания³⁷.

Безусловно, во всех случаях задача законодателя и правоприменителя – найти баланс между требованиями справедливости, гуманизма, милосердия, соблюдения прав человека с тем, чтобы добиться, с одной стороны, сатисфакции для жертвы преступления, а с другой – не забывать, что преступник остается человеком, наделенным неотъемлемыми правами и свободами. Их ограничения могут быть оправданы публичными интересами только тогда, когда это отвечает требованиям справедливости, является пропорциональным, соразмерным и необходимым для целей защиты конституционно значимых ценностей³⁸.

Представляется, что дальнейшее развитие уголовного законодательства в контексте соблюдения прав и свобод человека и гражданина, до-

³⁶ Исследование : за 20 лет Россия заплатила €2 млрд по решениям ЕСПЧ. URL: <https://pravo.ru/news/202860/> (дата обращения: 09.02.2019).

³⁷ См.: Москалькова Т. Н. предложила Путину В. В. обязать суды освобождать тяжелобольных заключенных. URL: <https://tass.ru/obschestvo/4234748> (дата обращения: 11.02.2019).

³⁸ О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2013 г. № 41 // Рос. газета. 2013. 27 дек.

стижения верховенства права, гуманизма и справедливости должно быть связано с завершением работы над предложенным Верховным Судом РФ в октябре 2017 г. законопроектом о введении понятия уголовного проступка, к которому предлагается отнести преступления небольшой тяжести, не предусматривающие наказание в виде лишения свободы³⁹. Введение в Уголовный кодекс РФ института уголовного проступка «позволит исключить негативные для личности последствия судимости за совершенное деяние, не наказуемое лишением свободы. Ежегодно такая мера может быть применена в отношении 40 тысяч лиц»⁴⁰.

Кроме того, с точки зрения верховенства права, справедливости и обеспечения прав человека, безусловно, заслуживают поддержки звучащие в последнее время призывы к пересмотру так называемого «особого порядка» рассмотрения дел в суде, когда обвиняемый признал себя виновным и заключил соглашение об особом порядке принятия судебного решения в соответствии с главой 40.1 Уголовно-процессуального кодекса РФ, поскольку при его применении «суд не рассматривает дело по существу и возникают предпосылки для многочисленных судебных ошибок, о которых мы так и не узнаем никогда»⁴¹. Более того, применение «особого порядка» открывает потенциальные возможности для нарушения закрепленного в Конституции РФ принципа презумпции невиновности, так как виновность лица фактически определяется уже на досудебной стадии уголовного производства при получении согласия от обвиняемого. К сожалению, правоприменительная практика показывает, что применение меры пресечения в виде заключения под стражу в совокупности с отказами следователей заключенным в свиданиях и телефонных переговорах с родственниками приводит к нравственным страданиям и может способствовать самооговору в поисках выхода из сложившейся ситуации и смягчения наказания⁴².

В этих условиях поиск истины при расследовании уголовного дела становится совершенно ненужным атрибутом, а основная задача следователя сводится к превращению обвиняемого в подсудимого. Статистика говорит о том, что данная схема работает, поскольку в России 70 % дел рассматривается судом в особом порядке, без исследования доказательств⁴³. В связи с этим представляется целесообразным наложить зако-

³⁹ Официальный сайт Верховного Суда РФ. URL: <http://supcourt.ru/documents/own/24308/> (дата обращения: 09.02.2019).

⁴⁰ Выступление Председателя Верховного Суда РФ В. М. Лебедева на совещании-семинаре председателей федеральных судов 13 февраля 2019 г. URL: http://www.supcourt.ru/press_center/news/27584/ (дата обращения: 14.04.2019).

⁴¹ Сенатор А. Александров: Совестьливый судья – условие доверия нации к государству. URL: <http://argumenti.ru/society/2019/01/600547> (дата обращения: 09.02.2019).

⁴² См.: Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в РФ за 2017 г. // Рос. газета. 2018. 17 апр.

⁴³ Сенатор А. Александров: Совестьливый судья – условие доверия нации к государству. URL: <http://argumenti.ru/society/2019/01/600547> (дата обращения: 09.02.2019).

подательное ограничение и рассматривать в особом порядке только дела о преступлениях небольшой и средней тяжести, так как «сохранение существующего удельного веса дел, рассмотренных по упрощенным процедурам, грозит утратой накопленного десятилетиями уникального опыта интеллектуального состязания сторон обвинения и защиты, значительным снижением профессионализма работников, а главное – ошибками при решении судеб людей»⁴⁴.

Таким образом, необходимо отметить, что справедливость в уголовно-правовой сфере во все времена играла особую роль, поскольку ее нарушение может иметь глубочайшие негативные последствия как для отдельной личности, так и для общества в целом. Известно, что одна из трех мировых религий, которая на протяжении веков играет ключевую роль в развитии европейской цивилизации, зародилась именно из несправедливого юридического акта. Речь идет о безвинном осуждении к распятию на кресте Иисуса Христа в I в. н. э., которое в итоге привело к падению Западной Римской империи и формированию принципиально нового облика европейской цивилизации. В связи с этим трудно переоценить значение обеспечения справедливости, верховенства права и прав человека в уголовно-правовой сфере. Как отмечал Г. В. Ф. Гегель, «...один лишний удар, один лишний или недостающий талер или грош, одной неделей, одним днем больше или меньше тюремного заключения – уже несправедливость»⁴⁵.

Представляется, что проблемы обеспечения справедливости, верховенства права и прав человека в системе действующего нормативного правового регулирования и правоприменения и впредь должны оставаться в фокусе юридической науки и практики, под пристальным вниманием институтов правозащиты и гражданского общества.

⁴⁴ Выступление Генерального прокурора РФ Ю. Я. Чайки в ходе 456-го заседания Совета Федерации. URL: <http://council.gov.ru/activity/meetings/> (дата обращения: 14.04.2019).

⁴⁵ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. URL: <http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000360/st006.shtml> (дата обращения: 24.08.2016).

Аппарат уполномоченного по правам человека в РФ

Чечельницкий И. В., кандидат юридических наук, руководитель секретариата уполномоченного по правам человека в РФ

E-mail: iv89261863056@gmail.com

Office of the High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation

Chechelnitsky I. V., Candidate of Law, Head of the Secretariat of the High Commissioner for Human Rights in the Russian Federation

E-mail: iv89261863056@gmail.com

РЕНЕ ДАВИД О РЕГИОНАЛЬНОМ ПРАВЕ

М. Г. Потапов

*Новосибирский военный институт имени
генерала армии И. К. Яковлева войск национальной гвардии России*

Поступила в редакцию 9 января 2019 г.

Аннотация: *представлен краткий анализ работы Р. Давида «Основные правовые системы современности» применительно к термину региональное право, в которой обращено внимание на вопросы понимания и свойств последнего. Показано, что региональное право проявляется в так называемых «сложных» унитарных государствах применительно к их автономиям (районам, областям, округам) и в федерациях применительно к их субъектам (кантонам, штатам, землям). Сделан вывод, что региональное позитивное право является правовой основой для формирования национального права государств и имеет важное значение в их правовых системах, поскольку учитывает специфику административных, территориальных и национальных автономий унитарных и федеративных государств.*

Ключевые слова: *региональное право, местное и общее право, национальное, федеральное право, право земель и штатов, кантональное право, сложное унитарное и федеративное государство.*

Abstract: *the article presents a brief analysis of the work of R. David «Basic Legal Systems of the Present» in relation to the term regional law, which draws attention to the issues of understanding and properties of the latter. It is shown that regional law is manifested in the so-called «complex» unitary states in relation to their autonomies (districts, regions, districts), and in federations in relation to their subjects (cantons, states, lands). It was concluded that regional positive law, on the one hand, in history was the legal basis for the formation of the national law of states, on the other hand, is important in the latter's legal systems, since it takes into account the specifics of administrative, territorial and national autonomies of unitary and federal states, allowing them to exist and function. At the same time, the question of understanding regional law is indicated.*

Key words: *regional law, local and common law, national, federal law, land and state law, cantonal law, complex unitary and federal state.*

Научный анализ источников информации показывает, что термин «региональное право» введен в речевой оборот относительно недавно в современной истории правовой науки. Можно предположить, что его автором является французский ученый Р. Давид (1906–1990), когда в начале 1960-х гг. была опубликована его работа «Основные правовые системы современности»¹. В этой работе автор обозначил вопрос: «Можно ли было вообще в Средние века преподавать право, которое базировалось бы на том, что мы сегодня называем позитивным правом?»². И далее: «...Ведь в большинстве стран оно (средневековое позитивное

¹ См.: Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 5.

² Там же. С. 34.

право. – П. М.) находилось в хаотическом, неопределенном состоянии, было чрезвычайно раздробленным, иногда варварским. Италия и Франция, где появились новые формы изучения права, *не имели своего национального права* (курсив наш. – П. М.); в этих странах, где еще не было единого общепризнанного суверена, продолжал господствовать феодальный режим. Такое же положение было в Испании и Португалии, где короли лишь возглавляли всегда непрочные союзы, направленные против мусульман. В Англии общее право в то время еще только начало складываться и наступать на местные обычаи. Под угрозой остаться местными школами процессуального права, не имеющими ни авторитета, ни престижа, ни средств, университеты должны были преподавать что-то иное, чем *местное* (курсив наш. – П. М.) право. Более того, именно для того чтобы подняться над этим местным правом, выйти за рамки отсталого *позитивного* (курсив наш. – П. М.) права, и были возрождены исследования римского права»³. Резюмируя, Р. Давид предположил, что «ни один европейский университет не мог, таким образом, взять в качестве основы преподавания *позитивное (местное или региональное) право* (курсив наш. – П. М.), так как в глазах университета оно не выражало справедливости и, следовательно, не было правом»⁴.

В своих суждениях Р. Давид, по сути, отрицал, что в Средние века в Англии, Испании, Италии, Португалии и Франции существовало национальное право, поскольку «...оно находилось в хаотическом, неопределенном состоянии, было чрезвычайно раздробленным, иногда варварским»⁵. Но при этом автор обратил внимание на так называемые им «местные обычаи», «местные школы процессуального права», «местное» и «региональное» право, которые имели место быть в истории названных государств. Тем самым Р. Давид констатировал проявление фактов регионального права, которые предшествовали национальному праву и не могли не влиять на его формирование.

Рассуждая об «оригинальности некоторых понятий», Р. Давид полагал, что «в правовой системе одной страны могут существовать категории или понятия, неизвестные другой, о чем свидетельствуют многочисленные примеры»⁶. В этом качестве ученый видел нормы Гражданского кодекса Испании 1889 г. На взгляд автора, «...если считать, что они образуют какое-то общее право (*derecho comun*), допускают наличие в различных районах Испании регионального права (*derecho foral*). Эти два понятия (общее право и региональное право. – П. М.) неясны юристам других стран, где такого деления не существует»⁷. Ученый высказал также тезис, что «в ФРГ, Мексике или Швейцарии феде-

³ Там же. С. 34–35.

⁴ Там же. С. 35.

⁵ Там же. С. 34–35.

⁶ Там же. С. 66.

⁷ Там же.

ральному праву противостоит право земель, штатов или кантональное право»⁸.

Таким образом, Р. Давид не только обратил внимание на термины «общее», «национальное», «федеральное» право; «региональное», «местное» право; «право земель и штатов», «кантональное право» и проблемы их понимания, но и констатировал, что эти явления могут проявляться и в так называемых «сложных» унитарных государствах применительно к их автономиям (районам, областям, округам), и в федерациях применительно к их субъектам (кантонам, штатам, землям). В то же время Р. Давид полагал, что «местное» (региональное) право «в глазах» европейских университетов «...не выражало *справедливости* (курсив наш. – П. М.) и, следовательно, не было правом»⁹. Однако автор не приводит каких-либо аргументов в подтверждение этого вывода и весьма абстрактно говорит о справедливости как об историческом понятии, зависящим от условий жизни определенного класса¹⁰. Но, «местное», «позитивное» (обычное, региональное) средневековое право, о котором упоминал Р. Давид, не могло не отражать специфики справедливости, понимаемой по-своему современниками того периода. Иначе, такое право не могло выполнять функций нормативного регулятора общественных отношений в социальных организациях, государственно-территориальных образованиях, существовавших в истории Англии, Испании, Италии, Португалии и Франции.

«Местные» или «региональные» нормативные регуляторы общественных отношений Средневековья Р. Давид называл позитивным правом¹¹. Это подтверждается его словами: «Ни один европейский университет не мог, таким образом, взять в качестве основы преподавания *позитивное (местное или региональное) право* (курсив наш. – П. М.)»¹², которое, по мысли автора, «...находилось в хаотическом, неопределенном состоянии, было чрезвычайно раздробленным, иногда варварским» и поэтому не имело авторитета и престижа. Однако позитивное право в истории человечества «...выполняло ту роль, которая соответствовала общим представлениям общества о социальной справедливости и общим задачам власти и общества. В древних цивилизациях как обычаи, так и своды законов суверенов имели статус инструментов управления обществом. Правовые нормы (в данном случае не делается различия между обычаями и законами) как регуляторы общественных отношений только в том случае поощрялись и одобрялись (в первую очередь сувереном), если они эффективно решали задачу повиновения подданных классу управленцев»¹³.

⁸ Давид Р. Основные правовые системы современности.

⁹ Там же. С. 35.

¹⁰ См.: Там же. С. 100.

¹¹ См.: Там же. С. 35.

¹² Там же.

¹³ Царьков И. И. Цели позитивного права : история и современность // Актуальные проблемы юридической науки : в 5 т. Тольятти, 2016. Т. 3. С. 68.

Необходимо также учитывать, что Р. Давид не имел цели изучения регионального права и поэтому только упоминал о нем. Может быть, для него региональное право представляло определенные трудности в понимании или не было важным, существенным явлением в правовых системах унитарных и федеративных стран.

Действительно в истории Англии в 1066 г. существовали многочисленные законы и обычаи «...варварских племен германского происхождения (саксов, англов, ют, датчан), населявших в этот период территорию...» этой страны. Право Англии в то время представляли лишь «...местные обычаи патриархальных англосаксонских племен и сообществ. Местные суды, таким образом, в своих решениях могли опираться только на нормы обычаев и традиций»¹⁴. Здесь «...не было общего для всех права. Действовали не связанные между собой в единую систему сугубо местные, локальные акты (обычай)»¹⁵. Объясняется это тем, что «созданное в IX в. англосаксонское государство под названием Англия объединяло в своем составе семь ранее существовавших... королевств (таких как Кент, Сассекс, Уэссекс и др.) и, соответственно, вбирало в действовавшие на ее территории право, законы, обычаи и традиции, сложившиеся ранее на территории этих государств»¹⁶. Формирование общего английского права было обусловлено «нормандским» завоеванием (XI в.), приходом к власти династии Тюдоров (XV в.)¹⁷ и созданием централизованной государственной власти. Общее право Англии «...в отличие от местных обычаев и всех иных актов подобного рода, охватывает всю территорию...» этого государства, «...а не только отдельные ее части»¹⁸. При этом местные обычаи и традиции составляли, как пишет М. Н. Марченко, правовую основу деятельности королевских судов, являвшихся исключительными творцами общего права. По мнению автора, «здесь прослеживается определенная историческая логика и своеобразная закономерность. Суть ее заключается в том, что иностранная оккупация Англии, господство «нормандских сеньоров» в этой чуждой им и презируемой ими стране, где французский язык оставался несколько столетий придворным, а латинский – церковным языком, объективно требовали от английских подданных объединения вокруг трона и единения с тронном, создания сильного централизованного государства, сосредоточения законодательной, исполнительной и судебной власти в одних королевских руках»¹⁹. В то же время «норманны», «завоевав земли англосаксов, ...не стремились открыто подавить или официально отменить англосаксонское право», а пытались сохранить правовые обычаи покоренных земель, однако де-

¹⁴ Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие. М., 2002. С. 60.

¹⁵ Марченко М. Н. Правовые системы современного мира : учеб. пособие. М., 2001. С. 132.

¹⁶ Там же. С. 134.

¹⁷ См.: Там же. С. 135.

¹⁸ Там же. С. 136.

¹⁹ Там же.

лали попытки установить и свои правила в управлении государством, правосудием и земельной собственностью²⁰. Вместе с тем английское право сформировалось «...вследствие самостоятельной нормотворческой деятельности английских судей». При этом законодательная роль английского парламента до конца XIX в. имела лишь дополнительную к судебной функцию²¹. По мнению Р. Давида, «...сфера применения английского права ограничивается Англией и Уэльсом. Оно не является ни правом Соединенного Королевства, ни правом Великобритании, так как Северная Ирландия, Шотландия, острова Ла-Манша и остров Мэн не подчиняются английскому праву. Поэтому от термина «британское право» нужно отказаться»²².

В настоящее время Соединенное Королевство Великобритании «...состоит из 4 административно-политических частей (исторических провинций): Англии (39 графств, 6 метрополитенских графств и Б. Лондона), Уэльса (8 графств), Шотландии (9 районов и островной территории) и Сев. Ирландии (26 округов). Особый режим установлен для о. Мэн и Нормандских о-вов»²³. В этом государстве «...наряду с английским правом, действующим в Англии и Уэльсе, функционирует как совершенно самостоятельная система право Шотландии. Известными особенностями отличается и английское право, действующее в Северной Ирландии»²⁴.

В истории Испании ее территория была «...долгое время римской провинцией (считается, что завоевание было завершено в 19 г. до н. э.)»²⁵. Затем в VI в. там властвовали Вестготы, и в определенной мере интегрировались вестготские и романо-испанские элементы правовых явлений (испанские обычаи, Кодекс Феодосия, право вестготов)²⁶. С 711 г. почти на всей территории Испании «установилось арабское господство», но несколько «христианских королевств образовались на Севере...», каждое из которых имело свое право, зависящее от вида религии. «Мусульманское право налагалось на приверженцев ислама. Христиане подчинялись вестготскому праву, основанному на праве римском, или местным правовым системам... Осуществленная христианами реконкиста, тем не менее, не привела к политическому единству. В течение долгого времени будут существовать различные королевства, и каждое

²⁰ См.: Романов А. К. Указ. соч. С. 62.

²¹ См.: Там же. С. 65.

²² Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М., 1988. URL: <http://lib.ru/PRAWO/rene.txt>

²³ Большой энциклопедический словарь / гл. ред. А. М. Прохоров. М., 1993. С. 203.

²⁴ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев. М., 2003. URL: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z1290_page_34.html ; http://www.pravo.vuzlib.su/book_z1290_page_1.html

²⁵ Раймон Л. Великие правовые системы современности : сравнительно-правовой подход / пер. с фр. А. В. Грядова. М., 2009. С. 150.

²⁶ См.: Там же. С. 151.

из них будет иметь свое право, сохраняя определенное место для римских решений, которые все больше и больше будут рассматриваться как основа общего права. Пример Кастилии прекрасно иллюстрирует эту сложность, этот синкретизм (объединение. – П. М). Именно Кастилия быстрее всех королевств начнет распространять свое влияние (в 1250 г. были объединены Кастилия и Леон, а затем в состав Королевства вошли и другие территории). В конце XIII в. юристы разработали общее право, исходя из римского и канонического»²⁷.

В настоящее время территориальное устройство Испании включает в себя муниципалитеты, провинции и региональные автономные объединения. Эти территориальные образования подразделяются на два вида автономий: административные и национально-территориальные²⁸.

Территория этой страны разграничена «... на 50 провинций, входящих в 17 автономных сообществ. Три последние (Каталония, Страна Басков и Галисия) образованы по национальному принципу на территории проживания соответствующих коренных народов – каталонцев, басков, галисийцев. Эти сообщества, а также Андалусия обладают наиболее высокой степенью автономии по сравнению со всеми остальными»²⁹. В связи с этим Испанию относят «...к категории регионалистских государств, предоставляющих составным частям страны значительную степень автономии, отличающей ее от унитарных централизованных государств, но не достигающей степени самостоятельности субъектов федерации»³⁰. В автономных областях функционируют свои органы власти и управления. Их парламенты принимают законы «...по основным направлениям социальной, экономической и культурной жизни автономии»³¹. К полномочиям парламентов автономных областей относится решение вопросов о бюджетах, налогах, сборах, тарифах и других видах платежей, эмиссии ценных бумаг³². В компетенцию региональных автономных объединений входит также «...создание своих органов самоуправления; изменение границ расположенных на их территории муниципалитетов; благоустройство территории муниципалитетов; общественные работы; дороги, расположенные на территории населенных пунктов, и шоссейные дороги; земледелие; животноводство; использование гор и лесных богатств; охрана окружающей среды; экономическое развитие автономии; развитие культуры;

²⁷ Там же.

²⁸ См.: Конституционное право зарубежных стран : учеб. для вузов / под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо и Л. М. Энтина. М., 2004. С. 602. URL: <http://krasinskiy.ru/Baglai.pdf>

²⁹ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

³⁰ Конституционное право зарубежных стран / под общ. ред. М. В. Баглая, Ю. И. Лейбо, Л. М. Энтина. С. 602

³¹ Там же. С. 604.

³² См.: Там же.

социальное обеспечение; здравоохранение и гигиена и др.»³³. Вместе с тем Генеральные кортесы (конгресс депутатов – нижняя палата и сенат – верхняя палата территориального представительства) Испании «...могут передавать полномочия по законодательству автономиям в областях, отнесенных к ведению всего государства при условии соблюдения принципов, установленных общегосударственным законом. Такие полномочия могут передаваться Кортесами путем принятия специального органического закона, который в каждом случае должен предусматривать передачу соответствующих финансовых средств и формы контроля со стороны государства за таким законодательством»³⁴. По Конституция Испании 1978 г., «...наряду с законами, принимаемыми Генеральными кортесами, могут издаваться, даже по вопросам, отнесенным к ведению государства, законодательные акты автономных областей (в частности, Каталонии, Страны Басков и Галисии. – *П. М.*). Такие акты издаются в порядке делегированного законодательства, на основе принципов и директив, указанных в общегосударственном законе, и должны содержать условия контроля за соответствующими нормами со стороны Генеральных кортесов»³⁵.

В истории Италии, по мнению О. А. Омельченко, античная эпоха римского права подразделяется на четыре периода: «Первый период (VIII–III вв. до н. э.) характеризуется как период начального формирования римского права...», которое «...существует только в рамках патриархальной римской общины, для членов общины и ради сохранения ее ценностей и вместе с тем привилегий, оно неразрывно с юридической практикой жрецов-понтификов, пронизано сакральным и потому формально-консервативным началом... В V в. до н. э. была осуществлена первая кодификация римского права в виде записи-издания знаменитых Законов XII таблиц, которые на долгие века стали отправными для всех областей римского права. Римское право в этот период представляет явно выраженное привилегированное право – так называемое квиригское право, которое не только отделяет членов римской общины от не римлян, но и носит сословный характер даже внутри Рима. Квиригское право консервировало патриархальное строение семьи с безусловным господством домовладыки, в его рамках не было развитого права собственности и всего того, что закономерно обуславливает обращение такой собственности; отношения гражданства заканчивались на пороге римского дома и определяли только военно-общественную и религиозную деятельность узкого круга глав родов и семей в традициях, восходящих еще к временам военной демократии и власти вождей-царей... Второй период (III–II вв. до н. э.) – переходный, предклассический. Предпосылкой правового движения стала социальная уни-

³³ Конституционное право зарубежных стран... С. 603.

³⁴ Там же. С. 603–604.

³⁵ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

фикация римской общины, стирание принципиальных граней между патрицианством и плебеями. В этот период происходит закрепление в традиции начал деятельности всех институтов римской государственности и судебной системы, наряду с общенародным государственным законодательством определяющую для движения права роль стало играть судебное и магистратское правотворчество, практически разорвавшее связи с понтификальной юриспруденцией и религиозным толкованием. Третий период (I в. до н. э. – III в. н. э.) – классический для всей эпохи античного римского права. В условиях длительного социального кризиса Древнего Рима (I в. до н. э. – нач. I в. н. э.), распада республиканских установлений и утверждения монархии происходит формирование принципов публичного права как права, выражающего суверенитет римского народа, а затем переосмысление, с их точки зрения, нового монархического строя. Одновременно складывается уголовное право в современном смысле с вполне самостоятельными объектами правовой охраны и принципами применения... Четвертый период (IV–V вв. н. э.) – время начинающейся трансформации римского права из правовой системы, приспособленной только к нуждам античного общества и специфической государственности, в систему, пригодную для других социальных и политических условий. Развитие императорского законодательства и его преимущественное значение меняет круг источников права и их сопоставительную значимость; преобладающей формой права и источником норм стал закон, что в свою очередь приводило к несомненному огосударствлению права»³⁶. Однако в силу многих «...политических и экономических процессов в 395 г. Римская империя фактически разделилась на восточную и западную части, хотя юридически и идеологически два этих государства продолжали считаться частями единой мировой державы, управлявшейся из двух столиц. Вследствие падения Западной Римской империи в 476 г. под ударами варварских полчищ Восточная Римская империя (Византия) стала единственной носительницей и продолжательницей имперской традиции. Византийцы называли себя по-гречески ромеями (римлянами), а свою империю – «Романией», т. е. Римской державой... После крушения Византийской империи в результате турецкой агрессии в 1453 г. духовным, а отчасти идеологическим и политическим продолжением «римской» традиции стало Московское царство (концепция «Москва – Третий Рим»), превратившееся в начале XVIII в. в Российскую империю»³⁷. В период «...Средневековья и Нового времени Италия представляла собой конгломерат феодальных государств, иностранных владений и независимых городских республик. В 1861 г. создано

³⁶ Омельченко О. А. Римское право : учебник. М., 2000. URL: <http://www.bibliotekar.ru/rimskoe-pravo-1/7.htm> ; <http://www.bibliotekar.ru/rimskoe-pravo-1/index.htm> ; http://www.telecomlaw.ru/studyguides/Om_rom_law.pdf

³⁷ Византийский словарь : в 2 т. / сост., общ. ред. К. А. Филатова. СПб., 2011. Т. 2. С. 246–247. URL: <http://www.hrono.ru/land/landr/romaimper.php>

единое Итальянское королевство. В 1922–1943 гг. в стране был установлен фашистский режим Муссолини. В 1929 г. были заключены Латеранские соглашения с главой католической церкви об образовании на территории г. Рима папского государства Ватикан. В 1947 г. в результате референдума Италия провозглашена республикой»³⁸.

В настоящее время территория Италии включает «...20 областей, которые делятся на провинции. Пять областей – Трентино-Альто-Адидже, Валле-д’Аоста, Фриули-Венеция-Джулия, Сицилия и Сардиния – обладают специальным статусом (самой широкой автономией). В областях действуют выборные органы власти, советы, осуществляющие законодательные, распорядительные и иные функции. Советы образуют исполнительные органы – джунты, которые выбирают своих председателей. Деятельность советов координируется назначаемыми центральным Правительством комиссарами»³⁹.

История правовой системы Португалии начинается с 1095 г., когда эта территория была освобождена от римлян, а затем и арабов. Вначале здесь было образовано графство, а в 1139 г. создано независимое Португальское королевство⁴⁰. Правовые явления в истории Португалии возникали и формировались «...на протяжении многих веков, начиная с XII в., когда образовалось независимое Португальское королевство. В Средние века было издано несколько собраний законов, получивших названия по имени правивших королей. Наиболее важные среди них, помимо первых собраний законов королей Альфонса I и Альфонса II (XII–XIII вв.), – Альфонсовы (1472), Мануэлевые (1521) и Филипповы (1603) ордонансы. Все они были созданы под сильным воздействием римского права, в частности Свода законов Юстиниана, и канонического права, нормы которых нередко применялись в Португалии и самостоятельно, например при обнаружении пробелов в изданных законах. Значительное влияние на развитие законодательства оказывали и действовавшие в стране испанские сборники законов («Фуэро реаль»⁴¹, «Семь партид»⁴² и др.), а также местные правовые обычаи, сохранившиеся со времени господства на Пиренеях вестготов (V– начало VIII в.).

³⁸ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

³⁹ Там же.

⁴⁰ См.: Там же.

⁴¹ См.: Памятники права средневековой Испании. Фуэро Куэнки (1189–XIII в.), Валенсийский кодекс. Фуэро Сепульведы. М., 2004. URL: http://www.vostlit.info/Texts/Dokumenty/Spain/XII/1180-1200/Fuero_Cuenc_Sepulved/text1.htm; Рафалюк Е. Е. Влияние римского права на развитие колониального права Латинской Америки // Вестник НГУ. Серия: Право. 2012. Т. 8, вып. 2. С. 280. URL: <http://www.nsu.ru/xmlui/bitstream/handle/nsu/4314/43.pdf;jsessionid=71CD46F28CEA6540AE05EF847C214CF5?sequence=1>

⁴² См.: Рафалюк Е. Е. Влияние римского права на развитие колониального права Латинской Америки // Вестник НГУ. Серия: Право. 2012. Т. 8, вып. 2. С. 280. URL: <http://www.nsu.ru/xmlui/bitstream/handle/nsu/4314/43.pdf;jsessionid=71CD46F28CEA6540AE05EF847C214CF5?sequence=1>

Период власти арабских завоевателей (VIII–XI вв.) в дальнейшей правовой истории Португалии отражения не получил. Средневековые королевские ордонансы XV–XVII вв. представляли собой многотомные собрания законодательных предписаний, относящихся к различным отраслям права и систематизированных по весьма несовершенным формальным правилам. В частности, включенные в них нормы уголовного права отличались крайней жестокостью и в то же время регулировали ответственность лишь за отдельные виды преступлений и не содержали положений общего характера. Ордонансы предоставляли широкие возможности для произвола феодалов и судей»⁴³.

В настоящее время территория Португалии включает в себя континентальную и островную части. В континентальную часть территории этой страны, после административной реформы 2003–2008 гг., вошли «...районы метрополий (Лиссабон, состоящий из так называемого Большого Лиссабона и п-ова Сетубал, и Порту, включающий в себя Большой Порту, а также район от р. Доуру до р. Вога) и до конца не сформированные межмуниципальные сообщества. Созданные конгломерации призваны координировать субрегиональное управление территорией страны, поделенной на 308 муниципалитетов («конселью»), в свою очередь включающих в себя 4260 приходов («фрегезий»)»⁴⁴. Островная часть территории Португалии состоит из автономных регионов, областей – архипелагов «...Азорские о-ва и Мадейра, которые, в соответствии с конституционными положениями, пользуются существенной политико-административной и хозяйственной самостоятельностью, в том числе в налоговых вопросах»⁴⁵. Региональные «...законодательные декреты издаются по вопросам, представляющим особый интерес для соответствующих областей и не закрепленным за Собранием Республики или Правительством; при этом они не могут содержать положения, противоречащие общим законам Республики»⁴⁶.

В VI в. до н. э. территория будущей Франции «... была заселена племенами кельтов (галлов). К II–I вв. до н. э. относится ее завоевание Римом и создание провинции Галлия»⁴⁷. В III в. в состав союза германских племен входили салические (приморские) франки, находившиеся на северо-восточной границе Галлии, провинции Римской империи»⁴⁸.

⁴³ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

⁴⁴ О Португалии. 2012 // Официальный сайт посольства России в Португальской Республике. URL: <http://www.embrussia.ru/ru/node/56>

⁴⁵ Там же.

⁴⁶ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

⁴⁷ Там же.

⁴⁸ См.: История государства и права зарубежных стран : учеб. для вузов : в 2 ч. / под общ. ред. О. А. Жидкова, Н. А. Крашенинниковой. М., 2004. Ч. 1. С. 262.

В V в. на этой территории было образовано Франкское государство⁴⁹. В 510 г. представителями разных частей королевства франков была составлена «Салическая правда», включавшая не только древние обычаи этого народа, но и заимствованные отдельные римские правовые конструкции⁵⁰. Действовал этот судебник преимущественно в северной части королевства франков, занятой салами-пришельцами, а применялся кодекс «Алариха» по делам галло-римлян⁵¹. Последующие «социально-экономические, религиозно-идеологические, этнографические и другие изменения в галльском обществе оказали непосредственное влияние и на процессы складывания и развития специфических черт государственного аппарата Франкской империи, поглотившей в VIII–IX вв. большинство варварских государств Западной Европы»⁵². Однако в это время, в условиях проявления сепаратизма со стороны землевладельцев, губернаторов и графов, возглавлявших полуавтономные государственные территориальные единицы, а также военных конфликтов между ними Франкская империя не являлась общим территориальным образованием⁵³. В X в. это государство стало именоваться Францией, которая «...была единым королевством лишь чисто номинально, так как ее территориальный распад продолжался»⁵⁴. В условиях феодальной раздробленности в X в. территория Франции включала в себя герцогства (Аквитанское, Бретонское, Бургунское, Нормандское) и графства (Анжуйское, Тулузское, Фландрское, Шампанское)⁵⁵. В связи с этим можно полагать, что правовое регулирование общественных отношений в этих территориальных образованиях осуществлялось на основе местных норм и правил. К XI в. Франция «...представляла собой конгломерат многочисленных сеньорий разных размеров с весьма различным в этническом отношении составом населения (кельты, баски, нормандцы и др.). К этому времени во Франции в результате территориальной раздробленности государственная власть была буквально расщеплена между королем и множеством других феодалов равного ему или более низкого ранга»⁵⁶. В дальнейшем, когда во Франции усиливалась централизация государственной власти, происходило политическое объединение страны, формировалась религиозно-духовная общ-

⁴⁹ См.: Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

⁵⁰ См.: *Графский В. Г.* Всеобщая история права и государства : учеб. для вузов. М., 2007. С. 275.

⁵¹ См.: Там же. С. 276.

⁵² История государства и права зарубежных стран : учеб. для вузов : в 2 ч. / под общ. ред. О. А. Жидкова, Н. А. Крашенинниковой. Ч. 1. С. 272.

⁵³ См.: Там же. С. 277.

⁵⁴ Там же. С. 281.

⁵⁵ См.: Всеобщая история государства и права : учеб. для вузов : в 2 т. Т. 1: Древний мир и Средние века / под ред. В. А. Томсинова. М., 2011. С. 458.

⁵⁶ История государства и права зарубежных стран : учеб. для вузов : в 2 ч. / под общ. ред. О. А. Жидкова, Н. А. Крашенинниковой. Ч. 1. С. 281.

ность населения и «... утверждение абсолютизма, французское право вплоть до революции 1789 года представляло собой конгломерат многочисленных правовых систем, действие которых распространялось или на определенный круг лиц (духовенство, торговцы и т. д.), или на какую-либо конкретную, часто небольшую по размерам территорию. Как язвительно заметил Вольтер, во Франции, «меняя почтовых лошадей, меняют право»... К X в. во Франции практически перестали действовать Салическая правда и другие варварские обычаи, которые применялись по персональному принципу. На смену им в условиях феодальной раздробленности пришли территориальные правовые обычаи (кутюмы) отдельных регионов, сеньорий и даже общин. В рамках крупных феодальных владений (Нормандия, Анжу, Бретань и др.) они отличались большим разнообразием»⁵⁷. В Средние века правовое регулирование общественных отношений имело свои особенности на севере и на юге Франции. Северную часть этого государства называли «страной обычного права», поскольку здесь основным правовым регулятором были территориальные правовые обычаи (кутюмы) отдельных регионов⁵⁸. Здесь обычаи формировались и применялись «...в устной форме (отсюда север Франции носил название «страны неписаного права»); они формировались на основе обыкновений, признававшихся из поколения в поколение на какой-либо определенной территории, местного или регионального масштаба. Сила и авторитет обычного права определялись тем, что оно отражало реальные потребности территориальных коллективов феодального общества, возникало, как правило, из компромисса и не зависело всецело от произвола государственной власти. Поэтому и соблюдение кутюмов в большинстве случаев было добровольным, хотя они и приобретали обязательную силу, подкрепляемую прежде всего судебной властью. Для признания обычаев в судах было необходимо, чтобы они были известны с «незапамятных времен», т. е. по крайней мере 40 лет. Начиная с XII в. отдельные кутюмы стали записываться, а к середине XIII в. в Нормандии был составлен сравнительно полный сборник обычного права – Большой кутюм Нормандии, который использовался в судебной практике»⁵⁹. Источником права на юге Франции, наряду с обычным правом, было и «...римское право, которое имело здесь достаточно глубокие исторические корни. Влияние римского права в Галлии восходило еще к завоевательным походам Юлия Цезаря. Оно сохранило свои позиции и в века, последовавшие за падением Римской империи, но трансформировалось в своеобразное галло-римское право, опиравшееся не на византийскую кодификацию Юстиниана, а на упрощенную версию законодательства Феодосия и на варваризированный сборник римского права, составленный вестготским королем Алариком»⁶⁰.

⁵⁷ Там же. С. 396.

⁵⁸ См.: Там же. С. 396.

⁵⁹ Там же. С. 396–397.

⁶⁰ Там же. С. 398.

В настоящее время территория Франции разграничена «... на 95 департаментов, департаменты – на коммуны. В департаментах действуют органы самоуправления – генеральные советы... В коммунах местная власть принадлежит муниципальным советам»⁶¹. По ст. 72 Конституции Французской Республики ее территориальными коллективами «...являются коммуны, департаменты, заморские территории... Эти коллективы свободно управляются выборными советами в соответствии с условиями, предусмотренными законом»⁶².

Краткий обзор источников информации позволяет сделать вывод о том, что упомянутое Р. Давидом местное, региональное позитивное право Англии, Испании, Италии, Португалии и Франции, стало правовой основой для формирования национального права этих стран и имело важное значение в их правовых системах, поскольку учитывало специфику административных, территориальных и национальных автономий унитарных и федеративных государств. Однако вопрос о понимании регионального права по-прежнему актуален не только для юристов, политических и государственных деятелей этих стран, но и для юридической науки в целом. Действительно, что же может представлять собой региональное и федеральное право, право районов, областей, округов, кантонов, земель и штатов, право субъекта федерации в правовых системах федеративных государств?

⁶¹ Правовые системы стран мира. Энциклопедический справочник / отв. ред. А. Я. Сухарев.

⁶² Конституции зарубежных стран / сост. В. Н. Дубровин. М., 2001. С. 62.

*Новосибирский военный институт
имени генерала армии И. К. Яковлева
войск национальной гвардии России*

*Потапов М. Г., кандидат юридических наук,
доцент кафедры гражданского права*

E-mail: m.potapov@ngs.ru

*Novosibirsk Military Institute named after
Army General I. K. Yakovlev Troops of
the National Guard of Russia*

*Potapov M. G., Candidate of Legal Sciences,
Associate Professor of the Civil Law
Department*

E-mail: m.potapov@ngs.ru

РАННЯЯ ИСТОРИОГРАФИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ ПРАВОВЫХ СИМВОЛОВ

И. В. Мальцев

Министерство труда и социального развития Новосибирской области

Поступила в редакцию 14 июня 2019 г.

Аннотация: предпринята попытка расширения устоявшихся в отечественном правоведении историографических границ исследования правовых символов. По свидетельству отечественных правоведов, самые ранние обращения к символическим феноменам в праве появились в XIX в. (чаще всего упоминается работа Я. Гримма «Немецкие правовые древности»). В научный оборот вводится информация о более ранних работах юристов XVIII в., специально посвященных исследованию символов в правовом контексте (труды Б. Л. Моленбека, И. Г. Шерца, Э. Отто, И. Т. Гофмана, И. В. Гофмана, И. У. Крамера, Х. У. Групена, И. Г. Шаумбурга и др.). С учетом цивилистического направления, затрагивающего вопросы символической передачи (*traditio symbolica*), историография может быть расширена до научных трудов таких юристов XVI–XVIII вв., как И. Т. Фрайг, И. Каль, А. Альчато, Ю. Мейер, Н. И. Гундлинг и др. Сделан вывод о необходимости продолжения специальных историко-правовых исследований по данному вопросу.

Ключевые слова: правовые символы, правовые древности, символическая передача, Я. Гримм, И. Т. Гофман.

Abstract: the article attempts to extend the traditional historiographical borders of the legal symbols research in the domestic legal studies. According to our domestic legal researchers, the earliest examination of symbolical phenomena in law happened in the 19th century (in most cases J. Grimm's 'German Legal Antiquities' are mentioned). The research discourse starts to consider the earlier works of the lawyers dating back to the 18th century, devoted to symbols within the legal context (works of B. L. Mollenbeck, J. G. Scherz, E. Otto, J. T. Hoffmann, J. W. Hoffmann, J. U. Cramer, C. U. Grupen, J. G. Schaumburg and some other authors). With account of the civilistic approach considering the issues of the symbolic tradition, historiography can be extended to the papers of such lawyers of the 16th – 18th centuries as I. T. Freigius, I. Calvinus, A. Alciato, J. Mejer, N. H. Gundling and some other authors. We conclude that it is necessary to work on the further special historical and legal research of these issues.

Key words: legal symbols, legal antiquities, symbolic tradition, J. Grimm, J. T. Hoffmann.

По свидетельству дореволюционных отечественных правоведов, самые ранние обращения к темам, связанным с проявлениями символических феноменов в праве, появились в XIX в. в трудах европейских авторов. В первую очередь, исследователями упоминается работа о немецких правовых древностях Я. Гримма («Deutsche Rechtsalterthümer», 1828). По словам П. Д. Колмыкова¹, эта работа «возбуждает заслуженное удивле-

¹ В литературе встречается и другой вариант написания фамилии ученого: Калмыков.

ние неисчерпаемым богатством учености глубокой»² и охарактеризована А. А. Котляревским как «доселе никем не превзойденный образец антикварно-юридического труда»³.

Как отмечает И. Г. Данилов, «долгое время колоссальный труд Гримма оставался без подражателей»⁴, но затем аналогичный опыт в отношении французских юридических древностей был предпринят Ж. Мишле («Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel», 1837), который «воспользовался материалами, собранными трудолюбием Гримма, дополнил их некоторыми символами французского права и озарил всю эту массу фактов философским воззрением в введении к своему сочинению»⁵. Необходимо добавить, что в указанном *введении*, весьма обширном по объему (124 страницы), Ж. Мишле, упоминая Я. Гримма и Дж. Вико, говорит о становлении новой науки – *символики права* («La symbolique du droit») и тем самым еще прочнее конструирует своеобразную арку, сводящую «правовые древности» и правовые символы.

Анализируя научную разработанность данной темы, А. В. Никитин отмечает, что «проблема символизма права по историческим меркам стала совсем недавно привлекать внимание ученых-юристов», а «первые публикации в этой области исследований увидели свет в первой половине XIX века»⁷. При этом ученый стремится отдать хронологический приоритет в исследовании рассматриваемой проблематики отечественному правоведению и со ссылкой на монографию А. П. Куницына «Право естественное», которая была опубликована в 1818 г., за 10 лет до издания работы Я. Гримма «Немецкие правовые древности», отмечает, что «в России проблема символизма в праве становится предметом научных изысканий значительно раньше, чем за рубежом»⁸.

² Колмыков П. Д. О символизме права вообще и русского в особенности. СПб., 1839. С. 15.

³ Котляревский А. А. Древности юридического быта балтийских славян. Опыт сравнительного изучения славянского права // Котляревский А. А. Соч. СПб., 1895. Т. 4. С. 5. Впрочем, авторитет труда Я. Гримма не меркнет до настоящего времени: в одной из современных работ «Знаки и символы права» Г. Кохер отмечает, что это исследование «сегодня является все еще непревзойденным и по-прежнему переиздаваемым информационным источником» (Kocher G. Zeichen und Symbole des Rechts. Eine historische Ikonographie. München, 1992. S. 8).

⁴ Данилов И. Г. О значении и собирании древних русских юридических символов // Сборник Археологического института. 1880. Кн. 4. Отд. III. С. 6.

⁵ Там же.

⁶ См.: Michelet J. Origines du droit français, cherchées dans les symboles et formules du droit universel. Paris, 1837. P. IV.

⁷ Никитин А. В. Правовые символы : дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999. С. 11.

⁸ Там же. С. 16. В одном из примечаний к своей статье Н. В. Акчурина касается также вопроса хронологического приоритета в исследовании «древностей» и упоминает «русского историка, харьковского профессора Г. П. Успенского, который раньше Я. Гримма в 1811–1812 гг. издал книгу “Опыт о древностях российских”»

По мнению И. А. Исаева, «проблема символических форм в юриспруденции возникла в связи и в ходе становления романтического мировоззрения, ставившего в центр внимания такие понятия, как «нация» и «народный дух». В русле этого мировоззрения проблему изучали и немецкий романтик Гримм, и русский Колмыков»⁹. Попытки историографических обзоров по данной теме, предпринимаемые другими современными российскими юристами, существенных корректировок в определение «первопроходцев» не внесли¹⁰.

Однако можно с полной уверенностью утверждать, что первые работы юристов, специально посвященные исследованию символов в правовом контексте, появились как минимум за 100 лет до выхода знаменитого труда Я. Гримма, а «догриммовский» период их изучения представлен не менее чем 10 исследованиями, приведенными в таблице, которые российскому правоведению практически не известны и, несомненно, являются материалом для дальнейших специальных изысканий¹¹.

Сочетание латинских и немецких названий исследований, приведенных в таблице, а также их тематические акценты косвенно свидетельствуют как о популярности римского частного права в юридической науке того времени, так и о постепенном развитии в XVIII в. идей воплощения в праве особого национального духа, основ зарождающейся исторической школы права, вытеснении академической латыни «вульгарными» языками.

Так, понятие «*traditio symbolica*», которое выведено в наименования работ Б. Л. Моленбека, И. Г. Шерца, И. У. Крамера, И. Г. Шаумбурга, является цивилистическим и соответствует условному термину «символическая передача», известному в римском частном праве¹². Если рассмотреть вопрос именно с этой стороны, то можно расширить его историогра-

(Акчурина Н. В. Идея органического развития в русском правоведении XIX века // Правоведение. 2000. № 3. С. 81).

⁹ Исаев И. А. Символизм правовой формы (историческая перспектива) // Правоведение. 2002. № 6. С. 5.

¹⁰ См., например: Мастяева И. От символизма обычного права к символизму «права ученых» средневекового *ius commune*? URL: <https://medieval.hse.ru/news/73531525.html> (дата обращения: 13.06.2019).

¹¹ Опыт исследования трудов И. Т. Гофмана, И. В. Гофмана и Э. Отто в 2011 г. предприняла М. К. Шюрманн (см. подр.: *Schürmann M. C. Iurisprudentia Symbolica. Rechtssymbolische Untersuchungen im 18. und 19. Jahrhundert.* Hamburg, 2011. 301 S.).

¹² М. Бартошек так определяет слово *traditio*: «традиция, передача права собственности, сопровождающаяся фактической передачей вещи [...], согласная воля сторон утратить и соответственно приобрести право собственности [...] и действительное правоотношение между сторонами, которое правовые нормы признают достаточным для передачи права собственности» (Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения. М., 1989. С. 313). Ученый отмечает, что в некоторых случаях передача вещи является фиктивной – *traditio ficta*, частным случаем которой является *traditio symbolica*, когда передается вещь, которая лишь обозначает передачу главной вещи (см.: Там же. С. 314).

Издания, посвященные исследованию символов в правовом контексте

Автор	Наименование работы	Год издания
Mollenbeck B. L.	Specimen Ivridicvm De Traditione Symbolica	1708
Scherz J. G.	Dissertatio Juridica Quæstiones quasdam De Traditione Symbolica delibans	1713
Otto E.	Disputatio Juridica, Prima & Secunda, De Jurisprudencia Symbolica	1724
	De Jurisprudencia Symbolica, Exercitationum ΤΡΙΑΣ	1730
Hoffmann J. T.	Dissertatio Jvridica De Jurisprudencia Symbolica	1726
Hoffmann J. W.	Specimen Ivrisprvdentiae Symbolicae Vetervm Germanorvm	1736
Cramer J. U.	Disputatio Jvridica De Impossibili Possessionis In Diem Traditione Symbolica	1737
Gruppen C. U.	Teutsche Alterthümer, zur Erleuterung des Sächsischen auch Schwäbischen Land- und Lehn-Rechts	1746
Schaumburg J. G.	Dissertatio Ivridica De Traditione Symbolica	1746
Dümgé C. G.	Symbolik germanischer Völker in einigen Rechtsgewohnheiten	1812
Spangenberg E. P. J. (Hg.)	Beiträge zur Kunde der teutschen Rechtsaltertümer und Rechtsquellen	1824

фию до научных трудов таких юристов XVI–XVIII вв., как И. Т. Фрайг, И. Каль, А. Альчато, Ю. Мейер, Н. И. Гундлинг и др.

И. Т. Фрайг, описывая *traditio* как явление, имеющее двойственность (*duplex*), различает передачу подлинную (*vera*) и фиктивную (*ficta*). Если в первом случае речь может идти о передаче из рук в руки (*de manu in manum*), то во втором случае – нет. Фиктивная передача подразделяется И. Т. Фрайгом на два вида – в отношении определенного или неопределенного лица (*in personam certam aut incertam*). Частным случаем фиктивной передачи в отношении определенного лица названа *символическая передача* (*per symbolum*) и здесь упоминается передача ключей. Другими примерами фиктивной передачи в отношении определенного лица названы передача вследствие допущения (*per patientiam*) и через инвестируру (*per inuestituram*), а в отношении неопределенного лица – через «выбрасывание подарков» (*per iactum missilium*) или бесхозные вещи (*rem pro derelicto*)¹³.

И. Каль использует для обозначения фиктивной передачи термин «*quasi traditio*», которая подразделяется им на передачу символическую

¹³ См.: *Freigivs I. T. Quæstiones Ivstinianæ*, In Institvtiones iuris Ciuilis. Basileæ, 1578. P. 54–55.

или воображаемую (*in symbolicam, seu imaginariam*) и передачу «молчаливую» (*tacitam*). Помимо ключей, названных И. Т. Фрайгом, в случае с символической передачей И. Каль приводит целый ряд других примеров, свидетельствующих о достаточно широком понимании символа в рассматриваемом контексте, упоминая не только предметы, представляющие передаваемую вещь, но и различные способы опосредованных (т. е. кроме передачи *de manu in manum*) действий сторон. При этом И. Каль разделяет эти способы в зависимости использования *на стороне передающего* (*a parte tradentis*): документ (*instrumentum*¹⁴), ключи (*claves*), введение, приведение (*introductio*), приказание, повеление (*iussus*), указывание, показывание (*demonstratio*) и др.; и *на стороне принимающего* (*a parte accipientis*): взгляд (*visus*), опечатывание (*obsignatio*), проба (*degustatio*) и др.¹⁵

У Ю. Мейера словосочетание «символическая передача» не используется, однако для характеристики соответствующего способа фиктивной передачи он использует словосочетание «знак и символ» (*nota & symbolo*) и приводит в качестве примера, в частности, передачу коня с помощью предметов упряжи: «так, при передаче удил или узды передается предполагаемый конь» («*sic per traditionem freni vel capistri equus videtur traditus*»)¹⁶.

Исследование Б. Л. Молленбека «*Specimen Ivridicvm De Traditione Symbolica*» (1708) является одной из первых работ, специально посвященных символической передаче. Выявляя терминологические оттенки этого понятия, автор рассматривает его в том числе сквозь призму синонимов слова «символическая»: представляемая (*repræsentalis*), несобственная (*abusiva*), мнимая (*fictitia*), воображаемая (*imagitaria*)¹⁷.

Наряду с разделами о символической передаче *in genere*, ее субъектах и объектах и другими, специальный (пятый) раздел работы Б. Л. Молленбека, самый обширный по количеству страниц и высказываний¹⁸, посвящен *формам* символической передачи. Здесь, как у И. Каля,

¹⁴ Латинское слово «*instrumentum*» переводится в значении «инструмент», «орудие», однако в контекстном переводе означает, как правило, именно документ (см., например: *Бартошек М.* Указ. соч. С. 314; *Полдников Д. Ю.* Упрощенная традиция в доктрине глоссаторов (фикция и реальность) // *IVS ANTIQVVM. Древнее право.* 2005. № 1. С. 139; *Санфилиппо Ч.* Курс римского частного права. М., 2011. С. 250).

¹⁵ См.: *Calvinvs I.* *Ivrisprudentiæ Romanæ; Præsertim Vero Tribonianæ* [...]. *Francofvrdis*, 1595. P. 111.

¹⁶ *Mejer J.* *Pandectarvm vniversi ivris civilis, sive collegii ivridici Argentoratensis* [...]. *Argentorati*, 1617. P. 893.

¹⁷ См.: *Mollenbecio B. L.* *Specimen Ivridicvm De Traditione Symbolica.* *Giessæ – Nassorvm*, 1708. P. 9. Б. Л. Молленбек разделяет понятие «*traditio fictitia*» как синоним «*traditio symbolica*» и понятие «*traditio ficta*» («*quasi traditio*»). Последнее рассматривается им наряду с понятием «*traditio vera*» отдельно в разделе о противоположных и смежных понятиях.

¹⁸ Структурной единицей раздела в рассматриваемой работе Б. Л. Молленбека выступает *высказывание* (*aphorismus*).

можно встретить и замещающие предметы, и особые действия, в частности: ключи (*claves*), документ (*instrumentum*), корабельный инструмент (*instrumenta navis*), удила или узду (*frenum vel capistrum*), ком земли (*frustulum seu gleba*), палку, посох или жезл (*fustem, baculum seu festucam*), ветку (*ramum*), пробу вина (*degustatio vini*), установление охранный (*custodum appositione*), скотацию (*scotatio*)¹⁹.

Вместе с тем можно предположить, что при рассмотрении форм символической передачи Б. Л. Молленбек расширяет ее рамки как гражданско-правового феномена, описывая наряду с передачей ключей и дегустацией вина такие явления, как коронация или посвящение в рыцари (высказывание XIX)²⁰. Широкую трактовку понятия «*traditio symbolica*» демонстрирует также И. Г. Шаумбург в работе «*Dissertatio Ivridica De Traditione Symbolica*» (1746), где специальная глава посвящена символической передаче феодальных прав (*bonorum feudalium*) с использованием таких предметов, как корона, палка, шапка (колпак), меч, флаг, посох, кольцо (перстень), крест, покрывало (плащ) (*per coronam, bastam, pileum, gladium, vexillum, baculum & annulum, cruceм, enseм, pallium*) и др.²¹

Одной из первых работ, где рассматривается значение символов для права вообще, является диссертация И. Т. Гофмана о *символической юриспруденции* – «*Dissertatio Ivridica De Jurisprudencia Symbolica*» (1726), в которой продемонстрирована позиция о применении символов как в частном, так и в публичном праве, в праве церковном и феодальном. По словам ученого, «выражение, а равным образом задача любой

¹⁹ См.: *Mollenbecio B. L. Op. cit.* P. 43–55. При перечислении примеров сделаны отступления от последовательности, в которой они приведены у Б. Л. Молленбека. Слово «скотация» требует небольшого пояснения. В Словаре иностранных слов, вошедших в состав русского языка, составленном под редакцией А. Н. Чудинова, оно определяется как «символический обычай передачи права на владение поземельным участком, состоявший в том, что передающий бросал в полы приобретателя горсть земли или травы с передаваемого участка» (Словарь иностранных слов, вошедших в состав русского языка / под ред. А. Н. Чудинова. СПб., 1894. С. 805). Б. Л. Молленбеком рассматривается, кроме того, специфика скотации в каноническом праве (высказывание XV) (см.: *Mollenbecio B. L. Op. cit.* P. 53).

²⁰ См.: *Mollenbecio B. L. Op. cit.* P. 56.

²¹ См.: *Schaumburgio I. G. Dissertatio Ivridica De Traditione Symbolica*. Lipsiae, 1746. P. 38. Именно о предметах, используемых при инвеституре, говорит А. Ю. Глушаков, отдавая первенство в освещении вопроса о научной классификации символов «французскому ученому XVIII в. Дю Канжу – он рассматривал аспект введения в ритуал вассалитета символических предметов» (Глушаков А. Ю. Государственно-правовые символы в системе легитимации публичной власти древней и средневековой Руси IX–I половины XV в. (историко-правовое исследование) : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2003. С. 16). Требуется уточнение в отношении названного хронологического периода: Дю Канж (1610–1688) в XVII в. составил свой знаменитый словарь средневекового латинского языка (*Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis*), на статью из которого ссылается А. Ю. Глушаков по изданию 1733 г. (первое издание словаря состоялось в 1678 г.).

юриспруденции являет собой коммуникацию, следовательно, нуждается или в словах, или в знаках» («quævis jurisprudentiæ species mutual opus habet communicatione, ergo vel verbis eget vel signis»)²².

Свои акценты при рассмотрении *символической юриспруденции* составляет Э. Отто, который целый раздел²³ одноименной работы (1730) посвящает символике различных частей тела человека: головы, лба, уха, волос, бороды, рта, руки и т. д. Правая рука, например, рассматривается исследователем как признак веры (*fidei insigne*)²⁴, а также символ частного и публичного гостеприимства (*hospitii private & publici symbolum*)²⁵, а ухо именуется символом памяти (*memoriæ symbolo*)²⁶ вслед за Плинием Старшим, который полагал, что именно в мочке уха находится место памяти – место, которого касаются, призывая человека в свидетели (*est in aure ima memoriæ locus, quem tangentes antestamur*)²⁷.

Понятие символической юриспруденции предметно связано с «немецкими древностями» (*veterum germanorum*) уже в наименовании работы И. В. Гофмана «*Specimen Ivrisprvdentiae Symbolicae Vetervm Germanorum*» (1736), что, вероятно, говорит о нарастающем внимании немецких юристов к национальным традициям и определенном векторе в направлении исторической школы права, которая сложится в первой половине XIX в. Вкрапление в правовую мысль национального духа ощущается даже в увеличении использования слов немецкого языка в научных трактатах того времени, которые, как правило, составлялись на академическом латинском языке, языке римских юристов. У И. В. Гофмана немецкие слова встречаются практически на каждой странице работы, яркой готикой выделяясь в латинском тексте²⁸. Не случайно отмечено, что «если римское право желало сохранить свое первенство в юридической жизни Европы, оно тоже должно было «заговорить» на национальных языках»²⁹.

²² *Hoffmann J. T. Dissertatio Jvridica De Jurisprudentia Symbolica. Ienæ, 1726. [Р. III].*

²³ Разделы в работе Э. Отто именуется «упражнениями» или «опытами» (*exercitatio*).

²⁴ См.: *Otto E. De Jurisprudentia Symbolica, Exercitationum ΤΡΙΑΣ. Trajecti ad Rhenum, 1730. P. 186.*

²⁵ См.: *Ibid. P. 191.*

²⁶ См.: *Ibid. P. 138, 141.*

²⁷ См.: *Pliny. Natural History. Vol. III. Cambridge, Massachusetts ; London, 1967. P. 590.*

²⁸ В связи с этим требует упоминания, например, работа Н. И. Гундлинга об Институциях Юстиниана, где латинские и немецкие слова и предложения тесно переплетаются (иногда даже одно слово может состоять из латинской основы и немецкого окончания, изображаемых разными шрифтами), демонстрируя весьма специфический профессиональный язык немецкого юриста того времени (см.: *Gundling N. H. Gründlicher Discours Uber die Institutiones D. Justiniani [...]. Franckfurt am Mayn, 1739. P. 313*).

²⁹ *Марей А. В. Язык права средневековой Испании. От Законов XII таблиц до Семи Партид. М., 2008. С. 14.*

Через 10 лет издается одна из первых «догриммовских» работ о немецких правовых древностях на национальном языке – исследование Х. У. Групена «Немецкие древности, о толковании саксонского и швабского земельного и ленного права» («Teutsche Alterthümer, zur Erleuterung des Sächsischen auch Schwäbischen Land- und Lehn-Rechts») (1746). Особенностью этой работы является, в частности, обращение к иллюстративному материалу: описание тех же символических передач у Х. У. Групена сопровождается соответствующими рисунками³⁰. На приведенных фрагментах (рис. 1 и 2) изображается передача собственности с помощью ветки дерева и перчатки.



Рис. 1



Рис. 2

Под названием «*jurisprudencia picturata*» (иллюстративная или образительная юриспруденция) указанный подход известен также у И. К. Г. Дрейера. На приведенном фрагменте из его работы «*Jurisprudencia Germanorum picturata*» (1824) изображена символическая передача с помощью куска земли с побегом (*traditio symbolica fundi per glebam, cui surculus infixus*)³¹ (рис. 3).



Рис. 3

³⁰ См.: *Gruppen C. V. Teutsche Alterthümer, zur Erleuterung des Sächsischen auch Schwäbischen Land- und Lehn-Rechts*. Hannover und Lüneburg, 1746. S. 2, 7, Taf.

³¹ См.: *Dreyer J. C. H. Jurisprudencia Germanorum picturata // Beiträge zur Kunde der teutschen Rechtsalterthümer und Rechtsquellen / hg. von E. Spangenberg*. Hannover, 1824. S. 43, Tab. IV.

Х. У. Групен не ограничивает исследование «немецких древностей» лишь символиккой, связанной с передачей собственности, но отмечает, что даже «передачи у немецких народов совершались с бесчисленными символами»³². В работе «Немецкие правовые древности» Я. Гримм, тем не менее, сумел «рафинировать» из обширного массива народных обычаев перечень из 41 символа³³ и разделил все символы на три основные группы:

1) те, которые касаются передачи земли;

2) те, которые связаны с личными отношениями (свобода, брак, положение детей);

3) те, которые касаются присяги, обета или союза³⁴.

Ученый также отмечает, что из трех основных видов символы первой группы являются наиболее значительными и многочисленными и «что большинство немецких правовых символов имеют отношение к передаче и вводу (einweisung) недвижимого имущества»³⁵.

Глава о символах находится во введении к указанной работе Я. Гримма (вместе с главами о формах, формулах, мерах и числах) и включает следующие понятия: земля, трава; стебель; ветка; палка; рука и палец; ноги; рот и нос; ухо; борода и волосы; шляпа; перчатка; башмак; пояс; пола; плащ; знамя; стрела; молот; копьё; меч; нож; веретено; ножницы; крест; щепка (лучина); дверь; ключ; кольцо; монета; камень; нить; веревка; повозка; плуг; стул и стол; вода; вино; кровь; огонь; пучок соломы; ухват (Andelang)³⁶. В последующих изданиях книги «Немецкие правовые древности» этот список был немного расширен³⁷.

Можно предположить, что как в перечне, так и в классификации символов, приведенных Я. Гриммом, прослеживается определенная односторонность подхода, поскольку существенный акцент делается на частноправовые отношения (в рамках которых сам ученый отдает предпочтение символам передачи недвижимого имущества). Важно отметить, что за рамками главы о символах у Я. Гримма рассматривается, например, собирательное понятие инсигнии (Insignien) как признак правящего сословия (Herschende) в соответствующем разделе работы. К их числу ученый относит, в частности, следующие «освященные церковью

³² Ibid. S. 5.

³³ Здесь указано количество символов (пар символов), включенных в первое издание работы Я. Гримма (1828).

³⁴ См.: *Grimm J. Deutsche Rechtsalterthümer*. Göttingen, 1828. S. 200.

³⁵ Ibid.

³⁶ См.: Ibid. S. 109–207. Завершающее перечню понятие «Andelang» не имеет устойчивого значения и вызывает различные толкования даже у носителей языка: ухват, короткое оружие и др. (см., например: *Goldmann E. Der andelang*. Breslau, 1912. 67 S. ; *Zoepfl H. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*. Bd. 2. Abt. 2. Stuttgart, 1847. S. 298).

³⁷ Так, например, в четвертое издание дополнительно включены еще 10 символов (пар символов): рука и шея; рукоятка (Schaft); лопата; звезда; щит; звериная шкура; кувалда (Schlegel); шпора; стремя; гребень (расческа) (см.: *Grimm J. Deutsche Rechtsalterthümer*. Leipzig, 1899. Bd. 1. S. 153–284).

и унаследованные от предков знаки: корону, скипетр, мантию, возможно также знамя, копьё, меч, наконец, у немецкого короля или императора появляются орел на гербе и держава»³⁸.

Если, не касаясь общих черт символов и инсигний, примеры которых приведены у Я. Гримма, попытаться найти обоснование их разделения или несовместимости, возможно выйти на ряд теоретических проблем, решение которых имеет большое значение для «символической юриспруденции». Разумеется, в данном случае можно рассуждать, например, что в примерах символов Я. Гримма превалирует частнопредметная природа, а в примерах инсигний выходят на первый план публично-правовые отношения. Однако представляется, что в данном случае мы наблюдаем еще и опыт определенного водораздела между явлениями, имеющими символическое значение *лишь в определенном контексте* (т. е. в случае, когда вещь временно наделяется свойствами правового символа в силу обычая или соглашения, но постоянно выполняет какую-либо утилитарную функцию вне правового поля), и явлениями, которым в ходе исторического развития права и государства функция правового символа стала присуща *имманентно, внеконтекстно*.

Ситуация с контекстными правовыми символами очень наглядно описывается Г. Ф. Дормидонтовым: «Символ или символический обряд, служащий внешним знаком совершаемого действия, будучи взят сам по себе, отдельно от действия знаменуемого, обыкновенно не имеет не только юридического значения, но даже какого-либо самостоятельного содержания. В обычном праве крестьян существуют, напр[имер], такие символы, как битье по рукам в знак согласия или передача повода проданной лошади из полы в полу. Взятые независимо от той сделки, которую они сопровождают, символы эти ничего не значат»³⁹. То есть вне специально моделируемых условий шляпа останется предметом одежды, молот – орудием труда и т. д., и более корректно было бы называть их не символами, а, например, *символическими предметами*. На «бесчисленность» подобных предметов обращает внимание Х. У. Групен, а Х. Цёпфль со ссылкой на некоторые примеры символов, в том числе у Я. Гримма, отмечает, что наиболее употребительным символом была передача стебля, встречалась передача глыбы земли, но «по большому счету символ (выбор того или иного символа. – И. М.) был, как правило, безразличен: поэтому находят также передачу через ветку дерева (*ramus*), щепку, через перчатку и т. д.»⁴⁰.

Редким опытом анализа обстоятельств, обуславливающих выбор того или иного символического предмета при передаче имущественных прав, является работа П. Ю. Шамаро по вопросам удостоверения правовых актов на территории Южной Франции XI – XII вв. Исследователь отмечает, что древнейшим и универсальным средством передачи имущественных прав служила *полоска кожи (corrigia), завязанная определенным числом*

³⁸ Grimm J. Deutsche Rechtsalterthümer. S. 241–242.

³⁹ Дормидонтов Г. Ф. Классификация явлений юридического быта, относимых к случаям применения фикций. Казань, 1895. С. 79–80.

⁴⁰ Zoepfl H. Op. cit. S. 297–298.

узлов, и рассматривает ее одновременно и как предмет символический, и как предмет, выполняющий функции документа (хранящий память о совершенном акте). Другим универсальным символическим предметом названа «палочка» (вариативно использовались «хворостина», «щепка», «тростинка», «дубинка» и др.)⁴¹. По мнению П. Ю. Шамаро, выбор конкретного символа мог быть обусловлен как устойчивой традицией конкретной местности, так и индивидуальными обстоятельствами, например ассоциацией с названием места, упоминаемого в договоре⁴².

Иначе дело обстоит с внеконтекстными правовыми символами, которые остаются символами в любых условиях и сохраняют возможность определения через данное родовое понятие в научной литературе и словарных статьях. Примеры этих символов, конечно, уже не представляют бесчисленное множество, но их выделение является непростой и дискуссионной теоретической проблемой.

Данная проблема не получила в юридической науке того времени специального освещения, поскольку все «символическое» в конечном счете стало рассматриваться как одна из форм выражения права на ранних этапах развития человеческого общества⁴³. Еще Н. И. Гундлинг отмечал, что «чем проще (simpler) люди, тем больше символов им нужно»⁴⁴. Учитель Я. Гримма⁴⁵ и знаменитый основоположник исторической школы права Ф. К. фон Савиньи называет символические формальности «подлинной грамматикой права» того времени, когда еще отсутствовал необходимый уровень абстрактного мышления и когда «мы находим символические действия всюду, где правоотношения должны возникать или прекращаться»⁴⁶. Смысловая наглядность символических действий, по мнению Ф. К. фон Савиньи, и есть «то, что внешне удерживает право в определенной форме» сообразно значимости, которая придавалась пра-

⁴¹ См.: Шамаро П. Ю. Предметы-символы и письменный документ в удостоверении правовых актов в Пуату и Сентонже XI–XII вв. : символы универсальные и условные // Средние века. 2014. Вып. 75 (3/4). С. 211.

⁴² Приводимый исследователем пример (по документу из картулярия аббатства Св. Креста в Тальмоне (ок. 1100)) посвящен разрешению спора между монастырями о передаче церкви в Ля Жоншер (La Jonchère). Разрешивший спор епископ Пуатье Петр совершил символическую передачу имущественных прав с помощью тростинки, причем в грамоте особо отмечено, что выбор символа был определен названием церкви (французское слово «jonchère» можно перевести как «тростниковая заросль») (подробнее см.: Шамаро П. Ю. Указ. соч. С. 210–212).

⁴³ Вместе с тем нельзя игнорировать и примеры использования символических предметов вместо письменных документов или наряду с ними в условиях наличия письменности и со стороны образованных людей (см. пример, приведенный в предыдущей сноске).

⁴⁴ Gundling N. H. Op. cit. P. 314.

⁴⁵ Я. Гримм поступил на юридический факультет Марбургского университета в 1802 г., когда там преподавал Ф. К. фон Савиньи.

⁴⁶ Savigny F. C. von. Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg, 1814. S. 10.

воотношениям уже в тот период⁴⁷. Другой немецкий ученый, В. К. Ф. Арнольд, специализирующийся на истории права, называет символы «старейшим выражением права, формой, в которой оно должно созерцаться непосредственно, быть чувственно осязаемым»⁴⁸.

Работы немецких ученых, в том числе труд Я. Гримма о немецких правовых древностях, как уже было отмечено, оказали значительное влияние на исследовательские традиции своего времени в разных странах⁴⁹, в том числе в России, однако до настоящего времени отечественное правоведение в ряде случаев все еще нуждается в избавлении от «историографической мифологии»⁵⁰ и продолжении специальных историко-правовых исследований.

⁴⁷ См.: Ibid.

⁴⁸ Arnold W. Cultur und Rechtsleben. Berlin, 1865. S. 291.

⁴⁹ См., например: *Michelet J.* Op. cit. ; *Chassan M.* Essai sur la symbolique du droit, précédé d'une introduction sur la poésie du droit primitif. Paris, 1847 ; *Bogišić V.* Pravni običaji u Slovena. Zagreb, 1867.

⁵⁰ Термин доктора исторических наук, профессора О. Н. Наумова.

*Министерство труда и социального
развития Новосибирской области*

*Мальцев И. В., заместитель началь-
ника отдела, государственный совет-
ник Новосибирской области 3 класса
E-mail: ivan_maltsev@mail.ru*

*Ministry of Labor and Social Develop-
ment of the Novosibirsk Region*

*Maltsev I. V., Deputy Head of the De-
partment, 3rd Class State Counsellor of the
Novosibirsk Region
E-mail: ivan_maltsev@mail.ru*

УДК 340.1

О СРЕДСТВАХ ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ УСТАНОВЛЕНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ ПОощРЕНИЙ

М. Ю. Горбунова

Саратовская государственная юридическая академия

Поступила в редакцию 4 февраля 2019 г.

Аннотация: статья посвящена анализу средств юридической техники установления и применения поощрений. Отмечается, что основным средством юридической техники является юридический язык в целом, который представляет собой один из стилей обычного литературного языка. Делается вывод о необходимости закрепления в нормативных правовых актах четкого разграничения понятий «поощрения», «награды», «государственные награды Российской Федерации».

Ключевые слова: поощрение, поощрительные нормы, государственные награды, юридическая техника, средства юридической техники, юридический язык, юридическая терминология.

Abstract: the article is devoted to the analysis of the means of encouragements' establishment and realization. It is mentioned, that the main mean of legal technique is the legal language as a whole, that is one of the style of ordinary literary language. The author came to the conclusion about necessity of fixing in normative legal acts the certain difference between the notions «encouragements», «rewards», «state rewards of the Russian Federation».

Key words: encouragement, encouraging rules, state rewards, legal technique, means, legal technique, legal language, legal terminology.

Несмотря на все отличительные особенности поощрений, свидетельствующие об их уникальном месте и роли в механизме правового регулирования, с одной стороны, и неограниченной сфере применения – с другой, приходится констатировать, что их потенциал как юридического средства используется далеко не в полной мере. В определенной степени это связано с несовершенством средств юридической техники закрепления поощрительных норм в российском законодательстве и их практической реализации.

Средства юридической техники применительно к поощрениям – это специальные термины и составляемые из них конструкции, отражающие поощрительную направленность юридических предписаний, реализующие заложенный в них потенциал юридического стимула. В широком смысле основным средством юридической техники можно считать юридический язык в целом. Не случайно некоторые ученые, например А. С. Александров, интерпретируют юридическую технику через призму оперирования приемами, средствами и способами юридического языка с целью разъяснения смысла и значения юридической нормы¹.

75

¹ См.: Александров А. С. Юридическая техника – судебная лингвистика – грамматика права // Уголовное судопроизводство. 2006. № 3. С. 4–6.

Значение исследования особенностей юридического языка сложно переоценить. Важнейшая задача законодателя заключается в том, чтобы адекватно трансформировать общественные потребности в язык права и создать «юридический мир» – некую лингвистическую реальность, в рамках которой предоставлены права и свободы субъектам, установлены их обязанности и закреплены основные начала урегулирования спорных вопросов. Ввиду того что этот «юридический мир» выражается в словесной форме, исследование языковых технологий никогда не теряет своей актуальности².

При этом важно четко осознавать, что же понимается под словосочетанием «юридический язык» («язык права», «язык законодательства»). По этому поводу А. А. Ушаков писал, что «юридический язык» не следует воспринимать как особый, противостоящий общенародному. По его мнению, он представляет собой лишь его «известный слой» (при этом выступающий одним из стилей литературного языка), используемый для выражения воли законодателя³. Его поддерживает В. М. Савицкий, считающий, что неправильно было бы называть язык законодательства специальным языком⁴.

Поощрительные нормы, как и любые другие, состоят из двух видов (текстуальных) языковых единиц:

1) универсальные (общеупотребительные) единицы, включающие в себя известные и понятные не обладающим специальными юридическими познаниями гражданам отдельные слова, словосочетания, знаки препинания и т. п.;

2) специализированные (специально-юридические) единицы, представляющие собой термины и конструкции, требующие юридической подготовки.

Большая часть юридических текстов состоит из языковых единиц первой группы, т. е. общеупотребительных понятий и предложений. Однако полностью избежать использования специально-юридической лексики и особых нормативных конструкций при формулировании каких-либо норм, в том числе и поощрительных, невозможно. В связи с этим в процессе правотворчества необходимо стремиться к достижению унифицированного использования терминов и дефиниций во всех источниках права независимо от их формы.

В. М. Савицкий справедливо отмечал, что неупорядоченность терминологии как следствие аморфности, неопределенности системы понятий девальвирует информационный потенциал закона, негативно сказывается на правоприменении, приводит к бесконечным и бесперспектив-

² См.: Губаева Т. В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. М., 2004. С. 29.

³ См.: Ушаков А. А. О понятии юридической техники и ее основных проблемах // Ученые записки Пермского гос. ун-та. 1961. Т. 19, вып. 5. С. 84.

⁴ См.: Савицкий В. М. Язык процессуального закона (вопросы терминологии). М., 1987. С. 21–22.

ным теоретическим и практическим спорам⁵. В то же время соблюдение единства, иными словами, унификация терминологии выступает необходимым условием повышения качества законодательства, одновременно облегчая работу правоприменителя, способствуя повышению эффективности правового регулирования в целом. Отбор необходимого слова из целого синонимического словесного ряда составляет важнейшую часть работы законодателя над языковой формой права⁶.

Терминология, используемая в процессе установления и применения поощрений, далека от необходимой степени унифицированности. Так, если понятие «государственные награды Российской Федерации» четко прописано в Указе Президента РФ № 1099⁷, согласно которому они представляют собой высшую форму поощрения граждан Российской Федерации за заслуги в области государственного строительства, экономики, науки, культуры, искусства и просвещения, укрепления законности, охраны здоровья и жизни, защиты прав и свобод граждан, воспитания, развития спорта, а также за значительный вклад в дело защиты Отечества и обеспечение безопасности государства, за активную благотворительную деятельность и иные заслуги перед государством, то понятие «награда» остается законодательно не определенным.

В данном вопросе можно ориентироваться только на юридическую доктрину, согласно которой награды располагаются на самом высоком уровне системы поощрений, а государственные награды соответственно на вершине уже системы наград. Таким образом, уровневая градация поощрений по степени значимости выглядит следующим образом: «поощрения – награды – государственные награды Российской Федерации». Иными словами, то, что не подпадает под понятие «государственные награды Российской Федерации», можно отнести к категориям «иные награды» или «иные поощрения», и данная логическая градация должна четко соблюдаться при формулировании текстов правовых актов.

К сожалению, так происходит далеко не всегда. Еще более десяти лет назад специалисты в сфере трудовых правоотношений указывали на смешение родового и видового понятий («поощрения» и «награды» соответственно), необоснованное употребление их в качестве синонимов⁸.

⁵ См.: Там же. С. 23.

⁶ См.: Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики : содержание и форма в праве и проблема законодательной стилистики : учеб. пособие : в 2 ч. Пермь, 1967. Ч. 1. С. 165.

⁷ О мерах по совершенствованию государственной наградной системы Российской Федерации (вместе с «Положением о государственных наградах Российской Федерации», «Статутами орденов Российской Федерации, положениями о знаках отличия Российской Федерации, медалях Российской Федерации, почетных званиях Российской Федерации, описаниями названных государственных наград Российской Федерации и нагрудных знаков к почетным званиям Российской Федерации») : указ Президента РФ от 7 сентября 2010 г. № 1099 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2010. № 37. Ст. 4643.

⁸ См.: Абрамова О. В. Совершенствование законодательства о поощрении // Трудовое право. 2006. № 4. С. 16–22.

Например, в ст. 66 Трудового кодекса РФ, предусматривающей внесение сведений о награждениях работника за успехи в работе в трудовую книжку, несмотря на употребление вышеозвученного видового понятия, очевидным образом подразумевается родовая абстракция «поощрения». Спустя более десяти лет проблема унификации терминологии, закрепляющей поощрения в сфере трудовых правоотношений, не потеряла своей актуальности⁹.

В связи с этим в целях обеспечения единообразия терминологии в ст. 66 целесообразно внести соответствующую корректировку, заменив видовое понятие «награждение» на родовое «поощрение».

Аналогичное смешение понятий «поощрение» и «награждение» («награда») присутствует и в других нормативных правовых актах, например в Федеральном законе от 28 декабря 2010 г. № 374-ФЗ «О следственном комитете Российской Федерации»¹⁰. Название и содержание ст. 27 Закона «Поощрение и награждение сотрудников Следственного комитета» не дает четких разграничений данных понятий и вносит терминологическую путаницу в интерпретацию юридических норм.

Между тем в схожем по тематике Федеральном законе от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре»¹¹ правовое регулирование вопросов поощрения оформлено более корректно. В ст. 41.6 «Поощрения работников» перечисляются возможные виды поощрений работников, применяемые за примерное исполнение своих служебных обязанностей, продолжительную и безупречную службу в органах и организациях прокуратуры, выполнение заданий особой важности и сложности, в том числе и присуждение наград.

Некоторые нормативные правовые акты содержат даже более чем одну терминологическую ошибку. Так, ст. 55 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»¹² (далее – Закон № 79-ФЗ) называется «Поощрения и награждения за государственную службу». Таким образом, уже в самом названии указанной нормы и далее по тексту поощрения и награждения неверно с точки зрения правил использования языковых средств юридической техники разделены союзом «и». Более корректной была бы формулировка «награждения и иные поощрения за государственную службу».

В этой же статье прописано общее основание поощрений (и награждений) – безупречная и эффективная гражданская служба, что вполне согласуется с базовым, общетеоретическим пониманием заслуги. Однако в ст. 50 данного нормативного правового акта, посвященной оплате труда гражданского служащего, используется такой термин, как «ежемесячное денежное поощрение». Более того, размеры ежемесячного денежного поощрения, согласно Указу Президента РФ от 25 июля 2006 г. № 763 «О

⁹ См.: *Рогачева Е. П.* Система поощрений за добросовестный труд : проблема унификации терминологии // *Кадровик.* 2017. № 11. С. 41–47.

¹⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 1. Ст. 15.

¹¹ Рос. газета. 1992. 18 февр.

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2004. № 31. Ст. 3215.

денежном содержании федеральных государственных гражданских служащих»¹³, принятому в соответствии с Законом № 79-ФЗ, нормативно устанавливаются одновременно с размерами месячных окладов федеральных государственных гражданских служащих в соответствии с замещаемыми ими должностями федеральной государственной гражданской службы и ежемесячного денежного поощрения согласно приложению № 1. Получается, что, исходя из смысла анализируемых нормативных правовых актов, поощряется не некое потенциально возможное позитивное поведение (безупречная и эффективная гражданская служба согласно ст. 55 Закона № 79-ФЗ), а сам факт нахождения на ней определенного лица, что не соответствует сущности поощрения как юридического средства.

Данное противоречие, на наш взгляд, является результатом технико-юридической ошибки законодателя. Очевидно, что в данном случае произошла подмена понятий. Стимул, обозначенный в Законе № 79-ФЗ и Указе Президента РФ № 763 как «ежемесячное денежное поощрение», по своей сути поощрением не является. Поощрение, согласно природе данного юридического явления, не может быть ежемесячным, т. е. его наступление невозможно прогнозировать со стопроцентной вероятностью.

Исправить терминологические ошибки Закона № 79-ФЗ, по нашему мнению, можно следующим образом. Во-первых, целесообразно закрепить в нем как в основном нормативном правовом акте, регулирующем порядок прохождения государственной гражданской службы, дефиницию понятия поощрений государственного служащего, а также их классификацию на награды и иные поощрения, в рамках которой определить содержание наград посредством фиксации их исчерпывающего перечня.

Аналогичная модель рекомендуется и для других базовых законов, устанавливающих поощрения в различных сферах общественных отношений. Последовательная деятельность по закреплению в нормативных правовых актах официальных определений поощрений в тех или иных сферах поможет избежать коллизий юридических дефиниций – противоречий между содержанием, вкладываемым в одни и те же понятия, используемые в различных законах, которые оказывают деструктивное влияние на целостность нормативно-правового материала. Способом их выявления является осуществляемый на постоянной основе мониторинг законодательства и правореализационной деятельности.

При этом необходимо помнить, что если ранее за дефинитивными нормами признавалось самостоятельное значение, то ныне ситуация изменилась. Сегодня дефиниция рассматривается как неотъемлемая (генетическая) часть нормы права, выполняющая «служебную» функцию толкования (разъяснения) оперируемым законодателем понятием¹⁴, поэтому и включать их следует в соответствующие нормы (возможный вариант – в качестве приложений).

¹³ Там же. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3459.

¹⁴ См.: Мамедов Э. Ф. Термины и дефиниции как средства юридической техники правотворчества : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015. С. 9.

Во-вторых, в Законе № 79-ФЗ и в других правовых актах следует отказаться от термина «ежемесячное денежное поощрение» как не соответствующего сущности данного юридического средства. Его следует заменить на другое, более подходящее к регулируемой ситуации понятие («ежемесячная надбавка», «ежемесячная доплата» и т. п.) с тем, чтобы не возникало терминологических и логических противоречий.

Свою специфику имеет и стилистика юридического языка, которая призвана еще более выпукло очерчивать направленность (посыл) той или иной нормы. Ее отличают такие важнейшие признаки, как четкость (точность, конкретность), экономичность (емкость, компактность) и простота (доступность, понятность). Их же можно рассматривать и как основные требования к формулировке поощрительных норм.

К сожалению, эти требования соблюдаются далеко не всегда. Так, особенностью технико-юридических средств закрепления поощрений в уголовно-исполнительном праве выступает то, что здесь используются не императивные (точные) формулировки, устанавливающие обязательность применения меры поощрения, а словосочетания, предусматривающие такую возможность («могут применяться», «могут быть применены»). В связи с этим в литературе высказывается мнение, что в ряде случаев можно и нужно закреплять четкую обязанность органа, исполняющего наказание, применить к осужденному меру поощрения за совершение им определенных заслуг. Например, это касается поощрений для осужденных, перевыполняющих нормы выработки или образцово выполняющих установленные задания на тяжелых работах, а также работах с вредными или опасными условиями труда в виде увеличения продолжительности ежегодного оплачиваемого отпуска (ч. 5 ст. 104 УИК РФ)¹⁵.

Таким образом, основным средством юридической техники установления и применения поощрений выступает юридический язык с его терминологическими и стилистическими особенностями, отражающими поощрительную направленность конкретных юридических предписаний, способствующих реализации заложенного в них потенциала юридического стимула. Важнейшими требованиями к терминологии закрепления и, следовательно, реализации поощрений как юридических стимулов выступают соблюдение ее единообразия и унификация к стилистике текстов поощрительных норм – четкость (точность, конкретность), экономичность (емкость, компактность) и простота (доступность, понятность).

¹⁵ См.: Курганов С. И. К вопросу о противоречиях уголовно-исполнительного законодательства // Судья. 2005. № 2. С. 56.

УДК 342.8

ГОСУДАРСТВЕННОЕ ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОЛИТИЧЕСКИХ ПАРТИЙ КАК ГАРАНТИЯ МНОГОПАРТИЙНОСТИ: ПЕРСПЕКТИВЫ РЕФОРМИРОВАНИЯ

А. И. Вершинин

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» (г. Москва)

Поступила в редакцию 3 декабря 2018 г.

Аннотация: рассматривается сравнительно-правовой анализ правового регулирования института государственного финансирования политических партий. Отмечается, что российские политические партии почти на 80 % пополняют свой бюджет за счет средств федерального бюджета, что способствует формированию «управляемой многопартийности» или многопартийной системы с одной доминирующей партией. Изменение подхода к финансированию партий может способствовать вовлечению малых партий в активную политическую борьбу.

Ключевые слова: политические партии, финансирование политических партий, многопартийность, финансовые отчеты политических партий, партийная система.

Abstract: the article is devoted to different of legal regulation aspects of public funding of political parties. After analyzing the financial reports of political parties, the author identified negative trends of development of a multi-party system in our country. The author gives suggestions and prospects for reformation of this institution.

Key words: political parties, multi-party system, government funding of political parties, party system, financial reports of political parties.

Политические партии – важный элемент современной политической системы любого демократического государства. А. С. Автономов называл политические партии таким видом общественных объединений, которые ставят перед собой цель отстаивать интересы той группы (класса) людей, которые они представляют путем участия в борьбе за государственную власть, участия в иных видах политической активности, в том числе путем проведения оппозиционных акций¹. Политической партии свойственна определенная двойственность ее конституционно-правового статуса: она сочетает в себе политические и общественные начала; выражает как публичные, так и частные интересы; пытается согласовать задачи государственного развития с необходимыми потребностями институтов гражданского общества². В. Е. Чиркин отдельно выделяет политические

¹ См.: Автономов А. С. Правовая онтология политики : к построению системы категорий. М., 1999. С. 221–223.

² См.: Володина С. В. Многопартийность как основа конституционного строя России. М., 2016. С. 14.

партии среди общественных движений и объединений, так как они напрямую занимаются вопросами власти³.

Партии не существуют обособленно друг от друга: они ведут ожесточенную борьбу за места в парламентах, образуют коалиции и блоки, предвыборные и избирательные союзы. Известный французский политолог и юрист М. Дюверже писал, что формы и способы взаимодействия партий между собой, их сосуществования определяют «партийную систему» страны⁴. Согласно ч. 3 ст. 13 Конституции РФ 1993 г., в Российской Федерации признаются политическое многообразие, многопартийность⁵. Д. А. Поздняков описывает многопартийность как фактор, позволяющий отразить плюралистическую насыщенность политической системы. Многопартийность можно рассматривать как своеобразный общественно-политический организм, действующий в рамках существующего правового поля, а также как политико-правовой институт, позволяющий реализовать гражданские формы политической самоидентификации⁶.

На развитие партийных систем влияет множество факторов, таких как уровень развития избирательной системы, уровень развития независимых СМИ, настроения в обществе, ограничения на создание и деятельность партий, подходы к организации финансирования политических партий.

Согласно данным Министерства юстиции РФ, в настоящее время в России зарегистрированы 64 политические партии⁷. Однако далеко не все партии активно участвуют в политической жизни. Если проанализировать статистику участия партий в федеральных и региональных выборах за период с 2012 по 2018 г., то можно отметить довольно низкую политическую активность большинства партий. В выборах участвуют в основном только парламентские партии: «Единая Россия», «КПРФ», «ЛДПР», «Справедливая Россия». 53 партии из 64 зарегистрированных участвовали за указанный период в федеральных и региональных выборах менее 50 раз. На такую низкую активность не в последнюю роль влияет значительная разница бюджетов политических партий.

Голоса избирателей на выборах являются ресурсом, за который ведут борьбу политические партии между собой. Для осуществления своей деятельности политическая партия нуждается в достойном финансировании.

³ См.: *Чиркин В. Е.* Конституционная терминология. М., 2017. С. 129–130.

⁴ См.: *Дюверже М.* Политические партии / пер. с фр. Л. А. Зиминной. 4-е изд. М., 2007. С. 112.

⁵ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 22.11.2018).

⁶ См.: *Поздняков Д. А.* Современная российская многопартийность : юридические механизмы конституционализации : автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2004. С.11.

⁷ Список зарегистрированных политических партий / Министерство юстиции РФ. URL: <http://minjust.ru/ru/nko/gosreg/partii/spisok> (дата обращения: 23.11.2018).

нии. Для проведения избирательной кампании партии необходимо оплачивать расходы на изготовление агитационно-печатных материалов, выплачивать вознаграждение агитаторам, политическим консультантам и партийным функционерам. Наличие достаточных финансовых средств еще не гарантирует партии победу и достижение всех поставленных целей, но можно с уверенностью отметить, что отсутствие средств практически полностью исключает успех на выборах, особенно если это касается выборов федерального уровня. Исторически первым источником поступления финансовых средств в бюджет партий были пожертвования физических и юридических лиц, а также членские и вступительные взносы. Насколько успешно партия могла привлекать новых сторонников, настолько пополнялась ее партийная казна. Стоит заметить, что со временем влияние этих источников финансирования заметно сократилось. Если проанализировать отчеты российских политических партий, то можно отметить, что поступления от вступительных и членских взносов составляют не более 2–5 % в общем бюджете партий (в 2017 г. доля членских и вступительных взносов в доходах партий составила: в «Единой России» – 4,2 %; в «КПРФ» – 7,3 %; в «ЛДПР» – менее 0,1 %, в «Справедливой России» – 0 %)⁸. Если посмотреть на структуру доходов парламентских политических партий России, то можно отметить, что партии в большинстве своем начинают зависеть от государственного финансирования.

Первой страной, которая на законодательном уровне установила государственное финансирование политических партий, является ФРГ. Затем во второй половине XX в. практику Германии позаимствовали во Франции, Австрии и Швеции. В начале 60-х гг. прошлого века в западноевропейских государствах стали появляться первые законодательные акты, регламентирующие порядок финансирования партий⁹. В зависимости от страны подходы к правовому регулированию государственного финансирования партий могут различаться кардинально. Если проводить определенную классификацию, то по уровню финансирования текущей деятельности партий со стороны государства можно выделить страны, где преобладает государственное финансирование (Испания); страны, где преобладают частные источники финансирования (Великобритания), а также страны, где частные и государственные поступления распределены равномерно (ФРГ)¹⁰. Другим основанием для классификации могут являться условия, в результате которых партии допускаются к прямому финансированию (порог правомочности). Так, в некоторых правовых режимах финансирование получают все зарегистрированные

⁸ См.: Бюджетная кормушка : за шесть лет граждане заплатили партиям 30 млрд рублей // Движение «Голос». URL: <https://www.golosinfo.org/ru/articles/142780> (дата обращения: 12.10.2018).

⁹ См.: Финансирование политических партий во Франции : правовое регулирование : сб. переводов. М., 2010. С.11–12.

¹⁰ См.: Платонова Н. И. Прямое государственное финансирование текущей деятельности политических партий в России // Право и политика. 2015. №12. С. 1677–1681.

политические партии, периодически участвующие в выборах (Республика Чад, Йемен)¹¹. Однако в большинстве стран установлены определенные пороговые показатели, исключающие финансирование партий с минимальной поддержкой. Критерий выделения средств может быть совершенно различным: количество мандатов, полученных партией; количество голосов избирателей, отдавших голоса за список партии; в равных долях всем партиям, соответствующим минимальным требованиям; исходя из суммы пожертвований, внесенных на счета партий (эквивалентное финансирование в США и ФРГ). Отдельно стоит отметить, что в некоторых странах помимо финансирования текущей деятельности партий выделяются также денежные средства на финансирование отдельных мероприятий, проводимых политическими партиями, в частности на проведение внутрипартийных выборов. В качестве примера можно привести Израиль, где в январе 2018 г. Кнессет принял поправки в Закон «О финансировании партий», согласно которому всем действующим депутатам парламента будет выделяться за счет бюджета определенная денежная сумма на проведение предварительных выборов. Кандидаты крупных партий (количество членов которых превышает 100 тыс. чел.) на праймериз получают по 320 тыс. шекелей на кандидата (5 млн 440 тыс. руб.). Представители малых партий (менее 100 тыс. членов) получают только по 120 тыс. шекелей (2 млн 40 тыс. руб.). В случае неизбрания в Кнессет следующего созыва кандидатам необходимо будет вернуть эти средства обратно. Вместе с тем закон запретил всем кандидатам, участвующим в праймериз, получать финансирование от частных жертвователей, чем, впрочем, и было обусловлено принятие данных поправок. Автор законопроекта, депутат от партии «Ликуд» Д. Амсалем, заявил, что закон носит больше моральный, чем финансовый характер, так как получение политиками денег от частных лиц ведет к коррупции. Стоит отметить, что партии, не проводящие праймериз, не получают от государства дополнительных выплат¹².

В Положении о правовом регулировании деятельности политических партий, подготовленном Венецианской комиссией совместно с Бюро по демократическим институтам и правам человека ОБСЕ (далее – БДИПЧ), отмечается, что система государственного финансирования партий была инициирована и введена как средство для предупреждения внутрипартийной коррупции, сокращения зависимости партий от частных жертвователей (физических и юридических лиц), поддержания важной роли партий в политической системе. Система государственного финансирования партий в идеале должна обеспечивать всем партиям внутри страны равные возможности для участия в выборах, что должно положительно сказываться на уровне многопартийности и политического плюрализ-

¹¹ См.: *Magnus Ohman Financing Politics : the Middle East and North Africa*. IFES. Washington D.C. 2013. P. 94.

¹² См.: Как проходят парламентские выборы в Израиле. URL: <http://www.cikrf.ru/international/events/israel/index.html> (дата обращения: 24.10.2018).

ма. Предоставлением государственного финансирования политическим партиям преследуется также цель – обеспечить всем политическим силам доступ к достаточному объему ресурсов для проведения агитационной работы среди избирателей, поощряя плюрализм политических сил и мнений, многопартийность. Можно также рассуждать о том, что прямое финансирование партий выступает как определенный выравнивающий институт для партий, ограничивающий преимущества конкурентов, которые могут изначально обладать большим объемом поддержки и ресурсов на проведение избирательных кампаний¹³.

В Российской Федерации вопрос государственного финансирования партий долгое время не являлся предметом отдельного законодательного регулирования. Положения Закона СССР от 9 октября 1990 г. №1708-1 «Об общественных объединениях» предусматривали для политических партий исключительно частное финансирование. После 1993 г. первое время на законодательном уровне регулировался лишь вопрос финансирования избирательных кампаний, а вопрос финансирования текущей деятельности политических партий на повестке парламента не стоял. Попытки законодательной регламентации вопроса регулирования деятельности партий претерпевали неудачи. Так в 1995 г. был отклонен проект закона «О политических партиях», в котором было предложено выделять партиям денежные средства за участие в федеральных и региональных выборах, а также предусматривал отдельное финансирование текущей деятельности фракций. Контроль за расходованием средств должен был осуществляться налоговыми органами совместно со Счетной палатой Российской Федерации. За период с 1995 по 2001 г. в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации (далее – Государственная Дума) в парламенте рассматривались разные проекты, регулирующие деятельность партий. Предлагались как идеи полного отказа от государственного финансирования партий (законопроект, внесенный депутатами В. В. Похмелкиным и С. Н. Юшенковым¹⁴), так и комплексного финансирования путем предоставления авансовых платежей на участие партий в выборах и на обеспечение деятельности партийных фракций в представительных органах государственной власти (законопроект, внесенный депутатом А. В. Шишловым).

Согласно ст. 33 Федерального закона «О политических партиях» от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ, государственное финансирование как отдельный вид государственной поддержки политических партий носит ком-

¹³ См.: Руководящие принципы правового регулирования деятельности политических партий. URL: <https://www.osce.org/ru/odihhr/81988?download=true> (дата обращения: 19.11.2018).

¹⁴ Концепция проекта федерального закона «О политических партиях в Российской Федерации», внесенного депутатами В. В. Похмелкиным, С. Н. Юшенковым. Основные концепции законопроектов «О политических партиях» // Аналитический вестник, изданный информационно-аналитическим управлением Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. 2001. Вып. 7.

пенсаторный характер, т. е. государство возвращает партиям их затраты по итогам участия в выборах за счет средств, выделяемых из федерального бюджета. Средства направляются на расчетные счета партий либо ежегодными, либо единовременными перечислениями, в зависимости от успехов партий на парламентских и президентских выборах. Согласно ч. 5 ст. 33 указанного закона, партия имеет право получить финансирование из бюджета в случае, если: федеральный список кандидатов, выдвинутый политической партией на выборах депутатов Государственной Думы, получил по результатам выборов не менее 3 % голосов избирателей, принявших участие в голосовании по федеральному избирательному округу; если зарегистрированный кандидат на должность Президента РФ, выдвинутый политической партией, получил по результатам выборов не менее 3 % голосов избирателей, принявших участие в голосовании. До 2008 г. к государственному финансированию допускались также политические партии, если от партии или избирательного блока было избрано не менее 12 кандидатов, выдвинутых по одномандатным избирательным округам, при условии, что федеральный список партии не преодолел 3%-ного порога¹⁵. Размер средств, выделяемых на политическую партию, рассчитывается по следующей формуле: 152 руб., умноженные на количество голосов, отданных за партию или за кандидата, выдвинутого партией на должность Президента РФ.

В контексте вопроса финансирования текущей деятельности политических партий невозможно обойти вниманием правоприменительную и судебную практику. Стоит отдельно упомянуть определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2000 г. № 234-О, в котором была обоснована процентная ставка по доступу к получению государственного финансирования, а также к косвенным способам поддержки партий (предоставление бесплатного эфирного времени, печатной площади и иных форм поддержки), а также постановление Конституционного Суда от 17 ноября 1998 г. № 26-П2, в котором суд пришел к выводу, что уровень существующего барьера позволяет определить уровень «достаточной поддержки избирателей» (как для попадания в органы парламента, так и для получения финансирования)¹⁶.

По мнению Н. И. Платоновой, итоговые положения о государственном финансировании партий, закрепленные в первой редакции Федерального закона «О политических партиях», в наибольшей степени соответствуют международно-правовым нормам и принципам в области

¹⁵ О политических партиях : федер. закон от 11 июля 2001 г. № 95-ФЗ // Рос. газета. 2001. 14 июля.

¹⁶ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ряда общественных объединений на нарушение конституционных прав и свобод положениями федеральных законов «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» и «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» : определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2000 г. № 234-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 1.

финансирования текущей деятельности партий¹⁷. Однако если рассмотреть финансовые отчеты партий за 2017 г., ежегодно предоставляемые в Центральную избирательную комиссию РФ, то можно на реальном примере показать, какой процент в бюджете партий составляют деньги федерального бюджета (табл.).

Т а б л и ц а

*Анализ сводных финансовых отчетов политических партий за 2015–2017 гг. (партии, получающие государственное финансирование)*¹⁸

Название партии	Год	Средства, поступившие в бюджет партии за календарный год, млн руб.	Средства, полученные партией из федерального бюджета за календарный год, млн руб.	Бюджетные средства в доходах партии за календарный год, %
«Единая Россия»	2017	5 425	4 336	80
	2016	8 230	3 560	43
	2015	5 187	3 560	68
«КПРФ»	2017	1 333	1 067	80
	2016	2 192	1 385	63
	2015	1 550	1 385	89
«ЛДПР»	2017	1 087	1 051	96
	2016	1 354	843	62
	2015	1 113	843	75
«Справедливая Россия»	2017	667	497	74
	2016	2 182	956	43
	2015	1 107	956	86
«Яблоко»	2017	235	–	–
	2016	481	247	51
	2015	250	247	98

Анализ таблицы показал определенные негативные тенденции в контексте государственного финансирования политических партий. Доля государственного финансирования в доходной части бюджета российских партий становится преобладающей. Так, в 2017 г. бюджет практически всех парламентских партий более чем на 80 % пополнялся за счет бюджетных средств. В различные временные промежутки некоторые политические партии практически полностью зависели от средств, получаемых из федерального бюджета («ЛДПР» – в 2017 г. и «Яблоко» – в 2015 г.). Размер бюджетных средств, которые получает «Единая Россия», практически в два раза превышает размер денежных средств, выделяемых на все остальные парламентские партии. Если проанализировать финансовые отчеты партий, лишенных государственного финанси-

А. И. Вершинин. Государственное финансирование политических партий...

¹⁷ См.: Платонова Н. И. Указ. соч. С. 1677–1681.

¹⁸ По данным Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. URL: http://www.cikrf.ru/politparty/finance/svodn_otchet_17.php (дата обращения: 03.12.2018).

ния, и партий, получающих финансирование за счет бюджета, то дисбаланс будет еще более существенным. Например, в 2017 г. бюджет партии «Яблоко» пополнился на 235 млн руб.; «Партии роста» – на 72 млн руб.; партии «Патриотов России» – на 41 млн руб.; партии «Гражданская инициатива» (Партия перемен) – на 58 млн руб.

Необходимо отметить, что в Положении о правовом регулировании деятельности политических партий БДИПЧ ОБСЕ отмечается, что объем государственного финансирования должен быть просчитан с такой тщательностью, чтобы полностью не отменять потребность партий в частных пожертвованиях. Система государственного финансирования партий не должна привести к ограничению независимости партий. Законодатели должны стремиться к установлению равновесия между государственными и частными финансами.

Учитывая представленную статистику, можно сделать определенные выводы о том, что существующая модель распределения средств государственного бюджета на поддержку партий выглядит несправедливой, так как между политическими партиями, получающими бюджетные средства, и партиями, которые его лишены, наблюдается значительный дисбаланс. Вся система государственного финансирования выстроена таким образом, что правящей партии обеспечивается значительная финансовая поддержка. Это позволяет поддерживать достойное финансовое состояние правящей партии, что сказывается и на числе кандидатов, избранных при прямой финансовой поддержке партии на федеральном, региональном или местном уровне. Недостаточное количество средств у других партий практически лишает их возможности эффективно бороться за мандаты. Можно утверждать также, что существующая система финансирования стимулирует укоренение в России многопартийной системы с одной доминирующей партией. Кажущаяся внешне справедливой система распределения бюджетных средств в итоге приводит к несправедливым последствиям: выделение группы «элитных» партий, а также отстранение от финансирования малых непарламентских партий.

С учетом анализа существующего правового регулирования и выделения негативных тенденций в становлении партийной системы России, предлагается выработать предложения по усовершенствованию системы государственного финансирования партий в России.

Первым шагом может стать выделение за счет федерального бюджета денежных средств партиям, не преодолевшим трехпроцентный порог на выборах в Государственную Думу или на выборах Президента России, но имеющим мандаты, полученные по результатам выборов в законодательные собрания субъектов или по итогам выборов высших должностных лиц субъектов. Многие партии активно участвуют в муниципальных и региональных выборах, а государство старается поощрять их за удачную и активную работу в регионах. Так, согласно подп. 3 п. 2 ст. 44 Федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», если у партии есть хотя бы один мандат, полученный ею при голосовании по партийным спискам

в любом регионе, то такие партии освобождаются от сбора подписей¹⁹. В настоящее время таких партий осталось всего девять.

Стоит отметить, что стран, где партии вознаграждаются за успешное участие в региональных и местных выборах достаточно много. Наиболее яркий пример – Федеративная Республика Германия. Порядок финансирования политических партий в ФРГ описан в разделе четвертом Закона «О политических партиях» от 24 июля 1967 г. (в редакции от 10 июля 2018 г.). Согласно положениям Закона «О политических партиях» ФРГ (*Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)*), государство готово выделять партиям финансирование для частичного покрытия расходов по текущей деятельности партий. Количество денежных средств, полагающихся партии, определяется исходя из количества голосов, отданных за список партии по итогам выборов в бундестаг, Европарламент и ландтаги земель. Так, в частности, партии допускаются к финансированию, если на последних выборах в ландтаг та или иная партия завоевывает не менее одного процента голосов, или кандидат партии получает не менее 10 % на выборах в одномандатном округе. Согласно ст. 18 Закона «О политических партиях ФРГ», общий объем средств, выделяемых всем партиям на 2019 г. равен 190 млн евро²⁰. Стоит отметить, что раньше в ФРГ практиковалась система возмещения расходов на предвыборную кампанию (единоразовые выплаты), а также существовали стимулирующие или поощрительные выплаты партиям, чьи списки заняли вторые места. После решения Федерального Конституционного суда ФРГ BVerfG, 09.04.1992 - 2 BvE 2/89 данный подход был изменен на схему общего, равномерного финансирования партий²¹.

Одним из возможных вариантов реформирования института государственного финансирования партий в России является изменение «порога допуска» партий к государственному финансированию. Если уменьшить «порог допуска» с 3 до 1 %, то число партий, получающих финансирование, значительно возрастет. Так, в частности, на прошедших в 2016 г. выборах в Государственную Думу этот порог преодолели следующие партии: «Яблоко», «Партия роста», «Коммунистическая партия России “Коммунисты России”», партия «Родина», «Российская партия пенсионеров за справедливость». Это изменение не уменьшит существующего дисбаланса между партиями, однако позволит выделить партиям дополнительные ресурсы, которые они потратят на участие в выборах различного уровня.

¹⁹ О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации : федер. закон от 22 февраля 2014 г. № 20-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 8. Ст. 740.

²⁰ Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz) // Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/partg/BJNR007730967.html#BJNR007730967BJNG000404307> (дата обращения: 10.10.2018).

²¹ Bundesverfassungsgericht Urt. v. 09.04.1992, Az.: 2 BvE 2/89 // Jurion. URL: https://www.jurion.de/urteile/bverfg/1992-04-09/2-bve-2_89/ (дата обращения: 26.11.2018).

Для сравнения, в ФРГ порог выделения финансирования значительно ниже. Согласно ст. 18 Закона «О политических партиях ФРГ», финансирование гарантируется тем партиям, которые по результатам выборов в бундестаг или Европарламент смогли получить как минимум 0,5 % голосов избирателей или список партии набрал 1 % на выборах в ландтаг одной из 16 федеральных земель²².

Стоит отметить, что государственное финансирование должно сочетаться с законодательно введенным лимитом на пожертвования или расходования денежных средств, поскольку отсутствие такого ограничения при выделении средств всем политическим партиям не уменьшит разрыва в финансировании между партиями, а приведет к еще большей диспропорции между состоятельными и неимущими партиями. Так, во многих странах наряду с предоставлением партиям денег из бюджета действует запрет на пожертвования в адрес партий со стороны физических или юридических лиц. Например, во Франции установлен запрет на финансирование партий со стороны юридических лиц²³. В Хорватии отдельно предусмотрены ограничения пожертвований со стороны третьих лиц. Данная норма призвана ограничить крупные пожертвования со стороны недобросовестных лиц с использованием «посредников»²⁴.

Необходимо предусмотреть в законодательстве механизм, позволяющий уполномоченному государственному органу ограничить количество выделяемых партии средств в случае нарушения партиями установленных запретов и ограничений. Вопрос ограничения финансирования или приостановления государственного финансирования партиям в настоящее время в российском законодательстве не раскрыт. Можно отметить, что момент прекращения финансирования может зависеть от решения партии о ликвидации или связан с моментом приостановления или принудительной ликвидации партии по решению Верховного Суда РФ. Подобный механизм уже реализован в ФРГ. Так, в 2017 г. в ст. 21 Основного закона ФРГ была внесена поправка, в рамках которой Федеральный Конституционный суд ФРГ будет уполномочен лишать партии государственного финансирования, если их деятельность направлена на изменения демократического порядка страны или угрожает существованию ФРГ²⁵. Первой партией, которая может лишиться финансирования является Национал-демократическая партия Германии (далее – НДПГ). В начале 2017 г. Федеральный Конституционный суд рассматривал вопрос о ее ликвидации, однако посчитал, несмотря на то что идеология партии противоречит ценностям Конституции ФРГ, у НДПГ нет потенциала для

²² См.: Леванский С. А. Государственное финансирование выборов и предвыборные расходы партий в ФРГ // Журнал о выборах. 2001. № 3. С. 58–59.

²³ Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos // BOE núm. 160 de 5 de julio de 2007.

²⁴ См.: Zakon o financiranju političkih aktivnosti i izborne promidžbe Republike Hrvatske od 11.02.2011 (pročišćeni teks zakona 02/14) // Narodne Novine br. 61/11.

²⁵ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland // Deutscher Bundestag. URL: <https://www.bundestag.de/gg> (дата обращения: 26.11.2018).

устранения демократии в Германии (в 2016 г. НДПГ получила в общей сложности более 1,1 млн евро бюджетных средств).

Правовые нормы о возможности ограничения финансирования партий существуют также и во Франции. Так, Законом Франции от 6 июня 2000 г. № 2000-493 «О политическом паритете мужчин и женщин» были предусмотрены финансовые санкции в отношении политических партий, которые не соблюдают принцип паритета мужчин и женщин при выдвижении кандидатов на парламентских выборах. Так, если разрыв между числом кандидатов каждого пола от партии превышает 2 % от общего числа кандидатов, то в этом случае уменьшается размер государственного финансирования этой партии, которое им выделяется исходя из результатов выборов в Национальное собрание²⁶.

К определенным негативным моментам существующего законодательного порядка финансирования партий можно отнести то, что размер средств, которые получают партии, определяют сами партии, попавшие в парламент. Так, в частности, двумя последними поправками в ст. 33 Федерального закона «О политических партиях» были увеличены размеры ассигнований, выделяемых политическим партиям по результатам выборов в Государственную Думу со 110 до 152 руб. за один голос и в отношении выборов Президента РФ с 20 до 152 руб. Фактически эти изменения принимались уже по окончании выборов и увеличивали размер ассигнований партий, допущенных к распределению мест в парламенте. А. В. Ильин предлагает в целях предотвращения злоупотреблений со стороны партий привести существующее законодательство в соответствие с принципами разумности и обоснованности, в частности предусмотреть в законе следующее правило: моментом вступления в силу поправок, касающихся любых изменений, связанных с финансированием партий является дата начала работы Государственной Думы нового созыва²⁷.

Представляется обоснованным рассмотрение возможности изменения пропорции в выделении партиям бюджетных средств. В частности, финансирование может носить стимулирующий эффект: количество денежных средств, предоставляемых оппозиционным партиям, может быть приближенным или даже большим, чем объем поддержки правящей партии. Так, в качестве примера можно привести опыт Великобритании, где размер средств, выделяемых проигравшей партии, выше, чем для правящей. В Соединенном Королевстве партия, занимающая второе после правящей партии место по числу мандатов в Палате общин, имеет статус оппозиции Ее Величества. При этом с 1975 г. в Великобритании стала применяться система государственных выплат для поддержки двух оппозиционных партий (т. е. занимающих второе и третье после правящей партии места по числу своих депутатов в Палате общин) для

²⁶ См.: Финансирование политических партий во Франции : правовое регулирование : сб. переводов. С. 18.

²⁷ См.: Ильин А. В. Принятие решений о распределении бюджетных средств. М., 2015. С. 90.

осуществления ими парламентской деятельности. Сумма таких выплат складывается из фиксированного размера денежных средств, выделяемых каждой такой партии, а также надбавки за каждые 200 голосов, поданных за партию на последних выборах. С 1996 г. аналогичная система государственной финансовой поддержки оппозиции стала применяться и в Палате лордов – пропорционально численности в палате членов соответствующей партии. Прямого финансирования иных политических партий в Соединенном Королевстве нет²⁸.

Итак, институт государственного финансирования политических партий получил широкое распространение в демократических государствах. Он служит поддержке партий, препятствует внутрипартийной коррупции. Однако применение данного института в России приводит к выделению группы «элитных» партий, а практически полная зависимость некоторых партий от средств, выделяемых из бюджета, ограничивает их политическую самостоятельность. Изменение подходов к государственному финансированию политических партий с учетом анализа эффективных зарубежных методик будет способствовать активному участию в выборах малых партий, а также становлению эффективной многопартийной системы.

²⁸ См.: *Алебастрова И. А.* Большинство и меньшинство в демократической политической системе : к вопросу о гарантиях статуса оппозиции // Конституционное и муниципальное право. 2015. № 1. С. 17–23.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (г. Москва)

Вершинин А. И., аспирант кафедры конституционного и административного права, эксперт научно-учебной лаборатории политических исследований
E-mail: vershinin152@gmail.com

National Research University «Higher School of Economics» (Moscow)

Vershinin A. I., Post-graduate Student of the Constitutional and Administrative Law Department, Expert in Laboratory for Political Studies
E-mail: vershinin152@gmail.com

УДК 343.197.2

ВОЕННЫЕ ТРИБУНАЛЫ В 1920-е гг.:
РОЛЬ И ЗНАЧЕНИЕ

Д. Н. Шкаревский

Сургутский государственный университет

Поступила в редакцию 20 апреля 2019 г.

Аннотация: автор выделяет основные этапы и особенности формирования военных судов в советской России в 1920-е гг. По мнению автора, военные суды играли двойную роль: с одной стороны, они действительно являлись органами, уполномоченными осуществлять судебную власть в новых вооруженных силах, с другой – органами политической юстиции, которые достаточно активно участвовали в организации и проведении репрессий уже в течение 1920-х гг. Этому способствовал их узкий состав и отсутствие народных заседателей; также в работе военных трибуналов изначально большую роль играло усмотрение судей.

Ключевые слова: советская юстиция, специальная юстиция, военные суды.

Abstract: the author outlines the stages and peculiarities of the formation of military courts in Soviet Russia in the 1920s. The author believes that the military courts played a dual role. On the one hand, they were the organs of military justice. On the other hand, they were the organs of political justice. This was facilitated by their narrow composition and the lack of people's assessors. Also in the work of military tribunals, the personal opinion of judges played a big role.

Key words: Soviet justice, special justice, military courts.

После Октябрьской революции в Советском государстве была создана система специальной юстиции, в основе которой находилась триада: 1) революционные (губернские) трибуналы на местах (РТ) и органы, с ними связанные; 2) революционные военные трибуналы (РВТ) и органы, с ними связанные; 3) революционные военные трибуналы на железнодорожном (и водном) транспорте (РВЖДТ) и органы, с ними связанные. Основная их цель состояла в защите государства и достижений революции. Задачей данной работы является определение основных этапов и особенностей деятельности их второго подвида – революционных военных трибуналов (РВТ) в 1920-е гг.

Формирование и развитие органов военной юстиции в 1920-е гг. было достаточно сложным и, наверное, даже более драматичным, чем ревтрибуналов. Процесс появления РВТ отличался от процесса создания РТ: если РТ появились в результате издания Декрета о суде № 1, то РВТ начали формироваться самостоятельно. Общеизвестно, что советское руководство изначально исходило из идеи ликвидации специальных военных судов¹, однако уже в течение 1918 г. начинают создаваться первые воен-

¹ См.: *Абрамов В. В.* Создание и деятельность местных революционных трибуналов (1918–1922 гг.) : по материалам Пензенской губернии : дис. ... канд. ист. наук. Пенза, 2004. С. 125.

ные суды на основании инструкций военного ведомства. В июне 1918 г. создается РВТ Восточного фронта, в июле 1918 г. – РВТ Первой армии, деятельность РВТ Западного фронта прослеживается с декабря 1918 г. Также действовали так называемые «летучие» трибуналы для борьбы с дезертирством². И. Лезов пришел к выводу о создании РВТ в войсках по инициативе командования и последующем вынужденном одобрении этого процесса властями³.

Следует отметить, что на протяжении 1918 г. не было четкого разделения ревтрибуналов и реввоенрибуналов. Например, в мае 1918 г. был создан Нальчикский военно-революционный трибунал, который по факту не являлся РВТ, а более подходил под определение ревтрибунала. К тому же создан он был на основании декрета от 4 мая 1918 г., который касался именно ревтрибуналов, но не военных трибуналов⁴.

Одной из первых попыток легализации военных судов являлось издание в июле 1918 г. приказа Наркома по военным делам о создании в прифронтовой полосе фронтовых полковых (отрядных) местных судов и ротных товарищеских судов. Их компетенция была определена следующим образом: «решают все уголовные дела, по которым обвиняемому угрожает наказание не выше 5 лет лишения свободы». Примечательно, что их приговоры и решения были окончательны и обжалованию в апелляционном порядке не подлежали. Допускалась лишь просьба о кассации по ряду дел. Кассационной инстанцией являлся Совет фронтовых местных судов (в составе постоянных судей). Дела, не относящиеся к подсудности этих судов, передавались в ревтрибуналы или народные окружные суды⁵. В состав суда входили: постоянный судья и 2 очередных заседателя. Все они должны были избираться тайным всеобщим голосованием полка.

К компетенции ротных товарищеских судов были отнесены «незначительные проступки против воинского порядка, воинского долга и товарищества» с целью поддержания «строгости порядка и сознательной дисциплины»⁶. Состав суда (3 постоянных члена и 2 запасных) должен был избираться тайным голосованием на 3 месяца. Причем решения данного суда были окончательными и обжалованию не подлежали (ст. 16), приводились в исполнение немедленно (ст. 15).

² См.: Федоренко П. П. Революционные трибуналы Смоленской губернии : декабрь 1917–1922 гг. : дис. ... канд. ист. наук. Брянск, 2006. С. 145, 147, 148.

³ См.: Лезов И. Л. Советский суд в 1917–1940 гг. : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 61.

⁴ См.: Теунов М. К. Организационно-правовые основы становления Нальчикского военно-революционного трибунала // Журнал российского права. 2007. № 4. С. 107.

⁵ См.: О фронтовых полковых (отрядных) местных судах (Положение) : приказ Народного комиссариата по военным делам РСФСР от 23 июля 1918 г. // СУ РСФСР. 1918. № 55. Ст. 612.

⁶ О ротных товарищеских судах (Положение) : приказ Народного комиссариата по военным делам РСФСР от 23 июля 1918 г. // СУ РСФСР. 1918. № 55. Ст. 613.

14 октября 1918 г. по инициативе Л. Троцкого был создан Военно-революционный трибунал при Реввоенсовете (РВС) Республики под председательством К. Данишевского. Однако никаких письменных руководящих указаний от РВС не последовало. Основная задача РВТ Республики, по словам его руководителя, состояла в наблюдении за *самопроизвольно возникающими* на фронтах, в армиях, на отдельных боевых участках судебно-карательными учреждениями с целью ввести их работу в определенные рамки, инструкциями и циркулярами направлять их карательную политику⁷.

Кадровый состав РВТ того времени обычно оценивается как достаточно молодой (средний возраст не старше 27 лет), с достаточно высоким образовательным цензом. Однако состав РВТ не был стабильным, поскольку в условиях боевых действий имела место текучка кадров. Интересно, что до февраля 1919 г. военные суды формировались политорганами и целиком зависели от них⁸.

Основными недостатками в работе РВТ на данном этапе их существования обычно называют: неполную регистрацию дел, отсутствие сведений об их движении, бессистемное составление обязательных отчетов, халатное хранение вещественных доказательств, ведение протоколов заседаний не в полном объеме, слабый контроль за исполнением приговоров⁹.

Система военной юстиции в виде революционных военных трибуналов была законодательно оформлена с февраля 1919 г. Согласно принятому Положению о революционных военных трибуналах создавалась их четырехступенчатая система: Революционный военный трибунал Революционного военного совета Республики (РВСР), РВТ фронтов, армий и отделы РВТ армий¹⁰.

РВТ были подсудны *«все политические дела и военного характера преступления»* в зависимости от занимаемой должности. Причем реорганизованным трибуналам было предоставлено «право вынесения приговоров по всем делам, возникающим в чрезвычайных комиссиях»¹¹. На практике РВТ рассматривали также дела в отношении гражданских лиц¹². Компетенция их не была стабильной: в зависимости от политической ситуации расширялась или сужалась. Например, в апреле 1919 г. СНК принял декрет «О всеобщей мобилизации населения», который приравнял трудовую повинность к воинской, в результате на рассмотрение

⁷ См.: Данишевский К. Х. Революционные военные трибуналы. М., 1920. С. 3.

⁸ См.: Абрамов В. В. Указ. соч. С. 78

⁹ См.: Малых И. П. Создание и деятельность революционных трибуналов на Южном Урале в 1919–1921 годах : исторический аспект : дис. ... канд. ист. наук. Челябинск, 2010. С. 117–118.

¹⁰ См.: О революционных военных трибуналах (Положение) : постановление Реввоенсовета РСФСР от 4 февраля 1919 г. // СУ РСФСР. 1919. № 13. Ст. 131.

¹¹ О Всероссийской чрезвычайной комиссии : постановление ВЦИК от 17 февраля 1919 г. // СУ. 1919. № 12. Ст. 130.

¹² См.: Абрамов В. В. Указ. соч. С. 167.

РВТ стали попадать и дела о трудовом дезертирстве. РВТ также рассматривали и общеуголовные дела¹³.

РВТ всех уровней состояли из председателя и двух членов. Следствие при РВТ РВСР проводили военные следователи РВТ, чрезвычайные комиссии по борьбе с контрреволюцией или военный контроль; следствие в остальных трибуналах проводили следователи, состоявшие при них, или «соответствующие следственные органы». Решения трибуналов обжалованию не подлежали и приводились в исполнение в течение 24 часов. Причем в своих решениях РВТ должны были руководствоваться «интересами Социалистической Республики ... революционным коммунистическим правосознанием и революционной совестью».

К. Данишевский характеризовал РВТ как «органы уничтожения, изоляции, обезвреживания и терроризирования врагов Рабоче-крестьянского отечества, и только во вторую очередь это суды, устанавливающие степень виновности ... это чрезвычайные органы переходного времени ... еще более чрезвычайные, чем революционные трибуналы», которые созданы не только для военных, а для войны¹⁴.

РВТ проводили достаточно жесткую карательную политику. К примеру, огромное количество приговоров о расстреле дезертиров в 1920 г., выносимых РВТ Западного фронта, вызвало озабоченность в Москве. 2 августа 1920 г. председатель РВТ Республики направил РВТ Западного фронта в виде циркуляра решение Политбюро ЦК, в котором указывалось, что применение расстрелов к дезертирам возможно только в исключительных случаях. Достаточной мерой наказания будет условное осуждение и конфискация имущества¹⁵. В целом же активность деятельности РВТ зависела от положения на фронтах: активизировалась при неудачах и снижалась в периоды стабилизации обстановки. Еще одну интересную тенденцию в развитии РВТ отметил К. Данишевский. По его наблюдениям, РВТ не всегда понимали сущность своей связи с РВС, нередко вступая с ними в конфликты¹⁶.

Для обсуждения проблем и выработки единой правоприменительной практики периодически созывались совещания председателей РВТ. Так, в июле 1919 г. было проведено совещание председателей РВТ Восточного фронта в Симбирске. В ходе этого совещания были поставлены следующие задачи: не допускать ошибок в суде; как правило производить судебное следствие; вести протокол по всем заседаниям; выносить приговор в совещательной комнате, где присутствуют только судьи; приговор должен содержать мотивировочную часть; в составе суда иметь хотя бы одного члена с юридическим образованием¹⁷.

Таким образом, с февраля 1919 г. система военных трибуналов развивается как элемент системы специальных органов юстиции для защиты

¹³ См.: *Малых И. П.* Указ. соч. С. 183; 185–190.

¹⁴ См.: *Данишевский К. Х.* Указ. соч. С. 5, 25.

¹⁵ См.: *Федоренко П. П.* Указ. соч. С. 150.

¹⁶ См.: *Данишевский К. Х.* Указ. соч. С. 13.

¹⁷ См.: *Малых И. П.* Указ. соч. С. 161.

интересов государства. Государство не смогло их ликвидировать и просто решило взять под контроль и использовать в своих целях.

Вполне вероятно, что данные органы оказались перегружены делами, поэтому в июле 1919 г. Декретом СНК РСФСР во фронтовых и тыловых частях Красной армии создаются полковые суды для рассмотрения «всякого рода преступлений и проступков военнослужащих Красной армии, – в том числе и специально воинских, в пределах круга уголовных дел, подсудных в общем порядке народному суду... поскольку таковые дела не изъяты специальными положениями и декретами в ведение революционных трибуналов и не подлежат ... разрешению их в дисциплинарном порядке»¹⁸. Однако уже в декабре 1919 г., вероятно, в связи со снижением интенсивности боевых действий СНК постановил «на фронтах и в округах, подчиненных революционным военным советам, полковых судов не учреждать, рассмотрение дел, отнесенных к их ведению, возложить на революционные военные трибуналы»¹⁹. Таким образом, в результате успешных боевых действий РВТ остались единственным судебным органом в войсках в конце 1919 г.

Практически одновременно с этим, в ноябре 1919 г., было принято новое противоречивое Положение о революционных военных трибуналах, согласно ст. 3 которого РВТ обладали *неограниченным правом в определении меры репрессии*. Однако оно распространялось только на дела *военнослужащих и военнопленных* (ст. 1), которые «создают опасность для советского социалистического строя Республики, укрепления в ней завоеваний революции и для ее обороны», а также на те деяния, «развитие коих в районе военных действий влечет за собою дезорганизацию и понижение боеспособности Красной армии»²⁰. Изменялась структура трибуналов. Вводилась трехзвенная система: трибунал армии (укрепрайона), трибунал фронта, Революционный военный трибунал Республики. Трибунал состоял из председателя, его заместителя, двух постоянных членов трибуналов и их заместителей, назначаемых соответствующим Реввоенсоветом. РВТ предоставлялось право рассмотрения дел в выездных сессиях. О приговоре к расстрелу следовало немедленно сообщить Реввоенсовету, при котором состоял трибунал (Реввоенсовет и РВТ Республики имели право приостановления приговора), и только по истечении 48 часов после такого сообщения приговор вступал в силу и приводился в исполнение. Все остальные приговоры трибуналов вступали в силу и

¹⁸ Об утверждении и введении в действие положения о полковых судах : декрет СНК РСФСР от 10 июля 1919 г. // СУ РСФСР. 1919. № 31–32. Ст. 326.

¹⁹ О введении в действие «Положения о полковых судах» в частях Красной армии, входящих в состав округов Всероссийского Главного штаба, и о возложении функций полковых судов на революционные военные трибуналы на фронтах и округах, подчиненные Революционным военным советам : постановление СНК РСФСР от 23 декабря 1919 г. // СУ РСФСР. 1919. № 65. Ст. 588 ; *Малых И. П.* Указ. соч. С. 170.

²⁰ Положение о революционных военных трибуналах : декрет ВЦИК от 20 ноября 1919 г. // СУ РСФСР. 1919. № 58. Ст. 549.

приводились в исполнение немедленно по постановлению и объявлении приговора.

Допуск обвинителя и защитника зависел от усмотрения РВТ. Поводом к «начатию дела» в РВТ могло стать непосредственное усмотрение РВТ. При вынесении приговора РВТ руководствовались «обстоятельствами дела и своей революционной совестью» (ст. 33). В примечании к ст. 34 уточнялось: РВТ *«руководствуются интересами социалистической Республики, классовой войны за торжество пролетариата и обороны Республики от врагов социалистической революции, как это подсказывается им революционным правосознанием и совестью»*. При этом РВТ Республики давал указания о недопустимости отмены приговоров, замены наказаний, помиловании осужденных с целью оградить РВТ от вмешательства РВС²¹.

При РВТ действовали следственные части. Следствие проводили следователи, состоявшие при РВТ, назначаемые и увольняемые самими трибуналами. К следователям предъявлялись следующие требования: наличие стажа военной службы не менее 2 месяцев; наличие активного и пассивного избирательного права, по возможности, наличие юридического образования или опыта работы в судебных учреждениях²².

Ежемесячное денежное содержание сотрудников РВТ было несколько выше общеармейского: председатель получал – 1800 руб., член РВТ – 1500 руб., его заместитель – 1300 руб., следователь – 1200 руб., секретарь – 1100 руб., машинистка – 800 руб.; для сравнения: денежное содержание командира полка составляло – 1700 руб., командира роты – 600 руб., стрелка – 175 руб.²³

В декабре 1919 г. при дивизиях и отдельных бригадах были учреждены отделы РВТ. Из их подсудности были изъяты дела о шпионаже, измене, заговорах и восстаниях, контрреволюционной агитации и провокациях, о подлогах документов и подделке денежных знаков, о превышении и бездействии власти²⁴.

РВТ по-прежнему привлекали к ответственности не только военно-служащих, но и гражданских лиц. К примеру, за 1919 г. РВТ 26-й дивизии при освобождении Южного Урала привлек к ответственности 1600 человек, из которых 51,2 % – красноармейцы; 3,4 % – комсостав; 5,5 % – комиссары; 19,2 % – гражданские лица²⁵. Достаточно высокой была доля дел о дезертирах. Только в осенне-зимнюю кампанию 1919 г. в Красной армии насчитывалось до 1,5 млн дезертиров²⁶.

И. Лезов оценивает деятельность РВТ следующим образом: «Военными трибуналами наиболее часто применялась смертная казнь. В неко-

²¹ См.: *Абрамов В. В.* Указ. соч. С. 169.

²² См.: *Малых И. П.* Указ. соч. С. 121.

²³ См.: Там же. С. 122.

²⁴ См.: Об отделах революционных военных трибуналов : приказ Реввоенсовета Республики от 16 декабря 1919 г. // СУ РСФСР. 1919. № 63. Ст. 576.

²⁵ См.: *Малых И. П.* Указ. соч. С. 198.

²⁶ См.: Там же. С. 183.

торых регионах страны расстрелы становились привычным, обыденным явлением... Только в 1920 г., в период резкого снижения уголовной репрессии в стране, по официальной статистике, РВТ было приговорено к расстрелу 5757 чел., что составляло 5,4 % всех осужденных». Причем деятельность РВТ иногда шла вразрез с нормами законодательства²⁷.

В феврале 1920 г. в подсудность военно-революционных трибуналов были переданы дела о вооруженных грабежах, разбойных нападениях, налетах²⁸. К тому же их не касалась отмена в январе 1920 г. смертной казни²⁹.

В этот период для подготовки кадров создаются военно-юридические школы. К примеру, в начале 1920 г. такие школы были созданы в Екатеринбурге и Вятке. Учебный курс составлял 250 часов (50 рабочих дней). К обучению привлекались, как правило, лица, имевшие опыт практической работы в судебных органах³⁰.

В мае 1920 г. вновь изменилось положение о военных трибуналах. Согласно этому документу, трибуналы потеряли право самостоятельного возбуждения дел, однако получили право рассматривать дела, направляемые широким кругом органов, имевших на это право «согласно положению о них» (ст. 1). Вновь была восстановлена четырехзвенная система (РВТ Республики, РВТ фронта, армии, отдел РВТ армии при дивизии). Кроме того, РВТ могли создаваться при областных ревкомитетах или окружных военных комитетах (на правах РВТ фронта). К их компетенции были отнесены дела о военнослужащих по обвинению: в контрреволюционных деяниях; крупной спекуляции; крупных должностных преступлениях и взяточничестве; явном и злостном дискредитировании Советской власти; дела о дезертирах, признанных злостными, и укрывателях дезертиров; дела о неисполнении боевых приказов и других специальных военных преступлений; *о всех гражданах по обвинению их в бандитизме*³¹. При объявлении местности на военном и осадном положении РВТ были подсудны все гражданские лица по обвинению в указанных выше преступлениях. Также РВТ сохранили ничем не ограниченное право определения меры репрессии.

Отметим, что РВТ имели право создавать параллельный состав при скоплении большого количества дел, рассматривать дела в выездных заседаниях. Положение также разрешало создавать областные или окружные РВТ на правах РВТ фронта³².

²⁷ См.: Лезов И. Л. Указ. соч. С. 63.

²⁸ См.: О передаче лиц, обвиняемых в бандитизме суду Военно-революционного трибунала : декрет СНК РСФСР от 19 февраля 1920 г. // СУ РСФСР. 1920 г. № 11. Ст. 71.

²⁹ См.: Федоренко П. П. Указ. соч. С. 147.

³⁰ См.: Малых И. П. Указ. соч. С. 162.

³¹ См.: О введении в действие «Положения о РВТ» : приказ Реввоенсовета Республики от 4 мая 1920 г. // СУ РСФСР. 1920. № 54. Ст. 236.

³² См.: Данишевский К. Х. Указ. соч. С. 19.

В целом положение сохраняло прежние нормы: приговоры РВТ апелляционному и кассационному обжалованию не подлежали; право приостановки приведения в исполнение смертных приговоров принадлежало соответствующему РВС и РВТР. В случае приостановления приговора дело передавалось на рассмотрение в вышестоящий трибунал. Сохранялось неограниченное право применения репрессии.

В состав военного трибунала входили: председатель, его заместитель, 2 члена и их заместители, назначаемых соответствующими РВС. В качестве членов РВТ обязательно должны были включаться ответственные политические работники, один из них также обязательно назначался начальником соответствующего особого отдела. К. Данишевский оценивает это как сближение РВТ и особых отделов, аналогично РТ и ЧК, делает вывод о том, что РВТ стали наблюдать за деятельностью Особых отделов³³. Однако, вероятно, наблюдение было обоюдным.

Предварительное следствие проводилось особыми отделами или военными следователями при трибуналах. Причем военные следователи являлись и следователями-докладчиками по делам, поступающим из особого отдела. За действиями следователя-докладчика наблюдал член РВТ по поручению председателя. У РВТ сохранялось право проверки следственных действий. Однако приказом РВТ Республики от 21 января 1921 г. РВТ разрешалось считать «поводами к начатию дел появляющиеся в печати заметки и письма о злоупотреблениях в частях Красной армии, военных учреждениях, и на железных дорогах»³⁴.

Наладить взаимодействие между РВТ, особыми отделами и ЧК не удалось: «между ними чаще наблюдались конфликты, причем на почве “мелкого себялюбия”»³⁵. Нередко конфликты возникали и между руководителями органов военной юстиции и местными областными отделами РКП (б)³⁶.

РВТ на данном этапе характеризовались как «классовые органы пролетариата и крестьянства, обязанные принимать во внимание классовое происхождение преступника». Но несмотря на то что РВТ *не рекомендовалось* применять высшую меру наказания по отношению к рабочим и крестьянам, основная масса осужденных РВТ относилась к категории крестьян³⁷.

Отмечу, что на данном этапе на РВТ возлагались не свойственные им функции. Например, РВТ занимались санитарным и хозяйственным обследованием войсковых частей. Нередко они принимали «летучий» характер: действовали по упрощенной процедуре и в короткие сроки³⁸.

Особыми военными формированиями были части войск внутренней охраны Республики (ВОХР). При них действовала своя система РВТ

³³ См.: Данишевский К. Х. Указ. соч. С. 17.

³⁴ См.: Малых И. П. Указ. соч. С. 146.

³⁵ Абрамов В. В. Указ. соч. С. 191.

³⁶ См.: Горьев Д. А. Деятельность революционных трибуналов на Кубани : 1918–1922 гг. : дис. ... канд. ист. наук. Армавир, 2011. С. 143.

³⁷ См.: Там же. С. 154.

³⁸ См.: Горьев Д. А. Указ. соч. С. 157.

(РВТвВО). Соединения ВОХР создавались из частей ВЧК (приказ войскам ВОХР № 4/15 от 26 июня 1919 г.). С марта 1920 г. РВТвВО рассматривали дела о бандитизме и разбойных нападениях. Однако «действовали крайне медленно и малоэффективно»³⁹. В конце 1920 г. была проведена реорганизация РВТ войск внутренней охраны в РВТ войск внутренней службы⁴⁰. В результате в организационно-правовом плане они практически не отличались от военных трибуналов.

Качество работы РВТ явно не устраивало руководство, хотя суть претензий была, мягко говоря, странной. К. Данишевский прямо указывал, что часть РВТ выносили решения «по трафарету, как буржуазные суды по уложению ... определяя меру наказания ... одинаково при самой различной обстановке... Имеются случаи, когда выносятся суровые приговоры за деяния, которые в момент вынесения такого приговора являются невинными или глупым баловством ... Выносят одинаково суровые приговоры за преступления, которые внешне кажутся одинаковыми»⁴¹.

Конституция СССР 1924 г. закрепила существование органов специальной юстиции (в основе которой, согласно ст. 44, находились военные и военно-транспортные суды)⁴². Причем военная коллегия Верховного Суда СССР (ВК ВС СССР) занималась «рассмотрением дел *исключительной важности*». Также отметим, что при прокуроре ВС СССР состояли два помощника: один по надзору за ОГПУ, второй – по военной прокуратуре и военной коллегии ВС СССР⁴³.

С 1924 г. сотрудники ВК ВС СССР были приравнены к лицам, состоявшим на действительной военной службе с правом ношения военной формы⁴⁴.

В 1924–1926 гг. продолжались попытки закрепить существование двух систем юстиции – общей и специальной. В результате издания Основ судостройства СССР и Союзных республик от 29 октября 1924 г. (дававших указания только общим судам) и Положения о военных трибуналах и военной прокуратуре от 20 августа 1926 г. (дававшего указания только трибуналам и оформлявшего военную прокуратуру)⁴⁵ наблюдалось их параллельное существование.

³⁹ Абрамов В. В. Указ. соч. С. 170–171.

⁴⁰ См.: О реорганизации РВТ войск внутренней службы : приказ РВС Республики, Народного комиссариата внутренних дел и Революционного военного трибунала Республики № 2611 от 25 ноября 1920 г. // Сборник приказов РВСР. 1920.

⁴¹ Данишевский К. Х. Указ. соч. С. 38.

⁴² См.: Основной Закон (Конституция) Союза Советских Социалистических Республик // СУ РСФСР. 1923. № 81. Ст. 782.

⁴³ См.: Положение о Верховном Суде СССР : декрет ЦИК СССР от 23 ноября 1923 г. // СУ РСФСР. 1924. № 29/30. Ст. 278.

⁴⁴ См.: О милитаризации Военной коллегии Верховного Суда СССР : постановление ЦИК и СНК СССР от 1 августа 1924 г. // СЗ СССР. 1924. № 4. Ст. 49.

⁴⁵ См.: Основы судостройства СССР и Союзных республик : постановление ЦИК СССР от 29 октября 1924 г. // СЗ СССР. 1924. № 23. Ст. 203 ; Положение о военных трибуналах и военной прокуратуре : постановление ЦИК и СНК СССР от 20 августа 1926. г. // СЗ СССР. 1926. № 57. Ст. 413.

Согласно Положению 1926 г., изменилось организационное деление системы военных трибуналов: они создавались при военных округах (фронтах, отдельных армиях, флотах), корпусах и дивизиях. Было определено, что в военное время могли создаваться военные трибуналы и в других войсковых соединениях. Однако по-прежнему общее руководство трибуналами принадлежало ВС СССР. В состав трибуналов входили: председатель, его заместитель и 2 члена. При всех ВТ состояли военные следователи и секретариат. Содержались ВТ за счет Народного комиссариата по военным и морским делам.

Из Положения исчезли наиболее одиозные формулировки норм периода Гражданской войны. Однако можно предположить, что большая часть этих экстраординарных норм просто перешла в секретные циркуляры для РВТ.

Положение сохраняло широкую подсудность трибуналов. К их ведению были отнесены как дела военнослужащих о воинских преступлениях, так и дела гражданских лиц и военнослужащих о *государственных* преступлениях (ст. 58–62, 64–65, 68–70, 72–73, 76, 97 ч. 2, 109, 111–117, 180 и др. УК РСФСР), о всех *иных преступлениях*, угрожающих крепости и мощи РККА, о всех преступлениях в местностях, где не функционируют общие суды. Таким образом, трибуналы продолжали оставаться органам не только военной, но и политической юстиции.

Кассационной инстанцией для всех ВТ являлась ВК ВС СССР. Однако, согласно ст. 31, в местностях, объявленных на военном положении, ВТ «предоставляется право ... входить ... в революционный военный совет, а там где его нет, к командующему соответствующего войскового соединения с *представлением о непропуске кассационной жалобы* и обращении приговора к исполнению».

О всяком приговоре, присуждающем к расстрелу, ВТ немедленно должен был сообщить телеграфно председателю ВК ВС СССР и старшему помощнику прокурора ВС СССР по ВК и военной прокуратуре (ВП), а в местностях, объявленных на военном положении, также соответствующему РВС или командующему. Приговор, присуждающий к расстрелу, мог быть приведен в исполнение только в случае неполучения иного распоряжения в течение 72 часов с момента вручения телеграфного сообщения о нем указанным выше лицам.

На данном этапе создается военная прокуратура. Военные прокуроры состояли при тех соединениях, где существовали трибуналы. Они также состояли на довольствии Народного комиссариата по военным и морским делам.

Итак, именно на данном этапе военные трибуналы становятся органами политической юстиции, которым доверяют образцово-показательное рассмотрение дел по государственным (политическим) преступлениям. В качестве примера можно привести процесс над социалистами-революционерами (1922), а также дела крупных деятелей антибольшевистских движений – Б. Савинкова (1924), атамана Б. Анненкова (1927), кутеповцев. В свою очередь, это не позволяет согласиться с выводом Ю. Титова о том,

что «революционные трибуналы действовали в первые годы НЭПа в условиях все более укрепляющейся революционной законности»⁴⁶.

Таким образом, в деятельности РВТ представляется возможным выделить несколько периодов.

Первый период – конец 1917 – февраль 1919 г. – это время самостоятельного формирования органов военной юстиции; на данном этапе отсутствовали правовые основания их деятельности. В целом его можно охарактеризовать как период «беззакония» и широкого местного творчества органов военной юстиции.

Второй период – февраль 1919 г. – 1921 г.; на данном этапе советское руководство пытается облечь проводимые РВТ мероприятия (репрессии) в правовую форму. Однако только положение о РВТ за это время менялось как минимум три раза. Учитывая уровень средств коммуникации, наличие военных действий, низкий уровень подготовки кадров, можно предположить, что РВТ не ориентировались на действовавшие нормы права или просто могли не знать о последних их изменениях.

Третий период – 1922–1929 гг.; происходит адаптация военных судов к условиям мирного времени, новой экономической политики. На данном этапе военные трибуналы не только играли роль органов военного правосудия, но и являлись элементом механизма по борьбе с оппозицией существующему режиму.

Для органов военной юстиции характерны следующие черты. Прежде всего реввоен трибуналы с момента их основания играли двойную роль. С одной стороны, они действительно являлись органами, уполномоченными осуществлять судебную власть в новых вооруженных силах. Однако, с другой стороны, они являлись органами политической юстиции, которые достаточно активно участвовали в организации и проведении репрессий уже в 1920-х гг. Этому способствовал их узкий состав и отсутствие народных заседателей (причем заседатели могли принимать участие даже в работе ревтрибуналов). Также в работе РВТ изначально большую роль играло усмотрение судей (революционное коммунистическое правосознание, революционная совесть и т. п.), т. е. они были слабо «связаны» правом.

⁴⁶ *Титов Ю. П.* Создание и развитие революционных трибуналов в РСФСР : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1988. С. 37.

Сургутский государственный университет

Шкаревский Д. Н., кандидат исторических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права Института государства и права

E-mail: shkarden@mail.ru

Surgut State University

Shkarevsky D. N., Candidate of Historical Sciences, Associate Professor of the Theory and History of State and Law of the Department of the Institute of State and Law

E-mail: shkarden@mail.ru

**ПРАВОВОЕ ЯВЛЕНИЕ ОТПУСКА КРЕСТЬЯН ИЗ ЗАКЛЮЧЕНИЯ
ДЛЯ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННЫХ РАБОТ
КАК ФОРМА ЛИБЕРАЛИЗАЦИИ СОВЕТСКОЙ
ИСПРАВИТЕЛЬНОЙ СИСТЕМЫ В 1920-е гг.**

Д. В. Ливенцев

Воронежский институт Федеральной службы исполнения наказаний

Поступила в редакцию 15 января 2019 г.

Аннотация: *раскрывается законодательная регламентация по организации отпуска заключенных крестьян с целью осуществления ими сельскохозяйственных работ. Автор приводит материалы из фондов Государственного архива Российской Федерации, из редких журнальных и газетных изданий фондов Российской государственной библиотеки и Российской национальной библиотеки, отражающие данное мероприятие, проводимое в местах заключения.*

Ключевые слова: *многолетние крестьяне, сельскохозяйственные работы, исправительная система, прокуратура, списки заключенных, сельское общество, либерализация, экономическое положение, Гражданская война, Наркомат юстиции, Наркомат внутренних дел, Всероссийский центральный исполнительный комитет.*

Abstract: *legislative regulation is revealed on the organization of «holiday» of prisoners of peasants for the purpose of implementation of agricultural works by them are revealed. The author cites the materials of the state Archive of the Russian Federation and rare editions from the journal and newspaper collections of the Russian state library and the Russian national library, reflecting the event held in places of detention.*

Key words: *large farmers, agricultural work, correctional system, Prosecutor's office, lists of prisoners, rural society, liberalization, economic situation, Civil war, people's Commissariat of justice, people's Commissariat of internal Affairs, all-Russian Central Executive Committee.*

В 1920-е гг. в советской исправительной системе практиковалось уникальное явление отпуска заключенных крестьян для выполнения сезонных сельскохозяйственных работ. Подобное мероприятие проводилось из пропагандистских соображений, так как представляло советскую исправительную систему в выгодном свете перед западными государствами. В то же время отпуск заключенных крестьян для проведения сезонных полевых работ имел значение для сельского хозяйства, находившегося в закономерном экономическом упадке после общенационального кризиса начала XX в.

Основы данного правового явления были законодательно регламентированы Декретом Всероссийского центрального исполнительного комитета от 21 апреля 1925 г. «О предоставлении отпусков из мест за-

ключений на полевые работы заключенным крестьянам»¹. Упомянутый декрет проводил в жизнь ст. 143 и 159 «Исправительно-трудового кодекса РСФСР 1924 г.»².

Позднее в ряде специальных циркуляров Наркомат внутренних дел установил срок отпуска заключенных крестьян для осуществления сельскохозяйственных работ не более чем на три месяца и определил категории преступлений, на которые подобная льгота не распространялась³. В числе преступлений, оговоренных главным управлением НКВД в марте 1927 г. в качестве препятствующих отпуску крестьянина для сельскохозяйственных работ назывались бандитизм, конокрадство и грабеж. Интересно, что время вышеназванных сезонных сельскохозяйственных работ засчитывалось «отпускнику» в отбытие срока. Правда, для этого он должен был не совершить за время отпуска других уголовных проступков и представить справку от сельского общества о положительных результатах собственной трудовой деятельности.

Главным аргументом при предоставлении отпуска служила установка о несознательности крестьянина, совершившего уголовный проступок; подчеркивалось, что часто его толкали на преступление объективные причины: экономические и социальные обстоятельства в условиях Гражданской войны. Временно освобождаемый крестьянин с точки зрения новой советской идеологии представлялся как жертва царского режима, а следовательно, ему было необходимо трудовое перевоспитание. Еще одной причиной служило желание новой власти произвести позитивное впечатление на односельчан «отпускника». Решающее значение также имели сведения о многодетности семьи заключенного крестьянина, т. е. отпуск для сезонных хозяйственных работ давался ему для того, чтобы прокормить родных и спасти их от голода⁴.

Обязательным условием было принятие преступника его сельским обществом, чтобы временное освобождение не являлось причиной социальной напряженности в крестьянской среде. Опять же сам отпуск предоставлялся только после поступления запроса от местного сельского совета или общества, ходатайствовавшего за крестьянина перед правоохранительными органами. При нарушении правовой процедуры для

¹ См.: О предоставлении отпусков из мест заключений на полевые работы заключенным крестьянам // Сборник нормативных актов по советскому исправительно-трудовому праву (1917–1959 гг.). М., 1959. С. 111.

² См.: Исправительно-трудовой кодекс РСФСР 1924 г. // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1917–1952 гг.). М., 1953. С. 199–211.

³ См.: Сборник основных приказов, циркуляров и инструкций Народного комиссариата юстиции и Народного комиссариата внутренних дел РСФСР за 1918–1928 гг. о деятельности мест лишения свободы. М., 1959.

⁴ См.: Бродский Н. А. Об отпусках заключенных : (в порядке предложения) // Допровский работник : двухнедельная газета Управления исправительно-трудовых учреждений УССР. 1928. № 5. С. 1.

местных сельских руководителей предусматривалась дисциплинарная и административная ответственность.

Конечно же, советская власть эффективно использовала отпуск заключенных крестьян для проведения сезонных сельскохозяйственных работ в своих пропагандистских целях. Вот что писала газета «Правда» 30 мая 1925 г.: «...В то время как многие европейские ученые глубоко-мысленно исследуют вопрос, в каких случаях можно от строго одиночного заключения перейти к общему, когда в Америке заняты изучением вопроса о наиболее безболезненных методах применения смертной казни, у нас, несмотря на столь усиленно приписываемые нам ужасы и варварские методы тюремной политики, ее развитие идет по совершенно иному пути, по пути все большего превращения места заключения или в исправительное учреждение, или в фабрику, или в сельскохозяйственную колонию с наименьшим подчеркиванием всех атрибутов тюрьмы.

...Одним из главных, несомненно, самых ценных завоеваний советского уголовного права, в частности нашей исправительно-трудовой системы, и является «право заключенных на отпуск», которое следует закрепить в нашей дальнейшей практике»⁵.

В статье отмечался международный резонанс отпуска из мест заключения крестьян для проведения сезонных полевых работ как правового явления: «...Место заключения, «тюрьма» и отпуск – это сопоставление вообще кажется совершенно непонятым с точки зрения карательных систем современных государств.

Многочисленных иностранцев, побывавших в наших местах заключения, больше всего поражала эта особенность нашей исправительной политики. Они не верили, что человек из тюрьмы может вернуться к своим, в домашнюю обстановку на законном основании, пробыть там назначенный ему срок и затем добровольно возвратиться на место заключения. Однако им пришлось убедиться, что это подлинный факт, имеющий, как общее правило, место в нашем исправительно-трудовом законодательстве и широко применяемый на практике»⁶.

Далее автор статьи в газете «Правда» подчеркивает политическую и экономическую значимость отпуска заключенных крестьян для проведения сезонных полевых работ: «...Помимо чисто практического значения для поднятия крестьянских хозяйств, оставшихся без рабочих рук, помимо политического значения этой льготы, применяемой к тем из трудящихся крестьян, которые по нужде, несознательности или случайно совершили преступления или проступки – эта мера для нас важна именно в смысле закрепления и дальнейшего проведения той общей реформы тюремного дела, которая начата в СССР.

... Покончить раз и навсегда со взглядом на «арестанта как на отверженного», пробить брешь в «мертвый дом», не приходиться в ужас от того,

⁵ Ширвиндт Е. Отпуска заключенным крестьянам // Правда.1925. 30 мая. С. 2–3.

⁶ Там же. С. 2.

что, как бы из потустороннего мира, заключенный может до отбытия назначенного ему срока побывать среди близких, – на такие истинно революционные для всякого «тюрьмоведа» мероприятия могла решиться только советская власть, которая подошла к этому вопросу только с точки зрения целесообразности, без всякого преклонения перед фетишами и азбучными истинами современной буржуазной науки уголовного права и тюремоведения»⁷.

В контексте пропаганды для западной аудитории уникального пути организации советских мест заключения статья в газете «Правда» от 30 мая 1925 г. полностью логична и аргументированна. Однако на практике гуманный отпуск крестьян из мест заключения для проведения сезонных сельскохозяйственных работ проходил далеко не так благополучно, как планировалось советскими правоохранительными органами. Уже в 1927 г. Н. Лаговьер публикует статью в журнале «Еженедельник советской юстиции», где указывает, что часто отпуск предоставляется заключенным, относящимся к рецидивистам, отправлявшимся не на сельскохозяйственные работы, а в крупные города для продолжения бандитского промысла: «...Переводя на более прозаический язык, немалая толика профессиональных конокрадов, бандитов и т. п. преступных элементов получила возможность использовать отпуск на полевые работы не для полевых работ, а для продолжения своей «плодотворной» деятельности, для совершения ряда краж, убийств и грабежей»⁸.

Н. Лаговьер предостерегал от явных перегибов в практике временного освобождения заключенных крестьян для сезонных сельскохозяйственных работ: «...Стоящая на очереди кампания по предоставлению длительных отпусков в период полевых работ заключенным крестьянам требует к себе усиленного внимания как со стороны распределительных комиссий, так и со стороны прокурорского надзора. Задача в том, чтобы в предстоящей кампании не повторить тех ошибок, с какими приходилось сталкиваться в предыдущие кампании. Против этих ошибок необходимо решительно предостеречь»⁹.

Собственно, статья Н. Лаговьера явилась закономерной критикой заранее спланированного официальной идеологией отношения к предоставлению отпуска заключенным крестьянам для проведения сезонных сельскохозяйственных работ со стороны другого автора В. Якубсона, опубликовавшего по данному поводу в журнале «Административный вестник» № 4 за 1927 г. излишне восторженную статью «Отпуска заключенным на полевые работы»: «...Близится весна. Вместе с поднимающимся солнцем и просыпающейся природой живее начинает шевелиться и крестьянское хозяйство, полевые работы на носу, и горе тому двору, который останется неподготовленным к встрече этой долгожданной гостьи. Поэто-

⁷ Ширвиндт Е. Указ. соч. С. 3.

⁸ Лаговьер Н. Практика отпусков заключенных на полевые работы // Еженедельник советской юстиции. 1927. № 24. С. 734.

⁹ Там же. С. 735.

му осознавший это чуть ли не с самого раннего детства крестьянин, где бы он ни был, в каком бы состоянии или положении он ни находился, особенно чутко воспринимает звуки нарастающей весны. Но особенно тревожно переживает эту пору крестьянин в заключении. Силой сложившихся обстоятельств он оторван от своей семьи и своего хозяйства; лишенный свободы, он не может откликнуться на зов весны, не может сам, по своему желанию, выйти в поле, чтобы развязать дремлющие силы земли; находясь в заключении и занятый принудительным трудом, он не может по собственному выбору приложить свое время и труд к своей пашне, своему полю, своему лугу. И томится он за себя, оторванного от привычного труда, за семью, лишенную работника своего, за гибнущее хозяйство, которое осталось без руководителя. Лишение свободы крестьянина как нельзя лучше показывает, насколько уголовная репрессия ударяет не только по субъекту преступления, но и по связанным с ним лицам, не имеющим никакого отношения к преступному деянию»¹⁰.

Отдавая должное лирическому, можно сказать поэтическому, дару автора статьи, Н. Лаговьер приводит статистику, связанную с отпуском заключенных крестьян на сезонные полевые работы, которая выглядит весьма убедительно. Среди фигурантов удовлетворенных ходатайств о предоставлении отпуска на полевые работы в 1925–1926 гг. присутствовала внушительная группа крестьян-заключенных, обвиняемых в серьезных преступлениях:

1) осужденных за убийство – 66,7 % (1925 г.) и 44,4 % (1926 г.);

2) осужденных за преступления против личности – 71,6 % (1925 г.) и 51,1 % (1926 г.);

3) осужденных за конокрадство – 38,7 % (1925 г.) и 16,1 % (1926 г.);

4) осужденных за разбой и грабеж – 32,7 % (1925 г.) и 17,51 % (1926 г.);

5) осужденных за растрату имущества и присвоение социалистической собственности 47,8 % (1925 г.) и 23,9 % (1926 г.)¹¹.

В. Якубсон рассматривал статистику по исследуемой проблеме как в целом положительное явление: «...Приведенные цифры как нельзя лучше демонстрируют жизненность и эластичность деятельности распределительных комиссий: достаточно направляющих директив руководящих органов, достаточно измениться в том или ином смысле уголовной политике и распределительные комиссии сразу меняют свой курс, беря его в должном для данного момента направлении»¹². На самом деле, в повседневной деятельности распределительных комиссий, от которых зависело предоставление отпуска заключенному крестьянину для проведения сезонных полевых работ, существовала масса нарушений. Материалы Государственного архива Российской Федерации за 1928 г. свидетельствуют о том, что речь при предоставлении отпуска для заключенных

¹⁰ Якубсон В. Отпуска заключенным на полевые работы // Административный вестник. 1927. № 4. С. 7.

¹¹ Лаговьер Н. Указ. соч. С. 736.

¹² Якубсон В. Указ. соч. С. 8.

крестьян не всегда шла о несерьезных преступлениях. Так, в 1928 г. для сезонных сельскохозяйственных работ были отпущены заключенные, совершившие следующие правонарушения:

- 1) контрреволюционная деятельность – 74 заключенных (179 прошений);
- 2) уголовные преступления – 989 заключенных (1043 прошений);
- 3) взяточники и провокаторы взяток – 192 заключенных (228 прошений);
- 4) растрата имущества и присвоение социалистической собственности – 641 заключенный (2002 прошения);
- 5) прочие должностные преступления – 531 заключенный (581 прошение);
- 6) убийство – 1601 заключенный (2011 прошений)¹³.

Получается, что более всего администрация исправительных учреждений опасалась давать отпуска заключенным крестьянам, замешанным в контрреволюционной деятельности, в то время как обвинение в других видах тяжких преступлений не создавало препятствий для предоставления такого отпуска.

Надо сказать, что отпуск подобных «крестьян» нередко вызывал нарекания со стороны самих сельских обществ. Особенно удивляло уже упомянутого Н. Лаговьера решение об отпуске на сельскохозяйственные работы самой презируемой сельским обществом категории преступников – конокрадов. Возврат их в свою среду односельчане не могли одобрить в принципе, не говоря о том, что конокрад вполне мог вернуться к своему преступному промыслу¹⁴. Хотя, если сравнить статистические данные 1925 и 1926 гг., видна тенденция к снижению количества отпусков крестьян-конокрадов из исправительных учреждений. Вероятно, сами конокрады тоже не всегда стремились оказаться среди своих бывших односельчан.

Несоблюдение правил отпуска заключенных крестьян для сезонных сельскохозяйственных работ вызывало понятное беспокойство центральных и местных органов власти. Н. Лаговьер напрямую указывал на то, что отпуск заключенных крестьян производится распределительными комиссиями с серьезными нарушениями совместного циркуляра Наркомата юстиции и Наркомата внутренних дел от 15 апреля 1927 г. № 71/151. Причем данные нарушения носили систематический характер и продолжались третьей подряд «отпускную» кампанию¹⁵.

8 июня 1928 г. ВЦИК указал на несогласованность действий Наркомата внутренних дел и Наркомата юстиции в деле отпуска крестьян из заключения для осуществления сезонных сельскохозяйственных работ¹⁶.

¹³ См.: Государственный архив Российской Федерации (ГА РФ). Ф.Р. 1235. Оп. 140. Д. 127. Л. 11–12.

¹⁴ См.: *Лаговьер Н.* Указ. соч. С. 735.

¹⁵ См.: Там же. С. 736.

¹⁶ См.: ГА РФ. Ф.Р. 1235. Оп. 140. Д. 127. Л. 1.

Данное замечание было сделано в связи с просьбой НКВД отменить отпуска для заключенных крестьян. При этом ВЦИК отметил, что «...ходатайство НКВД об отмене циркуляра НКЮ об отпуске заключенных крестьян на сельскохозяйственные работы не подлежит исполнению по следующим причинам:

1) циркуляр НКЮ был издан в развитие постановления от 12 мая того года «О предоставлении отпусков из мест заключения на сельскохозяйственные работы заключенным крестьянам», что входит в его компетенцию;

2) вопрос об отмене этого циркуляра не имеет сейчас смысла, так как кампания по предоставлению отпусков началась с сентября прошлого года»¹⁷.

Кроме того, явно не собираясь отменять практику отпуска заключенных крестьян для проведения сезонных сельскохозяйственных работ, ВЦИК снова обозначил критерии для предоставления данного отпуска:

1) отсутствие тяжкой уголовной статьи;

2) отсутствие попыток побега и других нарушений внутреннего режима;

3) многочисленная семья;

4) принадлежность к трудоспособному населению данной территории¹⁸.

Однако, как видно из вышеприведенной статистики, обязательные требования ВЦИК не соблюдались при предоставлении отпуска заключенным крестьянам для проведения сезонных полевых работ. Причем устоявшаяся в местах заключения практика касалась не только крестьян-заключенных с тяжкими уголовными статьями, с достаточной долей вероятности можно предположить, что среди временно освобождаемых присутствовала значительная доля людей, совершивших попытки побега и другие серьезные нарушения внутреннего распорядка советских исправительных учреждений.

В свою очередь, для начальников мест заключения Смоленской губернии еще в 1926 г. вышла специальная инструкция по проверке данных сельских обществ, касающихся многодетности заключенных крестьян, отправлявшихся в отпуск. Дело в том, что часто сельские советы для собственных производственных целей вносили в списки заключенных, не относящихся к многодетным семьям¹⁹. Отсюда и указание ВЦИК об обязательности многочисленности семьи заключенного крестьянина, временно освобождаемого для проведения сезонных полевых работ, постоянно игнорировалось в практике деятельности советских исправительных

¹⁷ ГА РФ. Ф.Р. 1235. Оп. 140. Д. 127. Л. 2–3.

¹⁸ Там же. Л. 7.

¹⁹ 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. 2–6.

учреждений. Единственным не нарушаемым пунктом требований ВЦИК оставалась только принадлежность к трудоспособному сельскохозяйственному населению данной территории.

Несмотря на существующие недостатки, та же газета «Правда» позиционировала отпуск заключенных крестьян для проведения сезонных сельскохозяйственных работ исключительно в позитивном свете: «...Случаев невозвращения в место заключения отпускаемых крестьян почти не наблюдалось. А воспитательное значение, поощрительный характер отпусков для заключенных не нуждаются в доказательствах.

Крестьяне, получающие эту льготу, воочию видят, что даже по отношению к тем, кто пошел против порядка, установленного в интересах общества трудящихся, если есть налицо смягчающие вину обстоятельства, если есть уверенность в том, что преступления совершены не профессионалами, а совершены, хотя бы не впервые, но в силу тяжело сложившихся обстоятельств, по неосознанности и т. д., советская власть подает им руку помощи, облегчает им положение»²⁰.

В итоге повседневная практика отпуска заключенных крестьян на сезонные полевые работы не обходилась без организационных недостатков со стороны администрации советских мест заключения. Речь идет об уже неоднократно упоминавшихся отступлениях от инструкций НКЮ и НКВД.

В результате отпуск крестьян-заключенных на сезонные полевые работы в 1920-е гг. стал довольно популярной пропагандистской акцией советской власти. Подобное мероприятие в выгодном свете представляло Советское государство на международной арене. Оно демонстрировало прогрессивность советской исправительной системы перед мировым сообществом. Более того, отпуска для заключенных крестьян олицетворяли лояльное отношение правительства к основному населению страны – крестьянству.

Имел такой отпуск и экономическое значение: сельское хозяйство находилось в упадке после событий Первой мировой и Гражданской войн, а потому отпуск заключенного крестьянина для осуществления сезонных полевых работ часто был вопросом выживания для многодетной сельской семьи.

Проблема состояла в реализации самой процедуры отпуска заключенных крестьян. Во-первых, сельские сходы включали в списки временно освобождаемых не только членов многодетных семей. Подобные действия объяснялись просто: лишние руки во время уборки урожая были необходимы любому селу. Во-вторых, из-за их перегруженности контингентом заключенных из исправительных учреждений в нарушение инструкций НКВД и НКЮ для проведения сезонных полевых работ освобождали заключенных крестьян, совершивших серьезные преступления. Администрация советских мест заключения временно возвращала в сельские общества даже такую категорию правонарушителей, как конокрады, что

²⁰ Ширвиндт Е. Указ. соч. С. 3.

усиливало вероятность роста социальной напряженности. В-третьих, многие из заключенных крестьян, особенно осужденных за тяжкие преступления, использовали отпуск для возврата к преступному промыслу.

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*

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*

**ВЫЗОВ ВРЕМЕНИ ИЛИ КОНЪЮНКТУРНЫЙ ФЕЙК?
(НЕСВОЕВРЕМЕННЫЕ МЫСЛИ О ЦИФРОВИЗАЦИИ ПРАВА)**

Е. Е. Тонков

*Белгородский государственный национальный
исследовательский университет*

Поступила в редакцию 19 июля 2019 г.

Аннотация: рассматриваются основные подходы к предполагаемым изменениям, связанным с цифровизацией права. По мнению автора, эйфория от цифровизации и совершаемые под ее эгидой революционные изменения в характеристике правоотношений содержат латентные угрозы принципам права. На самом деле, цифровизацию права следует рассматривать лишь как один из дополнительных способов оптимизации правового регулирования при помощи цифровых технологий и не проявлять в ее отношении неоправданный фетишизм. Высоко оценивая преимущества и в каком-то смысле неизбежность цифровизации, автор считает, что существование гражданского общества, реальной демократии, правового государства подразумевают приоритет права. Даже в отдаленной перспективе робот не может быть уполномоченным субъектом, наделенным государством полномочиями принятия правомерных решений и совершения соответствующих действий.

Ключевые слова: цифровизация, право, искусственный интеллект, государство, правовое регулирование, юридические формы, принципы права, информатизация, законодательство.

Abstract: the main approaches to the proposed changes related to the digitalization of law are considered. According to the author, the euphoria of digitalization and the revolutionary changes made under its auspices in the characteristics of legal relations contain latent threats to the principles of law. In fact, the digitalization of the law should be considered only as one of the additional ways to optimize the legal regulation with the help of digital technologies and not to show unjustified fetishism against it. Appreciating the advantages and in some sense the inevitability of digitalization, the author believes that the existence of civil society, real democracy, rule of law imply the priority of law. Even in the long term, a robot cannot be an authorized entity empowered by the state to make lawful decisions and take appropriate actions.

Key words: digitalization, law, artificial intelligence, state, legal regulation, legal forms, principles of law, information law.

Основанный в 1927 г. журнал «Государство и право», редакцию которого тогда возглавлял П. И. Стучка, на начальном этапе своего существования носил гордое название «Революция права». Именно как революционные изменения в праве, поспешно и без убедительной аргументации, нередко из конъюнктурных соображений (видимо, чтобы быть в модном тренде), предлагается рассматривать в различных аспектах цифровизацию права, подразумевающую переход с аналоговой формы передачи информации на цифровую.

Результатом анализа существующих и «набирающих обороты» подходов к оценке соотношения цифровизации и права становится понимание того, что до настоящего времени (к сожалению или к счастью) в научной среде пока не сложилось однозначного представления о методологии исследования данной проблемы. Изменившиеся экономические, политические и социокультурные условия неизбежно обуславливают определенный перенос акцентов в интересах и потребностях государства и личности, которые подчас носят диаметрально противоположный характер. Это существенно влияет на саму парадигму управления государством, иницируя трансформацию его целей, содержания, технологии, активизирует инновационные процессы, которые требуют осмысления.

Например, А. Ломакин называет в качестве *подобластей* цифрового права авторское право, программное право, право цифровых денег, право цифровых споров и т. д.¹ П. Хлебников размышляет об использовании цифрового формата в правоотношениях между субъектами, считая цифровизацию права следствием цифровизации жизни², с чем, впрочем, трудно не согласиться. Он выделяет несколько направлений, где уже сейчас формируются правоотношения с использованием цифровых технологий – интернет-сайты, интернет-страницы, электронная торговля, электронные документы, электронные услуги. Э. В. Талапина формулирует другой проблемный аспект, связанный с субъектами права, – технологически обусловленное появление новых субъектов, например роботов. По ее мнению, мы имеем дело с новой «цифровой личностью», новым субъектом права наряду с человеком³. При этом, определяя тенденции развития права под влиянием технологического фактора, она достаточно безапелляционно утверждает, что «выделяемые в теории основные признаки права... в цифровую эпоху теряют прежний смысл»⁴.

Высоко оценивая преимущества и в каком-то смысле неизбежность цифровизации, следует понять, что существование гражданского общества, реальной демократии, правового государства в первую очередь подразумевают господство права, Конституции и закона. Цивилизованное государство, соответствующее современному характеру и структуре общества, должно располагать эффективным и адекватным инструментарием, позволяющим осуществлять надежное противостояние тем скрытым угрозам, которые содержит эйфория от цифровизации и совершаемые под ее эгидой революционные изменения в характеристике правоотношений.

Очевидно, что цифровизация экономики подразумевает многочисленные варианты трансформации управленческих функций, которые нецелесообразно все без исключения трактовать как правоотношения. Различается потенциальная возможность и действительность возник-

¹ См.: Ломакин А. Цифровизация права // Жилищное право. 2017. № 9. С. 103.

² См.: Хлебников П. Цифровизация права как следствие цифровизации жизни // Жилищное право. 2017. № 9. С. 93.

³ См.: Талапина Э. В. Право и цифровизация : новые вызовы и перспективы // Журнал российского права. 2018. № 2. С. 9.

⁴ Там же. С. 15.

новения правоотношений в процессе государственного управления. Осуществляя воздействие на социальную среду путем формирования соответствующих правовых норм, власть в лице государства исходит из собственных интересов и потребностей. Юридические формы деятельности государства получают при этом импульс к своему дальнейшему развитию и совершенствованию в результате столкновения и борьбы интересов различных носителей властных полномочий. Поэтому *цифровизацию права*, на наш взгляд, *следует рассматривать лишь как один из дополнительных способов оптимизации правового регулирования при помощи цифровых технологий и не проявлять в ее отношении неоправданный фетишизм.*

Правовое регулирование данных вопросов уже длительное время осуществляется в соответствии с Федеральным законом «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁵, который предусматривает свободу поиска, получения, передачи, производства и распространения информации любым законным способом. Несмотря на определенные ограничения, которые содержит закон в части неприкосновенности частной жизни, по нашему мнению, российское общество пока не осознает всех масштабов неопределенности, которую несет расширение неконтролируемого цифрового пространства.

Д. А. Пашенцев отмечает, что «внедрение цифровых технологий в юридическую практику позволяет автоматизировать ряд процессов, которые раньше могли осуществляться лишь при прямом участии субъекта права»⁶. Подкрепляя свою уверенность в скором торжестве цифровизации, он в качестве примера приводит «внедрение электронного правосудия, при котором решение по типичным делам может принимать робот, а не живой судья»⁷. Очень жаль, что фантазия автора не распространяется дальше, чтобы мы могли воочию представить, какие же «типичные дела» и их участников ожидает столь незавидная участь. Нельзя забывать, что важнейшую роль в судебном процессе играет судебное усмотрение, т. е. *мыслительная* деятельность конкретного судьи по конкретному делу, которая в качестве результата представляет собой вполне определенное решение, принятое на основе анализа альтернативных вариантов, предлагаемых законодательством.

Электронный судья-робот при всем своем совершенном устройстве к мыслительной деятельности не способен, в связи с чем реализация такого неотъемлемого атрибута судопроизводства, как судебное усмотрение ставится под сомнение. Более того, под угрозой оказываются сами дискреционные полномочия судебной власти, под которыми понимаются «направленные на преодоление фактической и правовой неопределенно-

⁵ См.: Об информации, информационных технологиях и о защите информации : федер. закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_61798/

⁶ Пашенцев Д. А. Российская законотворческая традиция перед вызовом цифровизации // Журнал российского права. 2019. № 2. С. 7.

⁷ Там же.

сти и допускаемые принципами уголовного судопроизводства полномочия суда применять на основе внутреннего убеждения один из нескольких легитимных вариантов решения правовых вопросов»⁸.

Безусловно, данные опасения распространяются и на производство по гражданским делам. Робот, по нашему мнению, вообще не может быть ни в какой, даже самой отдаленной, перспективе управомоченным субъектом, наделенным государством полномочиями принятия правомерных решений и совершения соответствующих действий. Для достижения определенности суд обязан не просто руководствоваться действующим законодательством, массив которого успешно может сосредоточиваться в цифровом формате, но и во многом принимать во внимание конкретные обстоятельства рассматриваемого дела, исходя не только из принципов права, но и морали. Доступна ли такая «неоднородная» среда электронному правосудию – большой вопрос.

Впрочем, Д. А. Пашенцев предполагает автоматизацию таких профессий, как секретарь судебного заседания и нотариус. Нам представляется, что даже поверхностное ознакомление с перечнем должностных обязанностей секретаря судебного заседания, тем более с Основами законодательства Российской Федерации о нотариате, дают веские основания усомниться в возможности реализации на практике подобных гипотез.

В чем-то они перекликаются с воззрениями французского утописта XIX в. Т. Дезами, который составил список профессий, подлежащих ликвидации в коммунистическом обществе: «Хищная порода судопроизводителей, законовевов, судебных исполнителей, нотариусов, стряпчих, адвокатов, третейских судей, членов примирительных комиссий и т.д. ... будет упразднена»⁹.

Никто не возражает, что механизм, наделенный искусственным интеллектом, способен осуществлять систематизацию и предварительную подготовку документов, необходимых правоприменителю для анализа конфликтной ситуации, выполнять типовые стандартизированные процедуры. Вполне вероятно, что робот будет справляться с этой задачей лучше человека. Более того, по справедливому замечанию В. Д. Зорькина, «цифровые технологии могут существенно повысить качество правоприменения в органах исполнительной власти»¹⁰. Однако использование искусственного интеллекта не может и не должно заменить принятие обоснованного решения юристом-профессионалом по внутреннему убеждению, как это предписывают принципы правосудия. Как справедливо подчеркивают Т. Я Хабриева и Н. Н. Черногор, «все нормы права, в том числе и процессуальные, а также методики, выработанные юридической наукой, никогда не содержат всей полноты информации для решения конкретного дела – ситуации. Поэтому навыки человека, вы-

⁸ *Пронин К. В.* Дискреционные полномочия суда в уголовном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2010. С. 7.

⁹ *Дезами Т.* Кодекс общности. М., 1956. С. 165.

¹⁰ *Зорькин В. Д.* Право в цифровом мире // Рос. газета. 2018. 29 мая.

ступающего субъектом в данном конкретном случае, и образуют каркас юридической практики»¹¹.

Содержание правового регулирования фактически опосредовано множеством целей и интересов субъектов правоотношений и существенно зависит от них, поэтому доверить его обеспечение электронному фантому было бы не только легкомысленно, но и безрассудно. Цифровизация мировой экономики неизбежно влечет за собой изменения процессов правовой регуляции. Различные юридические и неюридические формы государственной деятельности, реализуемые основными звеньями государственного механизма, равно как и всей системой государственных органов, будут испытывать в связи с этим соответствующее воздействие. Однако специфика их организации и структуры, занимаемое ими место в системе механизма государства, органически связанное с формами их деятельности, не может претерпевать принципиальных изменений. Как формы государственной власти, так и структура органов, осуществляющих эту деятельность, подчинены задачам наиболее успешного претворения в жизнь основных функций государства и не могут находиться в зависимости от цифровизации.

Г. В. Мальцев пророчески писал о том, что «современному технизированному миру, вступившему в эпоху информатизации, предлагается очередная социальная утопия, которая пытается сделать прорыв и пойти дальше зашедших в тупик идеологических споров, противоречий между индивидуализмом и коллективизмом, консерватизмом и либерализмом, капитализмом и социализмом»¹². Особенно важно, чтобы в погоне за всеобщей цифровизацией мы не утратили главное содержание правового государства, а именно: верховенство права и законности на фоне констатируемого многими учеными снижения качества и эффективности правового регулирования. Как подчеркивает Н. А. Власенко, «кризисные тенденции в праве приобретают системный характер, охватывают все новые моменты и грозят стать серьезной девальвацией данного инструмента, без которого цивилизованное общество существовать не может»¹³.

Неблагоприятный прогноз указанной ситуации может существенно усугубиться прогрессирующими негативными процессами в экономике, несмотря на оптимистические заявления приближенных к власти политологов, возглавляющих якобы независимые фонды и другие структуры, финансируемые правительством непосредственно или опосредованно. Вместе с тем механизм правового регулирования предполагает во всех государственных органах определенную логическую структуру, алгоритм действий, их цикличность, функциональную взаимосвязь с иными публичными субъектами разных ветвей и уровней власти, нацеленность на эффективное выполнение поставленных задач. Достижению такого

¹¹ Хабриева Т. Я., Черногор Н. Н. Право в условиях цифровой реальности // Журнал российского права. 2018. № 1. С. 90.

¹² Мальцев Г. В. Нравственные основания права. М., 2008. С. 272.

¹³ См., например: Власенко Н. А. Избранное. М., 2015. С. 303.

результата должны быть подчинены усилия всех составных элементов механизма правового регулирования.

Правовое регулирование – юридическая функция, реализуемая государством в процессе воздействия на общественные отношения, посредством которой поведение субъектов права приводится в соответствие с требованиями и дозволениями, содержащимися в законодательстве, легитимность и обязательность исполнения которых поддерживается обществом и обеспечивается возможностями применения властной силы государства. Правовое регулирование можно рассматривать как часть государственного управления, поскольку эта функция принадлежит исключительно государству, которое выступает гарантом права, обладая при этом исключительной монополией на правоприменительную и правоохранительную деятельность.

Общественные отношения, в которых выражен государственный интерес, т. е. практически реализуются задачи и функции государства по управлению делами общества, возникают, изменяются и прекращаются не только в связи с организацией и функционированием органов государственной власти, но и в связи с реализацией функций государственной власти в соответствии с компетенцией и полномочиями. По мнению Т. Я. Хабриевой, «мы сейчас находимся в той стадии развития правовой среды, когда в целях создания цифровой экономики государство будет пытаться использовать не только нормы частного права, но и инструменты публичного права, где регулятивная роль государства больше»¹⁴. Вот почему принципиально важно отделить юридические формы государственной деятельности от неправовых (неюридических), к которым, несомненно, относится и так называемая цифровизация. Мы придерживаемся позиции Н. И. Матузова: в решении вопроса о сущности права, правовой системы необходима уверенность в определении границ собственно права и правил другой природы, действующих в обществе, надо четко знать, где кончается правовое поле и начинается неюридическое пространство¹⁵.

Человеческое общество всегда испытывало дефицит точных и совершенных правовых решений, в результате которых создавались бы справедливые нормы права, правила поведения граждан и организаций. Таких решений очень не хватало и Советскому государству, однако этот нормативно-правовой дефицит был вызван не упущениями в теоретических изысканиях в сфере правотворческой деятельности (таких работ было достаточно), а другими, лежащими за пределами науки, причинами.

Технологические возможности цифровизации располагают необходимым потенциалом для совершенствования правотворческой работы и в целом законодательства, однако эти возможности целесообразно рассматривать в качестве дополнительной поддержки усилий и мыслительных

¹⁴ Хабриева Т. Я. Право в условиях цифровизации. СПб., 2019. С. 18.

¹⁵ См.: Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 103.

способностей реальных субъектов правотворчества. Активная дискуссия о трансформации юридической профессии в эпоху цифровизации велась на Международном юридическом форуме в Санкт-Петербурге в 2017 г. и (к счастью для юриспруденции и общества) сторонники замены юриста-человека на юриста-робота пока остались в меньшинстве.

Тем не менее натиск «революционеров» и «низвергателей» традиционных теоретических основ права будет усиливаться, о чем свидетельствуют и многочисленные публикации, и выступления на конференциях, в которых обосновывается имеющее место отставание права от потребностей общества, претерпевающих заметные перемены под воздействием глобализации социальной действительности.

Учитывая, что сознание личности и его компоненты представляют собой довольно гибкий материал, способный преобразовываться в многомерные комбинационные построения, особенно под воздействием новых идей и различных перспективных линий, необходимо с достаточной осторожностью использовать возможности цифровизации в процессе государственного управления. Важное значение имеет сохранение и развитие уважения к человеку, неприкосновенности частной жизни, проникновение в которую существенно упрощается в цифровую эпоху. Как указано в ч. 1 ст. 21 Конституции РФ, «достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления»¹⁶.

Цифровизация требует поиска взаимоприемлемых решений и инициативного взаимодействия личности и общества. Необходимо, чтобы не только государство, но и само общество проявило желание разрешить возникающие проблемы. Без этого невозможно обеспечить эффективность социального взаимодействия и адекватной коммуникации. Правовые ограничения призваны при этом обозначить пределы негативной активности в цифровой среде и создать условия для повышения уровня адекватного противодействия в случае необходимости охраны и защиты прав человека.

Степень жесткости юридического регулирования, наличие ограничений для активности субъектов права зависит от политического режима, сложившегося в государстве, демонстрирующего соотношение и взаимодействие гражданского общества и государства, объем политических, социальных, экономических прав и свобод личности и реальные возможности их осуществления. В цифровую эпоху особое звучание получает социальное поведение субъектов права, которое осуществляется преимущественно через виртуальную интеракцию. Современные демократические принципы предполагают усиление роли гражданского общества, населения и граждан в выполнении и переориентации государственных функций. В этом смысле цифровизация способствует выстраиванию партнерских отношений государства и личности, которые пока не получили заметного развития и распространения. Одновременно цифровизация может стать

¹⁶ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек.

определенным противовесом нарастающего расширения государственного пространства институциональным методом, когда постоянно учреждаются дополнительные государственные институты, обрастающие многочисленными вспомогательными органами. Энтузиазм институционализации, как правило, кроме щедрых бюджетных ассигнований, приводит к тому, что система, достигнув определенного предела сложности, становится неуправляемой, после чего возникает необходимость в создании дополнительных административно-управленческих структур.

Неожиданно получив неофициальный статус очередной национальной идеи, феномен «цифровизации» напоминает теперь алмаз «Спаситель России» из комедии Владимира Меньшова «Ширли-мырли». Мы вдруг как-то забыли о том, что еще в 1993 г. Указом Президента РФ была утверждена Концепция правовой информатизации России¹⁷, а двумя годами позже принята Президентская программа «Правовая информатизация органов государственной власти Российской Федерации»¹⁸. В ней, в частности, отмечалось, что «в качестве основных средств тиражирования и распространения эталонных баз правовой информации должны использоваться высокоскоростные каналы и системы цифровой передачи данных, обеспечивающие конфиденциальность, безопасность, надежность и своевременность передачи информации»¹⁹.

В 2002 г. была принята Федеральная целевая программа «Электронная Россия (2002–2010)», а после ее завершения – ФЦП «Информационное общество (2011–2020)». Данные программы предусматривали использование в экономике страны широкого спектра сетевых технологий, создание разделов «Электронное правительство» и «Электронные услуги» на официальных сайтах правительств в субъектах Российской Федерации. Приняты законы «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления»²⁰ и «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»²¹, которые вот уже почти десятилетие успешно реализуются в регионах без ложного пафоса и апломба, так присущих цифровизации.

Таким образом, нет никаких достаточных оснований рассматривать цифровизацию права как панацею при решении имеющихся проблем

¹⁷ О Концепции правовой информатизации России : указ Президента РФ от 28 июня 1993 г. № 966. URL: // http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_98561/

¹⁸ О президентских программах по правовой информатизации : указ Президента РФ от 4 августа 1995 г. № 808. URL: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=EXP&n=229291#027876485657201777>

¹⁹ Там же.

²⁰ Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления : федер. закон от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_84602/

²¹ Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг : федер. закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_103023/

правового регулирования, а тем более утверждать, что цифровизация права может повлечь за собой изменение его принципов. Безусловно, цифровизация экономики и других сфер жизни общества потребует не только дополнительных усилий законодателя по совершенствованию имеющегося массива нормативно-правовых актов, но и принятия новых. Не будем забывать, однако, азбучные истины о нетождественности законодательства и права, отдавая последнему должное уважение и приоритет.

Белгородский государственный национальный исследовательский университет

Тонков Е. Е., директор юридического института, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

E-mail: etonkov@bsu.edu.ru

Belgorod State National Research University

Tonkov E. E., Director of the Law Institute, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honoured Lawyer of Russian Federation

E-mail: etonkov@bsu.edu.ru

УДК 347.9

АНАЛОГИЯ ЗАКОНА И ЗАКОННАЯ СИЛА СУДЕБНОГО ПРИКАЗА

Е. В. Кудрявцева

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Поступила в редакцию 22 мая 2019 г.

Аннотация: статья продолжает научную дискуссию об аналогии закона в гражданском процессуальном праве. Обращается внимание на закрепленные в законе положения о вступлении в законную силу судебного решения и отсутствие нормы, регламентирующей порядок вступления в законную силу судебного приказа. Обосновывается вывод о том, что отсутствие такой нормы не является пробелом. Выдача судебного приказа для предъявления к исполнению означает его вступление в законную силу.

Ключевые слова: ГПК РФ, законная сила решения, исполнимость решения, судебный приказ, аналогия закона.

Abstract: the article continues the discussion of the analogy of the law in civil procedural law. Attention is drawn to the provisions stipulated in the law on the entry into force of a court decision and the absence of a norm regulating the procedure for entry into force of a court order. It justifies the conclusion that the absence of such a norm is not a space. The issuance of a court order to bring it to execution means its entry into legal force.

Key words: Civil Procedure Code of the RF, the legal force, feasibility of the decision, court orders, analogy of law.

В доктрине гражданского процессуального права с понятием законной силы судебного решения связываются такие его свойства, как обязательность, неизменность, неопровержимость, преюдициальность и исполнимость¹.

Нормативно законная сила судебного решения формулируется двояко: указанием на апелляционный срок обжалования судебного решения и возможностью его исполнения.

В соответствии с ч. 1 ст. 209 ГПК РФ решения суда вступают в законную силу по истечении срока на апелляционное обжалование, если они не были обжалованы.

В случае подачи апелляционной жалобы решение суда вступает в законную силу после рассмотрения судом этой жалобы, если обжалуемое решение суда не отменено. Если определением суда апелляционной инстанции отменено или изменено решение суда первой инстанции и принято новое решение, оно вступает в законную силу немедленно.

¹ См.: Зейдер Н. Б. Судебное решение по гражданскому делу. М., 1960. С. 113, 119; Гурвич М. А. Судебное решение. Теоретические проблемы. М., 1976. С. 146–147; Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М., 2007. С. 276–277; Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса : теоретические начала и основные институты. М., 2008. С. 456.

В соответствии со ст. 210 ГПК РФ решение суда приводится в исполнение после вступления его в законную силу, за исключением случаев немедленного исполнения, в порядке, установленном федеральным законом.

Исходя из содержания ст. 209 ГПК РФ, понятие законной силы судебного решения связано с истечением сроков на его апелляционное обжалование, а в случае обжалования – с моментом рассмотрения апелляционной жалобы по существу. Речь идет именно об апелляционном обжаловании. В законе специально оговаривается, что определения суда апелляционной инстанции, в том числе вынесенные по частной жалобе, вступают в законную силу со дня их принятия (ч. 5 ст. 329, ст. 335 ГПК РФ).

Заочное решение суда вступает в законную силу по истечении сроков его обжалования, предусмотренных ст. 237 настоящего кодекса (ст. 244 ГПК РФ).

Вступившие в законную силу определения суда апелляционной инстанции могут быть далее обжалованы в кассационном порядке. В законе также специально оговаривается, что постановление и определение суда кассационной инстанции вступают в законную силу со дня их принятия (ст. 391 ГПК РФ).

Несколько иначе формулируется норма о вступлении в законную силу постановления суда надзорной инстанции. Согласно ст. 391.14 ГПК РФ постановление Президиума Верховного Суда РФ вступает в законную силу со дня его принятия и обжалованию не подлежит.

Исходя из того, что вступившее в законную силу определение суда апелляционной инстанции может быть, хотя и в кассационном порядке, но все-таки обжаловано, понятие законной силы судебного решения не может быть ограничено такими признаками, как возможность или невозможность его обжалования. Характерным здесь является то, что возможность дальнейшего кассационного обжалования вступивших в законную силу определений суда апелляционной инстанции не влияет на силу их исполнимости, если не принимать во внимание возможность приостановления исполнения (ч. 1 ст. 381 ГПК РФ).

В связи с этим в рассуждения о законной силе судебного решения приходится вовлекать понятие его исполнимости.

Использованная в ст. 209 ГПК РФ формулировка о том, что решение суда приводится в исполнение после вступления его в законную силу, создает представление о приобретении судебным решением свойства исполнимости как о последствии вступления судебного решения в законную силу. Но, как это усматривается из текста самого закона, смысловая нагрузка «после» заключается в противопоставлении сделанному далее исключению, и само исключение из общего правила указывает на то, что свойство исполнимости не является следствием законной силы судебного решения.

Введение законодателем общего правила, согласно которому решение суда приводится в исполнение после вступления его в законную силу, и последующие исключения из этого правила указывают на то, что исполни-

мость судебного решения является самостоятельным понятием², которое в общем порядке входит в объем понятия законной силы судебного решения, а в порядке исключения противопоставляется ему.

К исключениям из общего правила о приобретении судебным решением свойства исполнимости после вступления его в законную силу законодатель относит в том числе судебный приказ о взыскании алиментов, который подлежит исполнению немедленно (ст. 211 ГПК РФ). Однако какой-либо законодательной формулировки о моменте вступления в законную силу судебного приказа в тексте ГПК РФ не содержится³. Отсутствие такой формулировки в совокупности с отсутствием возможности обжалования судебного приказа позволяет говорить о наличии в законе пробела и, как следствие, рассуждая по аналогии, т. е. по сходству с теми судебными актами, которые не подлежат обжалованию, утверждать, что любой судебный приказ вступает в законную силу немедленно⁴.

Утверждение аргументированное, но не беспорное.

Статья 211 ГПК РФ предусматривает исключения из общего правила для судебных решений, а именно: предусматривает возможность исполнения указанных в ней судебных решений до их вступления в законную силу. Если считать, что судебный приказ вступает в силу немедленно, то исключением должны считаться все судебные приказы, которые, приобретая законную силу, не подлежат исполнению до истечения срока на подачу возражений, а судебный приказ о взыскании алиментов – общим правилом, так как, вступая в законную силу, он немедленно исполняется. Однако немедленное исполнение судебного приказа о взыскании алиментов отнесено законодателем к исключению из общего правила, поэтому первоначально необходимо принять во внимание общее правило для судебного приказа.

Отсутствие срока обжалования судебного приказа является особым свойством данного судебного акта, и наличие такого свойства продиктовано целью упрощения гражданского судопроизводства. Но, во-первых, содержанием всякой апелляционной жалобы являются возражения; во-вторых, отсутствие срока на обжалование судебного приказа заменяется сроком, в течение которого могут быть поданы возражения относительно его исполнения, и для отмены приказа достаточно только факта принесения возражений, поэтому необходимость в дальнейшей проверяющей инстанции сама собой отпадает; в-третьих, по общему правилу ранее истечения срока для подачи возражений судебный приказ не может приобрести свойство исполнимости. В связи с этим возникает вопрос, является ли

² См.: *Завадская Л. М.* Реализация судебных решений. М., 1982. С. 34 ; *Исаенкова О. В.* Исполнительное право в Российской Федерации : особенности становления и перспективы развития. М., 2007. С. 54–55.

³ ГПК РФ не содержит нормы о вступлении в законную силу решений третейского суда, что также дает повод для научной дискуссии (см., например: *Амбалова С. М.* Законная сила решения третейского суда // *Законы России : опыт, анализ, практика.* 2017. № 4. С. 38–42).

⁴ См.: *Бортникова Н. А.* Регулирование приказного производства посредством использования правовой аналогии // *Администратор суда.* 2015. № 3. С. 15–19.

пробелом отсутствие в законе указания на момент вступления судебного приказа в законную силу?

При положительном ответе на этот вопрос мы должны признать, что закон страдает неполнотой и нуждается в дополнении, например, такой формулировкой: судебный приказ вступает в законную силу по истечении срока, в течение которого должник вправе подать возражения относительно его исполнения. Но при этом необходимо признать, что такого вывода нельзя сделать из действующего законодательства, поскольку пробел означает не просто отсутствие нормы права, а такое ее отсутствие, которое не позволяет ответить на возникающий при осуществлении гражданского судопроизводства вопрос.

Согласно ч. 4 ст. 1 ГПК РФ в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникшие в ходе гражданского судопроизводства, федеральные суды общей юрисдикции и мировые судьи (далее – суд) применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права).

Как следует из прямого содержания ч. 4 ст. 1 ГПК РФ, условием для применения аналогии закона является отсутствие нормы права, регулирующей возникшие в ходе гражданского судопроизводства отношения. Условия для теоретического вывода по аналогии не могут быть иными. Отношения, связанные с вынесением судебного приказа урегулированы. Часть 1 ст. 130 ГПК РФ прямо указывает на то, что судья выдает взыскателю второй экземпляр судебного приказа, заверенный гербовой печатью суда, для предъявления его к исполнению в случае, если в установленный срок от должника не поступят в суд возражения. Сопоставление данной нормы права со ст. 211 ГПК РФ в части немедленного исполнения судебного приказа о взыскании алиментов говорит об исключении из общего правила, установленного ч. 1 ст. 130 ГПК РФ, аналогично тому, как такие исключения сделаны для иных указанных в ст. 211 ГПК РФ судебных решений по отношению к закрепленному в ст. 209–210 ГПК РФ общему правилу. Примечательно, что принесение возражений об исполнении судебного приказа за пределами установленного срока возможно по аналогии закона (п. 33 постановления Пленума ВС РФ от 27 декабря 2016 г. № 62), т. е. после вступления судебного приказа в законную силу и приобретения им свойства исполнимости.

Безусловно, теоретическая основа условий применения аналогии закона и права в гражданском процессуальном праве нуждается в дальнейшей разработке и обсуждении.

Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова

Кудрявцева Е. В., доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса

E-mail: evkud@yandex.ru

Moscow State University named after M. V. Lomonosov

Kudryavtseva E. V., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Civil Process Department

E-mail: evkud@yandex.ru

О ПРЕДЕЛАХ ГОСУДАРСТВЕННОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ
НА ПОРЯДОК СОЗДАНИЯ ПОСТОЯННО ДЕЙСТВУЮЩИХ
АРБИТРАЖНЫХ УЧРЕЖДЕНИЙ В РОССИИ

Р. В. Павлов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 2 апреля 2019 г.

Аннотация: статья посвящена проблеме определения пределов воздействия государственных органов на процедуру создания постоянно действующих арбитражных учреждений в России в свете реформирования законодательства, регулирующего данный процесс. На основе исследования нового законодательства об арбитраже сделан вывод о необоснованном расширении полномочий государственных органов, влияющих на образование постоянно действующего арбитражного учреждения.

Ключевые слова: третейский суд, образование арбитражного учреждения, государственное регулирование, реформа третейского законодательства, администрирование арбитража.

Abstract: the article deals with the issue of restrictions of the state influence capacity in relation to the procedure of establishing arbitral institutions in Russia in the light of the law reforms aiming to control this process. The study of the new laws and regulations demonstrates that there are no justifiable claims for the expansion of authorities over the arbitral institutions.

Key words: arbitration court, establishment of an arbitral institution, state control, arbitration law, administration of arbitral institutions.

Вопрос пределов государственного воздействия на порядок образования и функционирования арбитражных учреждений был и остается одним из самых обсуждаемых как в отечественной процессуальной науке, так и в зарубежной. В юридической литературе, как правило, выделяются два прямо противоположных взгляда на вопросы о том, в какой степени государство и его органы должны оказывать влияние на порядок создания арбитражных учреждений и должны ли вообще иметь такое влияние.

Согласно первой точке зрения, арбитраж не должен испытывать на себе никакого воздействия со стороны национального правопорядка, напротив, он должен находиться в состоянии «делокализации» и быть абсолютно автономным учреждением по отношению к государству местонахождения арбитража.

Однако в правовой литературе данная точка зрения подвергается справедливой критике. Так, Радикати ДИ брозоло Л. Дж. отмечает, что арбитраж, по общему признанию, основан на автономии сторон, и стороны имеют значительную свободу в выборе правил третейского разбирательства, а государственное вмешательство в этой области должно быть очень

ограниченным. Однако прописной истиной является и то обстоятельство, что автономия сторон может породить нужный эффект только в той мере, в какой это заранее позволяется национальной системой законодательства¹.

Данная позиция, на наш взгляд, в большей мере соответствует тому положению вещей, которое складывается при создании и деятельности арбитражного учреждения в каком-либо государстве, в то время как обозначенная выше «теория «делокализации» арбитража» в этом отношении представляется далекой от современных принципов образования арбитражей, если не сказать «утопической».

Завершившаяся в Российской Федерации в ноябре 2017 г. реформа третейского законодательства в значительной степени изменила порядок образования арбитражных учреждений. Изменения данного порядка выражаются, прежде всего, в расширении пределов государственного воздействия на порядок создания постоянно действующих арбитражей по сравнению с дореформенным регулированием данного вопроса. Так, ранее действовавший Федеральный закон от 24 февраля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации»² в целом закреплял уведомительный порядок образования третейских судов без каких-либо активных действий со стороны государственных органов. Указанный закон не содержал ограничений по разновидностям юридических лиц, при которых могли создаваться третейские суды, за исключением указания на то, что они не могли быть образованы при федеральных органах государственной власти, органах государственной власти субъектов РФ и органах местного самоуправления. Постоянно действующие третейские суды считались созданными, когда юридические лица принимали решение об их образовании, утверждали положение о постоянно действующем третейском суде и утверждали список третейских судей, который мог иметь обязательный или рекомендательный характер для сторон.

После этого юридическое лицо, при котором создавался третейский суд, направляло в компетентный суд (арбитражный суд субъекта РФ либо соответствующий районный суд), осуществляющий судебную власть на территории расположения третейского суда, копии вышеуказанных документов.

Из данного порядка образования третейских судов видно, что участие государства в этом процессе сводилось лишь к тому, чтобы органы судебной власти получили от юридических лиц копии документов, свидетельствующих об образовании постоянно действующего третейского суда. Несомненными преимуществами подобного подхода к созданию третейских судов являлись быстрота и легкость их образования. В то же время отсутствие значительной доли государственного участия в этом процессе играло на руку тем недобросовестным организациям, преимущественно коммерческим, которые, используя данное обстоятельство, с легкостью

¹ См.: International Commercial Arbitration. Different Forms and their Features / Ed. by Guiditta Cordero-Moss. Cambridge, 2013. P. 42.

² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 30. Ст. 3019.

создавали «карманные» третейские суды, на рассмотрение которых, как правило, передавались споры, вытекающие из договоров, заключенных этими организациями с контрагентами, имеющими более слабую переговорную позицию и которые вследствие этого не могли воспротивиться третейской оговорке в подобном договоре.

В рамках реформирования третейского законодательства уведомительный порядок создания третейских судов был заменен на разрешительный. В новом Федеральном законе от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве)³ (далее – Закон об арбитраже) появилась отдельная глава, посвященная образованию и деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений в Российской Федерации. Помимо этого, законодатель стал использовать знакомый многим зарубежным правовым порядкам термин «администрирование арбитража», под которым понимается выполнение постоянно действующим арбитражным учреждением функций по организационному обеспечению арбитража, в том числе по обеспечению процедур выбора, назначения или отвода арбитров, ведению делопроизводства, организации сбора и распределения арбитражных сборов, за исключением непосредственно функций третейского суда по разрешению спора.

Следует также отметить, что теперь современное законодательство об арбитраже разделяет понятия постоянно действующего арбитражного учреждения и третейского суда. Если под последним понимается единственный арбитр или коллегия арбитров, то под первой категорией понимается подразделение некоммерческой организации, выполняющее на постоянной основе функции по администрированию арбитража. Новое законодательство однозначно указывает, что арбитражные учреждения могут быть созданы исключительно при некоммерческих организациях.

Говоря о порядке создания постоянно действующего арбитражного учреждения, необходимо сказать, что теперь данный процесс стал многоступенчатым и на каждом его этапе некоммерческая организация, желающая получить возможность администрирования арбитража, будет находиться во взаимодействии с государством в лице его органов исполнительной власти. Так, право на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения теперь предоставляется актом Министерства юстиции РФ⁴ (далее – Минюст) на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства (далее – Совет), создаваемом при нем⁵, о предоставлении или об отказе в

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 1 (ч. 1). Ст. 2.

⁴ Об утверждении Правил предоставления права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения и Положения о депонировании правил постоянно действующего арбитражного учреждения : постановление Правительства РФ от 25 июня 2016 г. № 577 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 27 (ч. 3). Ст. 4478.

⁵ О Совете по совершенствованию третейского разбирательства : приказ Министерства юстиции РФ от 13 июля 2016 г. № 165 (в ред. от 23.10.2017). URL: <http://www.pravo.gov.ru>

предоставлении права на осуществление указанных функций. При этом данное право предоставляется или в его предоставлении отказывается по результатам анализа соответствия следующим требованиям:

- 1) соответствие представленных правил постоянно действующего арбитражного учреждения требованиям Закона об арбитраже;
- 2) наличие у постоянно действующего арбитражного учреждения рекомендованного списка арбитров, соответствующего требованиям Закона об арбитраже;
- 3) достоверность представленной информации о некоммерческой организации, при которой создано постоянно действующее арбитражное учреждение, и ее учредителях (участниках);
- 4) репутация некоммерческой организации, при которой создается постоянно действующее арбитражное учреждение, масштаб и характер ее деятельности с учетом состава ее учредителей (участников) позволят обеспечить высокий уровень организации деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения, в том числе в части финансового обеспечения создания и деятельности соответствующего учреждения, осуществление указанной организацией деятельности, направленной на развитие арбитража в Российской Федерации.

Если критерии соответствия первым трем требованиям представляются вполне определяемыми, исходя из содержания Закона об арбитраже, то определить, соответствует ли некоммерческая организация четвертому требованию, будет довольно сложно, так как его формулировка в законе оперирует целой группой оценочных категорий. Первой из них является категория репутации некоммерческой организации. М. Э. Морозов совершенно верно отмечает, что закон указывает на ее положительный характер, а какие признаки могут об этом свидетельствовать, не установлено. Это и будет являться основной функцией членов Совета⁶.

Действительно, ни Закон об арбитраже, ни вышеназванные постановления Правительства и приказ Минюста не содержат критериев, по которым должна определяться репутация организации. Исходя из этого обстоятельства, следует сказать, что большую роль при оценке репутации будет играть субъективное усмотрение членов Совета.

То же самое можно сказать и про категории масштаба и характера деятельности организации, позволяющих обеспечить высокий уровень организации деятельности постоянно действующего арбитражного учреждения, и про категорию осуществления указанной организацией деятельности, направленной на развитие арбитража. Закон об арбитраже и соответствующие подзаконные акты органов исполнительной власти не дают ориентиров, по которым можно было бы определить, каковыми должны быть масштаб и характер деятельности организации и какие виды деятельности направлены на развитие арбитража, а какие нет.

⁶ См.: Морозов М. Э. Процессуальные вопросы оспаривания отказа в выдаче разрешения на администрирование арбитража // Третейский суд. 2016. № 6 (108). С. 47–48.

Ввиду этого может сложиться ситуация, при которой вопрос предоставления разрешения на администрирование постоянно действующего арбитражного учреждения будет решаться, исходя из личных представлений членов Совета о деловой репутации организации, масштабе и характере ее деятельности, а также исходя из их представления о вкладе в развитие арбитража в России. Данное обстоятельство фактически делает дискреционными полномочия Совета по даче рекомендации Минюсту о выдаче разрешения организации на администрирование арбитража, что, в свою очередь, влечет за собой практически неограниченную возможность отказывать в такой выдаче, ссылаясь лишь на такие абстрактные категории, как «репутация организации», «масштаб и характер деятельности», «осуществление деятельности, направленной на развитие арбитража в стране».

В какой-то степени на преодоление подобной неограниченности полномочий Совета направлена новелла Закона об арбитраже, указывающая, что рекомендация о предоставлении или об отказе в предоставлении права на осуществление функций постоянно действующего арбитражного учреждения должна быть мотивированной⁷. никоим образом не принижая значимость данного законодательного положения, полагаем необходимым отметить, что и при ссылке на абстрактные понятия рекомендация вполне может быть мотивированной, поэтому насколько указанная новелла поможет в преодолении неограниченности полномочий Совета, покажет дальнейшая практика ее применения.

После получения разрешения на администрирование арбитража арбитражное учреждение должно направить экземпляр своих правил для депонирования в Минюст. При этом в депонировании может быть отказано, если у учреждения отсутствует право на администрирование арбитража либо если экземпляр правил, направляемый в Минюст, по своему содержанию не соответствует экземпляру, который предоставлялся в Совет.

После депонирования правил Минюстом они должны быть размещены постоянно действующим арбитражным учреждением на своем сайте, причем об этом обстоятельстве должен быть также уведомлен Минюст⁸. И лишь после такого уведомления, согласно положениям Закона об арбитраже, постоянно действующее арбитражное учреждение может начинать осуществлять деятельность по администрированию арбитража.

Говоря о пределах государственного воздействия на порядок создания постоянно действующих арбитражных учреждений в России, пола-

⁷ О внесении изменений в Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и Федеральный закон «О рекламе» : федер. закон от 27 декабря 2018 г. № 531-ФЗ. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

⁸ Об утверждении Порядка направления постоянно действующим арбитражным учреждением уведомления о размещении на своем сайте в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» депонированных правил арбитража : приказ Министерства юстиции РФ от 31 августа 2016 г. № 200. URL: <http://www.pravo.gov.ru>

гаем необходимым отметить, что если в дореформенный период государственное воздействие на этот процесс в принципе отсутствовало, так как для создания третейского суда достаточно было уведомить об этом судебный орган, то теперь, на наш взгляд, произошел переход в другую крайность: пределы государственного воздействия стали необоснованно широкими. Это выражается как в излишне многоступенчатой процедуре получения возможности администрирования арбитража, так и в возможности отказа в предоставлении такой возможности, причем отказа, фактически обоснованного субъективным усмотрением членов Совета. Последнее обстоятельство расширяет пределы государственного воздействия на порядок создания арбитражного учреждения настолько, что в определенных случаях может возникнуть вопрос: существуют ли такие пределы или же государственное усмотрение в вопросах создания арбитражных учреждений стало неограниченным никакими рамками? Ведь после окончания третейской реформы в России теперь функционируют лишь четыре постоянно действующих арбитражных учреждения: Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Арбитражный центр при Российском союзе промышленников и предпринимателей и Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража. Это привело к тому, что некоторые некоммерческие организации, желавшие получить разрешение Правительства РФ на администрирование арбитража и не получившие его, обращаются в Федеральную антимонопольную службу (далее – ФАС РФ) с жалобами на нарушение Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁹ (далее – Закон о защите конкуренции) согласованными действиями Минюста, Торгово-промышленной палаты РФ и Института современного арбитража, которые приводят к недопущению выдачи разрешения на администрирование арбитража другим некоммерческим организациям¹⁰. Если ранее ФАС РФ придерживалась точки зрения, что на услуги по третейскому разбирательству распространяется действие Закона о защите конкуренции, то после окончания третейской реформы служба заняла позицию, согласно которой вопросы, связанные с оказанием услуг по арбитражу споров, находятся вне сферы ее компетенции, и к этим отношениям Закон о защите конкуренции не применяется¹¹. Позднее данное положение было закреплено непосредственно в действующей редакции Закона об арбитраже.

В то же время нельзя сказать, что незначительное число постоянно действующих арбитражных учреждений привело к полной невозможности проведения арбитража в иных субъектах РФ, кроме тех, в которых такие учреждения имеются. Преодолеть подобное положение помогает со-

⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

¹⁰ См.: *Райский А., Занина А.* ФАС последней надежды. НКО пытаются демополизировать третейский рынок. URL: <http://www.kommersant.ru>

¹¹ См.: *Муранов А.* Третейская сфера и Закон о защите конкуренции. Рынки услуг по арбитражу. Как определиться ФАС РФ. URL: <http://zakon.ru>

здание отделений действующих арбитражных учреждений в различных субъектах РФ. Так, в настоящее время в стране функционирует одиннадцать отделений Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации¹², девять отделений Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей¹³ и четыре отделения Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража¹⁴.

Резюмируя изложенное, необходимо отметить, что в случае если на практике при образовании постоянно действующих арбитражных учреждений наши опасения отсутствия рамок государственного воздействия на этот процесс будут подтверждены, то вряд ли можно будет говорить о дальнейшем развитии арбитражного разбирательства в России. Несомненно, в какой-то мере это компенсируется практикой открытия в различных регионах страны отделений уже действующих арбитражных учреждений. Однако делать вывод о том, насколько подобное положение вещей соответствует целям завершившейся реформы третейского разбирательства, на наш взгляд, пока преждевременно, и наблюдение за дальнейшей практикой работы таких отделений и практикой предоставления (отказа в предоставлении) права на администрирование арбитража некоммерческим организациям сможет помочь в ответе на данный вопрос.

¹² URL: <http://mkas.tpprf.ru/ru/otdeleniya/>

¹³ См.: URL: <https://arbitration-rspp.ru/about/branches/south-branch/>

¹⁴ См.: URL: <https://centerarbitr.ru/>

Воронежский государственный университет

*Павлов Р. В., аспирант кафедры
гражданского права и процесса
E-mail: roman_lawyer2015@mail.ru*

Voronezh State University

*Pavlov R. V., Post-graduate Student of
the Civil Law and Process Department
E-mail: roman_lawyer2015@mail.ru*

**ЭЛЕМЕНТЫ ИНТЕРЦЕССИИ
В РОССИЙСКОМ ИНСТИТУТЕ ПОРУЧИТЕЛЬСТВА**

В. С. Шевченко

*Муниципальное казенное учреждение «Управление образования»
(Республика Саха, Якутия)*

Поступила в редакцию 15 января 2019 г.

Аннотация: автор статьи убежден, что современный гражданский товарооборот в стране требует вариативности в преемстве долга в обязательственных отношениях. В российском законодательстве кодифицирован лишь институт перевода долга, в то время как в некоторых европейских странах, в частности в Швейцарском обязательственном законе, используется иной, достаточно простой и эффективный способ перемены должника в юридической сделке – интерцессия. Применение данного метода преемства долга сопровождается хорошо разработанной доктринальной базой, обогащенной многолетней практикой. Методом сопоставления отечественного правового института поручительства и интерцессии в Швейцарском обязательственном законе автор статьи попытался доказать наличие элементов иностранного правового института в поручительстве, памятуя о том, что еще российские цивилисты XIX столетия признавали поручительство разновидностью интерцессии. Проводя параллель между отечественным поручительством и швейцарской интерцессией, автор предполагал, что правовое осмысление особенностей составляющих частей конструкции института поручительства обеспечит участников торгового оборота юридическими гарантиями, что позволит осуществлять факт перехода обязательства с положительным разрешением как основных, так и второстепенных вопросов.

Ключевые слова: обязательственные отношения, преемство долга, интерцессия, институт поручительства, институт перевода долга, доктринальная база, законодательное регулирование, система обеспечительных мер, элемент, конструкция, торговый оборот, юридические гарантии.

Abstract: the author of the article is convinced that modern civil commodity turnover in the country demands variability in succession of a debt in the obligatory relations. In the Russian legislation there is only the institute of the transfer of the debt while in some European countries, in particular in the Swiss obligatory law, other, there exists a rather easy and effective way of change of the debtor in the legal transaction – an intercession. The application of this method is based on the well-developed doctrines enriched with long-term practice. By method of comparison of the domestic legal institute of the guarantee and intercession in the Swiss obligatory law the author of the article tried to prove the existence of elements of foreign legal institute in the guarantee, bearing in mind that Russian civilians of the XIX century else recognized the guarantee as a kind of the intercession. Drawing a parallel between the domestic guarantee and the Swiss intercession, the author assumed that legal judgment of features of components of the guarantee institute structure will provide participants of a trade turnover with legal safeguards that will allow to carry out the fact of

transition of the obligation with the positive solution of the main and minor questions as well.

Key words: *obligational relations, succession of a debt, intercession, institute of the guarantee, the transfer of the debt, doctrinal basis, legislative regulation, system of securing measures, element, structure, trade turnover, legal safeguards.*

Интерцессия как способ преемственности долговых обязательств третьим лицом, не имеющим материального интереса в юридической сделке, не отражена в отечественном гражданском законодательстве, но это не отрицает наличия ее элементов в отдельных правовых институтах, в частности в поручительстве, что и будет рассмотрено далее.

Цивилистике известен довольно обширный перечень понятий об интерцессии, сформулированных разными исследователями юридического феномена. Одно из них – видение В. А. Белова: «В отличие от перевода цессия долга или пассивная цессия (интерцессия) – это смена должника в результате договора, по которому одна сторона (новый должник) принимает на себя обязанность перед другой стороной (кредитором) произвести исполнение определенного обязательства за третье лицо (должника), в то время как кредитор освобождает или обязуется освободить от обязанности старого должника»¹. Кратким, но отражающим самый существенный признак правового института, на наш взгляд, является и высказывание Г. Дербурга: «Под интерцессией понимается принятие на себя долга, материально чуждого лицу, которое приняло его на себя»². Точность и смысловая полнота предложенных понятий исключают необходимость цитировать в качестве примера иные рассуждения о сути интерцессии. Отметим лишь, что, с точки зрения М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, «третье лицо – это тот, кто, не относясь к числу контрагентов, оказывается в юридически значимой связи с одним из них либо с обоими. <...>. Участие третьего лица на пассивной стороне выражается в одной из двух форм: третье лицо выступает как исполнитель обязательства или как пособник должника»³. Квалифицируя третье лица по данной «микрошкале», конкретизируем: интерцедент сразу берет на себя функцию исполнителя обязательства, поручителя же можно смело причислить к «пособникам» должника.

Представляется важным пояснение безапелляционного утверждения в преамбуле статьи и фразе ученого об отсутствии материального интереса у третьего лица в рамках обсуждаемой темы.

Попытаемся привести доводы, позволяющие делать подобное заявление.

Если не существует первичного договора, где два субъекта: кредитор и должник, четко обозначается обязательство последнего, о третьем лице не может быть и речи. Эта мысль рельефно выражена А. М. Нолькеном: «...поручительство есть самостоятельное по предмету обязательство, но

¹ Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. М., 2007. С. 148.

² Дербург Г. Обязательственное право. М., 1911. С. 216.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. 2-е изд. М., 1999. С. 4.

дополнительное, ибо всегда примыкает к главному и от него зависит, разделяет судьбу его, прекращается и уменьшается с его прекращением и умалением; однако имеет свое особое основание ответственности»⁴. Приведенные выше в качестве примера понятия интерцессии иллюстрируют идентичные с поручительством детали механизма юридической сделки.

При заключении основного (первичного) соглашения материальный объект переходит от кредитора к должнику.

Обязательство пассивной стороны договора – устойчиво, без обоюдного решения сторон сделки – неизменно.

Так как актив пассивной стороны договора пополнился, а кредитора – в равной степени уменьшился, главным и первоочередным ответчиком при удовлетворении требования верителя является должник.

Безусловно, указанные обстоятельства не представляют собой исчерпывающего списка доказательств, тем не менее есть основания считать их весьма убедительными в признании третьего лица «непричастным» к имущественному элементу обязательственного правоотношения кредитора и главного должника.

И как первое свидетельство существования элементов интерцессии в институте поручительства следует отметить, что «диагностированный» факт отсутствия материального интереса нового должника в обязательственных правоотношениях является характерным признаком и института поручительства. Данное свойство отражено в определении юридической сделки К. Бернштейна: «Поручительство есть обещание, данное в обеспечение чужого кредитора исполнить обязательство его должника, если последний не исполнит его»⁵.

Придерживается ли подобного взгляда на миссию поручительства современное российское законодательство? Ответ на вопрос находим в ст. 361 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)⁶, в соответствии с которой поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части.

Представляется логичным продолжить рассуждения выводом А. М. Нолькена, кто, «рассмотрев ...главнейшие определения понятия о поручительстве, данные наукою и законодательствами...», приходит к следующему заключению: «Поручительство есть договорное обязательство, в силу которого одно лицо, называемое поручителем, обеспечивает другому лицу исполнение обязательства его должника, принимая на себя, хотя и совместную с последним, но лишь придаточную ответственность за означенное обязательство»⁷. Цивилист подчеркивает акцессор-

⁴ Нолькен А. М. Учение о поручительстве по римскому праву и новейшим законодательствам. СПб., 1884. С. 13.

⁵ Бернштейн К. О существе делегации по римскому праву. СПб., 1870. С. 32.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации : федер. закон от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ. URL: <http://www.consultant.ru>

⁷ Нолькен А. М. Указ. соч. С. 16.

ный характер обязательства поручителя. Принимая во внимание тот факт, что задача интерцедента – заменить главного должника, освободив его от ответственности за исполнение обязательства, допустимо заявить, что и заключение договора интерцессии знаменует возникновение дополнительной гарантии удовлетворения требований кредитора. Понимая, что подобное заявление может быть принято с оттенком недоумения, поясним, что в данной ситуации веритель соглашается на преемство долга, без сомнения, усматривая в третьем лице более надежного субъекта обязательства, способного обеспечить возврат его кредита, так как, по мнению М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, «от личности должника зависит возможность реального и надлежащего исполнения входящего в состав договора обязательства»⁸.

Свойственна ли придаточная ответственность российскому институту поручительства? Нормы ст. 361 ГК РФ убеждают, что именно эту цель – дополнительное обеспечение гарантий верителя, «преследует» законодатель.

В рамках темы исследования в современном гражданском праве, представляет интерес договор интерцедента с кредитором и поручителя с верителем, в которых четко прослеживаются общие моменты. Последние проявляются в следующем.

Оба договора основываются на добровольном волеизъявлении третьих лиц, но при этом, по мнению А. М. Нолькена, «...необходима наличность, кроме материальных признаков, в том, что главное обязательство есть для интерцедента обязательство чужое, и формальных признаков этого, т. е. необходимо, чтобы и во внешней форме принятия поручителем на себя материально чужого для него обязательства выражалось то, что он принимает, желает принять его на себя именно как обязательство чужое для него»⁹. Авторитетный цивилист акцентирует внимание на необходимости тщательной продуманности при юридическом оформлении правовых отношений с целью уклонения впоследствии, в лучшем случае – от недоразумений, в худшем – от проблем, разрешаемых только судебными органами. Допускаем, что именно по этой причине, в ч. 3 ст. 361 ГК РФ подчеркивается, что условия поручительства, относящиеся к основному обязательству, считаются согласованными, если в договоре поручительства имеется отсылка к договору, из которого возникло или возникнет в будущем обеспечиваемое обязательство. В договоре поручительства, поручителем по которому является лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, может быть указано, что поручительство обеспечивает все существующие и (или) будущие обязательства должника перед кредитором в пределах определенной суммы.

Обращает на себя внимание следующее обстоятельство: в соответствии со ст. 362 ГК РФ договор поручительства должен быть совершен в письменной форме, несоблюдение письменной формы влечет недействительность соглашения. В статьях, посвященных интерцессии, Швейцарского

⁸ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 165.

⁹ Нолькен А. М. Указ. соч. С. 57.

обязательственного закона, одного из немногих европейских государств, применяющего институт интерцессии в качестве инструмента преемства долга, этот момент не отражен, но, думается, данный факт не является принципиально важным и не свидетельствует о существенном различии юридических институтов¹⁰. Предполагается, что согласно укоренившимся обычаям делового оборота письменная форма контракта интерцедента с кредитором является само собой разумеющимся фактором.

Составляются соглашения третьими лицами с кредитором. Правда, справедливости ради, нужно отметить, что отечественным, так же как и иностранным законодательством не налагается «эмбарго» на участие основного должника в заключении договора. Е. А. Суханов отмечает, что «встречающиеся на практике договоры поручительства, заключенные сразу тремя сторонами: поручителем, кредитором и должником, не противоречат действующему законодательству (п. 2, 3 ст. 421 ГК РФ) и не изменяют существа поручительства. Такие договоры носят смешанный характер и объединяют в себе элементы договора поручительства и договора об оказании услуг по поручительству»¹¹.

Юридический акт оформления интерцессионной сделки автоматически аннулирует основной договор верителя с главным должником, при регистрации же договора поручительства временной точкой утраты правовой силы предыдущим контрактом является момент, когда «...поручитель приглашен кредитором к платежу, (и) его личное обязательство становится имущественным...»¹².

При вступлении в юридические отношения третьих лиц у последних возникает материальная ответственность, параметры которой у интерцедента и поручителя в равной степени максимальные: у третьего лица в сделке интерцессии – вследствие полной замены главного должника. У поручителя в соответствии с требованиями п. 2 ст. 363 ГК РФ – отвечать перед кредитором в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Заслуживает внимание и сходность правовых отношений третьего лица с должником в юридической сделке интерцессии и последнего с поручителем. Неоспорим факт, что содержание солидарных обязательств не претерпело серьезных изменений со времен римского права. Им по-прежнему присущи: единство обязательства, ответственность каждого должника за его исполнение в полном объеме, право кредитора (кредиторов) требовать с должников полного погашения обязательства всеми доступными и законными средствами. Правда, обращаясь к солидарным обязательствам, признаемся, что едины во мнении с одним из извест-

¹⁰ Швейцарский обязательственный закон (30 марта 1911 г.). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹¹ Суханов Е. А. Гражданское право. 2-е изд. М., 2000. С. 142.

¹² Нолькен А. М. Указ. соч. С. 231.

ных российских правовых деятелей С. В. Сарбашем, убежденным в том, что «российский Гражданский кодекс, устанавливая регулирование солидарных обязательств, как бы объединяет режим солидарного долга и солидарной ответственности. Однако между долгом и ответственностью как в теории гражданского права, так и на практике имеются существенные юридические отличия. <...> Законодательство нередко устанавливает именно солидарную ответственность за неисполнение того или иного обязательства. При этом о солидарности в долге не упоминается. В связи с этим возникает необходимость различения этих аспектов. Установление солидарной ответственности само по себе, видимо, не означает солидарности в долге. Иными словами, если третье лицо несет солидарную ответственность, то из этого не следует, что оно обязано и к исполнению в натуре»¹³.

Принимая во внимание умозаключение ученого, находя его вывод весьма состоятельным, полагаем, что оформление договора интерцедента с кредитором обусловлено не чем иным, как возникновением солидарного долга у третьего лица. Приведем в качестве доказательства еще одно суждение С. В. Сарбаша, склонного думать, что «момент возникновения солидаритета обычно совпадает с моментом возникновения самого обязательства, однако солидарность может возникать в ординарном обязательстве и позже, т. е. первоначально обязательство не осложнено множественностью лиц с какой-либо стороны, но впоследствии такое осложнение возникает. Упоминание в судебной практике о том, что солидарные обязательства наступают одновременно у всех солидарных должников по одному и тому же обязательству... не следует воспринимать в отрыве от конкретных обстоятельств данного дела как общее правило. Примером последующего возникновения солидаритета в правоотношении может служить заключение договора поручительства после возникновения основного обязательства»¹⁴. В юридической сделке интерцессии, на наш взгляд, можно наблюдать следующие этапы поступательного движения солидаритета: первый – возникновение солидарности долга с момента договоренности основного должника с третьим лицом, который выразил готовность принять на себя обязательство; второй – солидарность долга дает возможность последнему обратиться с соответствующим предложением к кредитору. Стадия заключения договора интерцессии «уничтожает» возникшую солидарность долга, в связи с полным освобождением главного должника от ответственности. Это обстоятельство позволяет верителю «забыть» о предыдущем субъекте обязательства и в то же время остаться уверенным в возврате своего кредита. Не сомневаемся, что трудно принять наше рассуждение как искомое. Но в качестве доказательства можно представить ч. 3 ст. 175 Швейцарского обязательственного закона. Приведем ее на английском языке, на котором документ выложен в сети «Интернет»: «If the previous debtor is not released from his debt, he may

¹³ Сарбаш С. В. Исполнение договорного обязательства. М., 2005. С. 38.

¹⁴ Там же. С. 24.

request that the new debtor furnish security», что в переводе на русский язык звучит следующим образом: «Если предыдущий должник не освобожден от своего долга, он может просить третье лицо о поручительстве»¹⁵. Небольшое текстовое оформление пункта содержит в себе большую смысловую нагрузку относительно нашего исследования, а именно: является еще одним примером общности интерцессии и поручительства, в частности раскрывает в них единый принцип правовых отношений субъектов обязательства – солидаритет.

Аргументированность нашего вывода, полагаем, можно усилить следующим заявлением: императивность российского законодательства не оставляет никаких сомнений в том, что поручителя и должника объединяет солидарная ответственность, так как согласно нормам ст. 361 и 363 ГК РФ поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательств полностью или в части. При неисполнении или ненадлежащем исполнении должником обеспеченного поручительством обязательства поручитель и должник отвечают перед кредитором солидарно, если законом или договором поручительства не предусмотрена субсидиарная ответственность поручителя.

Отрицает ли изложенная информация присутствие единых черт солидарности у интерцессии и поручительства? Уверены, что градация (расщепление) смыслового значения солидарных обязательств не меняет сущности их содержаний и не лишает возможности признать тождественность правовых отношений ответственных лиц в рассматриваемых юридических институтах.

Более того, есть основание заявить, что именно солидарная обязанность третьего лица и должника (неважно, оформлена ли она в письменном виде или является результатом устной договоренности) разрешает законодателю не требовать категорично соглашения между ними при оформлении акта интерцессии и поручительства. Кредитор вполне удовлетворен волеизъявлением третьего лица взять на себя ответственность за исполнение обязательств должника путем формального закрепления его в совместном договоре. Этот вывод находит подтверждение в норме ч. 1 ст. 176 Обязательственного закона Швейцарии, которая гласит, что принятие долга на себя третьим лицом и освобождение прежнего субъекта обязательства закрепляется договором с кредитором. Российское законодательство кодифицирует это обстоятельство п. 1 ст. 361 и ст. 362 ГК РФ, вследствие чего кредитор получает более надежную защиту от неисполнения своих материальных требований в случае полной замены главного должника при интерцедировании и дополнительную гарантию от поручителя. Упомянув лишь материальные требования кредитора, нельзя не отметить расширения границ инициативы гаранта в российском законодательстве: ему дано право на обеспечение и неденежных (нематериальных, неимущественных) требований на основании нормы

¹⁵ См.: Швейцарский обязательственный закон от 30 марта 1911 г. / пер. с англ. В. С. Шевченко. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

ч. 1 ст. 361 ГК РФ. В отличие от отечественного кодификатора иностранный закон не акцентирует внимание на трактовке требований, думаем, что по уже ранее высказанной причине – универсальности понятия.

В качестве еще одного доказательства точек «соприкосновения» институтов интерцессии и российского поручительства обратимся к виду договора третьего лица с кредитором. В комментариях к Гражданскому кодексу отмечается, что «договор поручительства является консенсуальным, односторонним и безвозмездным»¹⁶. Не будем подвергать сомнению утверждение отечественных ученых – цивилистов о консенсуальности, безвозмездности и односторонности договора поручительства, проверим наличие этих черт в договоре интерцедента с кредитором. Вспомним, что консенсуальный договор не требует каких-либо условий по оформлению и выполнению, кроме как обоюдного согласия сторон на его заключение. Присутствует ли это условие в договоре интерцедента с кредитором? Безусловно, посылкой его подписания является взаимное волеизъявление сторон: третьего лица и кредитора. В соответствии с ч. 2 ст. 423 ГК РФ безвозмездным признается договор, по которому одна сторона обязуется предоставить что-либо другой стороне без получения от нее платы или иного встречного предоставления. Сторонами договора интерцессии данное условие неукоснительно соблюдается, ибо вносить иное в содержание контракта, значит дать повод для признания его ничтожным. Следующая особенность юридического факта состоит в его одностороннем характере: содержит обязанности только одной стороны (интерцедента) и, соответственно, права, требования другой (кредитора). Таким образом, изложенное позволяет причислить и договор интерцедента с кредитором к разряду консенсуальных, безвозмездных и односторонних, т. е. признать гомогенность договора поручителя и интерцедента. Полагаем надлежащим подчеркнуть при этом производный характер соглашений: законодательство не закрепляет форму и содержание контрактов, не предлагает участникам гражданских правоотношений строго следовать своим указаниям в данном вопросе, кроме незначительного числа рекомендаций, о которых шла речь выше. И такая ситуация разрешает применить единый принцип – принцип свободы договора, устанавливающего обеспечительные меры кредитору, в поручительстве и интерцессии.

Продолжая рассуждение о единых гранях двух институтов, обратимся к ч. 1 ст. 179 Швейцарского обязательственного закона, в которой говорится о том, что интерцедент имеет право на возражения, которые были неотъемлемы от главного должника, против требования кредитора.

Диспозиция нормы ч. 1 ст. 364 ГК РФ созвучна предыдущей и определяет право поручителя выдвигать против требования кредитора возражения, которые мог бы представить должник, если иное не вытекает из договора поручительства.

¹⁶ Комментарий к ГК РСФСР / под ред. Е. А. Флейшиц, О. С. Иоффе. 2-е изд. М., 1970. С. 115.

Изложенный материал проецирует лишь одну сторону юридических сделок интерцессии и поручительства: вопросы, связанные со статусом и правовыми отношениями субъектов обязательства, т. е. основного должника с интерцедентом и поручителем. С целью исследовать вопрос более объективно и полно на предмет наличия родственных черт попытаемся подвергнуть анализу позицию кредитора в данных юридических сделках, в частности его права и обязанности. Последнее слово употреблено не случайно, что постараемся доказать в дальнейшем.

При изменении субъектов пассивной стороны кредитор, как и прежде, вправе требовать от должника надлежащего исполнения обязанности, предъявлять к последнему претензии, например требовать привлечения его к ответственности в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства и в объеме, зафиксированном в предыдущем соглашении. Аналогичная норма, закрепленная в п. 2 ст. 178 Швейцарского обязательственного закона, принуждает интерцедента выполнить взятое на себя обязательство основного должника в полном объеме и надлежащим образом. Пункт 2 ст. 363 ГК РФ дает более расширенное понятие обязанности поручителя, признавая его ответственным за уплату долга в том же объеме, как и должник, включая уплату процентов, возмещение судебных издержек по взысканию долга и других убытков кредитора, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства должником, если иное не предусмотрено договором поручительства.

Ни иностранное, ни отечественное законодательство не отнимает у кредитора право на отказ от предложений третьего лица принять на себя долг субъекта обязательства или предстать в роли поручителя. Правда, российский кодификатор не регламентирует при этом сроки ответа кредитора на оферту, что, вероятно, допускает безоговорочную самостоятельность третьего лица в установлении точной даты отзыва кредитора. В соответствии же с ч. 2 ст. 177 иностранного обязательственного закона кредитор может объявить о своем согласии в любое время, но третье лицо и должник вправе назначить срок для принятия им своего решения¹⁷. Если ответа не последует и в назначенное время, это расценивается как отклонение предложения.

Расцениваем как право не принимать возражения интерцедента верителем, которые были связаны с личностью основного должника, если они не были отражены в договоре. Данная привилегия кредитора зафиксирована в ч. 2 ст. 179 Обязательственного закона Швейцарии, российский же законодатель считает, вероятно, это обстоятельство безусловным, не требующим оговорки в Гражданском кодексе.

Не усматривая в приведенном материале исчерпывающего перечня прав кредитора в интерцессии и поручительстве, перейдем все же к обязанностям верителя. Они не многочисленны, но являются предпосылками юридической техники заключения договоров интерцессии и поручительства. Так, кредитор обязан отреагировать на волеизъявление

¹⁷ Швейцарский обязательственный закон.

третьего лица принять долг в качестве интерцедента или поручиться за исполнение обязательства в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства.

Кредитору надлежит заключить договор с третьим лицом, принимая его предложение. И как результат реализации своих обязанностей кредитор не вправе отказаться от исполнения обязательства интерцедентом или поручителем.

Завершая попытку сопоставления института интерцессии в кодификации законодательства Швейцарии и отечественного института поручительства, приходим к следующим выводам, не претендующим на законоведческую непогрешимость:

1. Элементы интерцессии свойственны юридической технике поручительства. Объяснить это можно тем, что интерцессия была «прародительницей» института поручительства. Наш вывод подтверждается оригинальным высказыванием М. Н. Капустина: «Под понятие об *intercessio* подводились все виды поручительства по договорам: *fidejussio*, *constitum debiti alieni*, *expromissio* и пр. Необходимо было только, чтобы долг, за который лицо ручается, не соединялся с его материальным интересом и чтобы кредитор был для него чужим»¹⁸.

2. Как в российской кодификации института поручительства, так и в швейцарской – института интерцессии, присутствует фрагментарность в отдельных частях правовых конструкций. Отчасти применительно к российскому институту поручительства данный факт можно объяснить создавшейся в стране ситуацией из-за коренной ломки российского законодательства в результате неожиданной смены общественной формации. Наш вывод находит подтверждение в утверждении нашего соотечественника С. В. Сарбаша: «Практика восприятия оборотом данных обеспечительных мер пока весьма незначительна, что объясняется целым рядом причин (новизна и неполнота законодательного регулирования, отсутствие доктринальной проработки, негативное отношение судебной практики, отсутствие достаточной добросовестности участников оборота и др.)»¹⁹.

3. Наши современники являются свидетелями стремительного развития торгового оборота в стране и все возрастающей потребности в юридических сделках, в том числе по преемству долга. Гражданское общество нуждается в законодательном регулировании правовых отношений, способном решать любые проблемы, возникающие в процессе взаимодействия субъектов.

Тщательно разработанные правовые доктрины юридических институтов, регулирующих отношения участников торгового оборота, – перспектива демократического государства. В связи с этим цивилистам предстоит сложные задачи по определению недостатков, противоречий и

¹⁸ Капустин М. Н. Институции римского права. М., 1880. С. 302.

¹⁹ Сарбаш С. В. Некоторые проблемы обеспечения выполнения обязательств // Вестник ВАС. 2007. № 7. С. 15–17.

пробелов в действующем законодательстве с целью создания благоприятных условий для оптимизации системы общественных отношений и прогрессивного развития Российской Федерации.

*Муниципальное казенное учреждение
«Управление образования» (Республика
Саха, Якутия)*

*Шевченко В. С., юрист
E-mail: vera_shevchenko@list.ru*

*Municipal State Establishment «Depart-
ment of education» (Sakha Republic, Yaku-
tia)*

*Shevchenko V. S., Lawyer
E-mail: vera_shevchenko@list.ru*

УДК 342.9

СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К ПОНЯТИЮ
НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ
В НАУКЕ И ПРАКТИКЕ

В. П. Уманская

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

Поступила в редакцию 14 мая 2019 г.

Аннотация: исследуется вопрос о понятии нормативного правового акта. Актуальность рассматриваемой темы заключается в том, что от правильного определения юридического содержания правового акта зависит круг общественных отношений, на который он распространяется, а также определение производства по оспариванию правовых актов. Проанализирована судебная практика, подходы отдельных федеральных органов исполнительной власти, а также изучены взгляды авторитетных ученых. Сделаны основные выводы и предложения по совершенствованию подхода к определению нормативного правового акта.

Ключевые слова: нормативный правовой акт, административное производство, правотворческие полномочия, органы исполнительной власти.

Abstract: analyzing the problem of submission of normative-legal acts. The relevance of the topic is that the circle of social relations to which it applies, as well as the definition of proceedings for challenging legal acts, depends on the correct determination of the legal content of a legal act. Analyzed the judicial practice, the approaches of individual federal executive bodies, and studied the views of reputable scientific. The main conclusions and proposals for improving the approach to the definition of a regulatory legal act are made.

Key words: of normative-legal act, administrative legal proceedings, lawmaking powers, executive authorities.

Преобладающий в науке и законодательстве позитивистский подход¹ связывает систему правового регулирования, прежде всего, с системой общеобязательных и формально-определенных норм, которые выражают управленческие решения государства, издаются, санкционируются и охраняются государством и являются властным регулятором общественных отношений. Действительно, данный правовой инструмент является мощным правовым средством, который при наличии необходимых юридических фактов оказывает серьезное воздействие на общественные отношения.

¹ Позитивистское понимание права исходит из того, что право – это нормы, изложенные в законах и других нормативных актах. Внепозитивного (писаного, официально и документально выраженного) законодательства права не существует. Так, Г Кельзен объявил свою теорию «чистой», так как стремился подчеркнуть идею о том, что право абсолютно автономно и его действительность определяется исключительно юридическими нормами.

В литературе неоднократно подчеркивалось, что такой узкий подход существенно деформирует систему правового регулирования, так как на общественные отношения большое влияние оказывают и судебные решения, и практическая деятельность органов исполнительной власти, и правовая культура, нормы морали и т. д.

Вместе с тем значимое и ощутимое влияние позитивизма на систему отечественного правового регулирования не привело к должному развитию в законодательстве таких базовых и основных понятий, как правовая норма, нормативно-правовой акт, нормативность, нормативные свойства и т. д. Многие наиболее важные проблемы остаются до сих пор не решенными. Например, законодательно четко не установлены виды правовых актов федеральных органов исполнительной власти², порядок их соотношения между собой, особенности их юридической силы, процессуальные особенности их издания.

До последнего времени проблеме определения понятия нормативно-правового акта как законодателями, правоприменителями, так и представителями судебной ветви власти не уделялось должного внимания. Неоднократные попытки разработки проектов федерального закона «О нормативных правовых актах»³ терпели неудачи. Анализ действующего законодательства субъектов РФ свидетельствует, что более 65 субъектов РФ⁴ приняли региональные законы, регулирующие виды и порядок издания правовых актов органов государственной власти.

Несмотря на то что в судах на протяжении продолжительного времени сложилась обширная практика оспаривания нормативных правовых актов, полноценного и универсального определения понятия нормативного правового акта так и не дано.

Первоначально Пленумом Верховного Суда «под нормативным правовым актом понимался изданный в установленном порядке акт управо-

² Постановлением Правительства РФ № 1009 закрепляются шесть видов нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти, однако на практике в основном применяются только приказы и распоряжения. Кроме того, отдельные федеральные органы исполнительной власти издают нормативные правовые акты в не предусмотренных законодательством формах.

³ Например, в 1996 г. в Государственную Думу был внесен законопроект № 96700088-2 «О нормативных правовых актах Российской Федерации» (12.05.2004 на стадии рассмотрения во втором чтении он был снят с рассмотрения). В 2013 г. Институтутом законодательства и сравнительного правоведения был подготовлен инициативный законопроект «О нормативных правовых актах в Российской Федерации».

⁴ В большинстве из этих субъектов (23 субъекта) законы носят название «О нормативных правовых актах...»; в отдельных субъектах – «О правовых актах...», «О правотворчестве и нормативных правовых актах ...». Например, в Республиках Алтай, Башкортостан, Дагестан, Ингушетия, Карелия, Марий Эл, Северная Осетия-Алания, Хакасия, в Карачаево-Черкесской Республике, Ненецком автономном округе, Забайкальском крае, Ханты-Мансийском автономном округе – Югре, в Воронежской, Костромской, Курганской, Липецкой, Нижегородской, Новосибирской, Омской, Самарской, Тверской, Томской и Челябинской областях.

моченного на то органа государственной власти, органа местного самоуправления или должностного лица, устанавливающий правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение, действующие независимо от того, возникли или прекратились конкретные правоотношения, предусмотренные актом»⁵. Однако впоследствии данное определение утратило силу, а данные признаки нашли отражение в другом постановлении Пленума Верховного Суда⁶. В нем были указаны лишь существенные признаки, характеризующие нормативный правовой акт. К ним были отнесены следующие признаки: издание акта в установленном порядке уполномоченным органом государственной власти, органом местного самоуправления или должностным лицом, наличие правовых норм (правил поведения), обязательных для неопределенного круга лиц, рассчитанных на неоднократное применение, направленных на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений.

В свое время в практике Высшего Арбитражного Суда также не было дано определение нормативного правового акта, а использовались лишь его отдельные признаки. В постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда «под нормативными правовыми актами понимались акты, принятые органами государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, должностными лицами, содержание которых составляют правовые нормы (правила поведения), рассчитанные на неоднократное применение и влекущие юридические последствия для неопределенного круга лиц, либо нормы, которыми вводятся в действие, изменяются или отменяются действующие правовые нормы»⁷.

Конституционный Суд РФ в своих решениях также не дал определения понятию «нормативный правовой акт», а исследовал данный вопрос применительно к отдельным ситуациям.

Конституционный Суд РФ использовал определение, данное в постановлении Государственной Думы⁸ и в приказе Минюста России⁹, соглас-

⁵ О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел по заявлениям прокуроров о признании правовых актов противоречащими закону : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 апреля 1993 г. № 5. Здесь и далее нормативные акты приведены по справ.-правовой системе «КонсультантПлюс».

⁶ О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2007 г. № 48.

⁷ О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании нормативных правовых актов : постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30 июля 2013 г. № 58.

⁸ Об обращении в Конституционный Суд Российской Федерации : постановление Государственной Думы Федерального Собрания от 11 ноября 1996 г. № 781-II ГД.

⁹ Об утверждении разъяснений о применении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации : приказ Минюста РФ от 4 мая 2007 г. № 88.

но которым нормативный правовой акт – это письменный официальный документ, принятый (изданный) в определенной форме правотворческим органом в пределах его компетенции и направленный на установление, изменение или отмену правовых норм. В свою очередь, под правовой нормой принято понимать общеобязательное государственное предписание постоянного или временного характера, рассчитанное на многократное применение. Данное определение неоднократно подвергалось критике со стороны научной общественности¹⁰.

Проблема понятия нормативного правового акта, его соотношения с ненормативным правовым актом в очередной раз стала предметом рассмотрения Конституционным Судом РФ¹¹ (далее – Постановление КС № 6-П). В данном деле Конституционный Суд РФ довольно спорным образом истолковал традиционные характеристики нормативных правовых актов в ходе рассмотрения дела по заявлению ОАО «Газпромнефть» о признании недействительным положения письма Федеральной налоговой службы.

Позиция Конституционного Суда РФ, выраженная в Постановлении КС № 6-П, состоит в том, что *нормативный правовой акт – это акт общего действия, адресованный неопределенному кругу лиц, рассчитанный на многократное применение, который содержит конкретизирующие нормативные предписания, общие правила и является официальным государственным предписанием, обязательным для исполнения.*

Конституционный Суд РФ в этом решении исходил из того, что полномочия налоговых органов по информированию налогоплательщиков о законодательстве о налогах и сборах (подп. 4 п.1 ст. 32 Налогового кодекса РФ) можно рассматривать как право принимать акты информационно-разъяснительного характера, которые в силу принципа ведомственной субординации носят обязательный характер для территориальных налоговых органов. Из этого, по мнению Конституционного Суда РФ, следует, что такие акты опосредованно через правоприменительную практику обязательны для налогоплательщиков, т. е. для неопределенного круга лиц.

Необходимо подчеркнуть, что обязательность правовых актов не предопределяет наличие нормы в правовом акте. Индивидуальные правовые акты носят также обязательный характер для тех лиц, на которых он рассчитан.

В случае если правовой акт действительно рассчитан на неопределенный круг лиц и содержит нормы права, то, прежде всего, должны быть соблюдены форма, вид, порядок подготовки, издания и опубликова-

¹⁰ См., например: Тихомиров Ю. А. Правовое регулирование : теория и практика. М., 2010. С. 229–241.

¹¹ По делу о проверке конституционности пункта 1 части 4 статьи 2 Федерального конституционного закона «О Верховном Суде Российской Федерации» и абзаца третьего подпункта 1 пункта 1 статьи 342 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой открытого акционерного общества «Газпромнефть» : постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П.

ния правового акта в соответствии с процедурами, установленными для нормативного акта.

Конституционный Суд РФ, вместо того чтобы внести ясность в решение данного вопроса, предложил новый термин – «акт федерального органа исполнительной власти», содержащий разъяснения налогового законодательства, который формально не является нормативным правовым актом, но фактически обладает нормативными свойствами. Данный термин не в полной мере соотносится с принципами формальной определенности, точности, ясности, недвусмысленности правовых норм и их согласованности в системе действующего правового регулирования, которые провозглашаются Конституционным Судом РФ.

Представляется, что при рассмотрении указанного дела Конституционный Суд РФ должен был дать соответствующее определение или хотя бы установить, признаки и критерии, позволяющие признать акт в качестве нормативного правового акта.

Такая правовая неопределенность в Постановлении КС № 6-П и в главе 21 Кодекса административного судопроизводства РФ «Производство по административным делам об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» привела к необходимости разграничения понятий нормативного правового акта и акта, обладающего нормативными свойствами.

Данная попытка была предпринята в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 25 декабря 2018 г. № 50 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов и актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами» (далее – Постановление Пленума ВС № 50).

Указанное постановление в очередной раз не содержало определения нормативного правового акта, а перечисляло его признаки. «Признаками, характеризующими нормативный правовой акт, являются: издание его в установленном порядке уполномоченным органом государственной власти, органом местного самоуправления, *иным органом, уполномоченной организацией* или должностным лицом, наличие в нем правовых норм (правил поведения), обязательных для неопределенного круга лиц, рассчитанных на неоднократное применение, направленных на урегулирование общественных отношений либо на изменение или прекращение существующих правоотношений»¹² (курсив наш. – В. П.). Указанные признаки расширяют понятие нормативного правового акта, включая в него помимо традиционных актов органов государственной власти и местного самоуправления, еще и акты иных органов и уполномоченных организаций.

Одновременно указывается, что существенными признаками, характеризующими акты, содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами, являются: издание их органами

¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 31 марта 2015 г. № 6-П.

государственной власти, органами местного самоуправления, иными органами, уполномоченными организациями или должностными лицами, наличие в них *результатов толкования норм права*, которые используются в качестве общеобязательных в правоприменительной деятельности в отношении неопределенного круга лиц.

Содержащиеся в Постановлении Пленума ВС № 50 разъяснения – это еще один важный шаг на пути к разрешению проблемы понятия нормативного правового акта. Однако представляется, что данный вопрос нуждается в дальнейшем разрешении.

Для более точного установления нормативного характера правового акта целесообразно провести классификацию признаков нормативного правового акта по форме и содержанию.

Формальные признаки нормативных правовых актов.

1. Наиболее очевидными признаками нормативности правового акта являются соответствующая форма и вид акта.

Правовые положения нормативного правового акта должны быть формально определены. Под формой правового акта понимается внешнее выражение государственно-властного воздействия на общественные отношения. Нормативный правовой акт в обязательном порядке должен иметь документальное воплощение, т. е. иметь *письменную форму выражения*, которая призвана четко определять границы должного поведения. Издание актов в письменной форме требует соблюдения определенных правил юридической техники, указание реквизитов.

Издание нормативных правовых актов должно происходить в прямо предусмотренных в законодательствах формах и видах¹³. Принятие нормативных правовых актов в непредусмотренных видах недопустимо.

Ошибка при определении *вида правового акта* может носить технический характер, не оказывая влияние на соблюдение других принципиально важных требований, предъявляемых к нормативным правовым актам. Однако в случае *неправильного выбора формы* издание нормативного правового акта скорее всего будет происходить с нарушением процедуры, являющихся обязательными для нормативных правовых актов.

¹³ Установленные в постановлении Правительства РФ № 1009 виды нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти не соответствуют реально сложившейся практике. Наиболее широко распространенным видом правовых актов является приказ. Значительно реже в правотворческой деятельности федеральных органов исполнительной власти встречается такой вид актов, как распоряжение. Правила, инструкции и положения практически не издаются как самостоятельные виды актов, а утверждаются в основном приказами или распоряжениями. Такой вид нормативных правовых актов, как постановления, в практике федеральных органов исполнительной власти не встречается. Таким образом, исследование существующей практики издания правовых актов федеральных органов исполнительной власти позволяет сделать вывод, что фактически издаются два вида актов – приказы и распоряжения, которые утверждают различные по форме и содержанию акты.

Проблема отсутствия в законодательстве четко определенного перечня видов нормативных правовых актов существует еще с советских времен. В 1975 г. Министерство юстиции СССР утвердило рекомендации по подготовке нормативных актов министерств и ведомств. Однако общей классификации видов правовых актов органов государственного управления данные рекомендации не содержали. Вопрос унификации видов правовых актов в советские годы так и не был решен.

В настоящее время в соответствии с постановлением Правительства РФ от 13 августа 1997 г. № 1009 «Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации» (далее – Постановление Правительства № 1009) нормативные правовые акты издаются федеральными органами исполнительной власти в виде постановлений, приказов, распоряжений, правил, инструкций и положений. Это исчерпывающий перечень видов нормативно-правовых актов¹⁴. Однако анализ правотворческой деятельности федеральных органов исполнительной власти свидетельствует о том, что на практике используются лишь отдельные виды правовых актов.

2. Формальным признаком, позволяющим провести отличие нормативного правового акта от ненормативного, должны быть *конкретные и точные процедуры разработки и издания*, отличающиеся между собой в зависимости от нормативного содержания проекта правового акта.

В частности, на данное обстоятельство указывается в п. 37 Постановления Пленума ВС № 50: «Поскольку при рассмотрении дел об оспаривании нормативных правовых актов полномочия судов ограничены проверкой законности соответствующих актов, данная правовая норма подлежит применению лишь в случаях, когда в нормативном правовом акте, имеющем большую юридическую силу, предусмотрена обязанность соответствующего органа, организации или лица принять нормативный правовой акт или соответствующие положения нормативного правового акта».

Особые требования к подготовке и принятию нормативных правовых актов должны рассматриваться в качестве правовых гарантий обеспечения законности данных актов. Для нормативных правовых актов должен быть установлен четкий порядок подготовки, издания, опубликования и вступления в юридическую силу. Нормативно-правовые акты, принятые с нарушениями процедур принятия следует рассматривать как дефектные.

Без соблюдения специальных требований и правил, касающихся нормативных актов, могут приниматься лишь внутриведомственные (локальные акты) либо индивидуальные акты, носящие правопримени-

¹⁴ Такое многообразие видов нормативных правовых актов предопределено исторически. Еще в практике советских органов государственного управления наблюдалось разнообразие правовых актов. Органами советского государственного управления издавалось более 10 видов актов: постановления, инструкции, положения, рекомендации, указания, разъяснения, письма, правила, порядки, распоряжения и др.

тельный или разъяснительный характер. Государственная регистрация нормативных правовых актов призвана обеспечить законность и гарантировать обеспечение прав и законных интересов лиц, в отношении которых принят акт. При этом принципиально важно понимать, что такого рода правовые акты не являются нормативными и не могут расцениваться в качестве актов, обладающих нормативными свойствами.

Постановление Правительства № 1009 устанавливает общие процедуры подготовки, издания и опубликования нормативных правовых актов: порядок согласования с заинтересованными органами; прохождения правовой, лингвистической, антикоррупционной экспертиз, государственной регистрации нормативных правовых актов в Министерстве юстиции России. Общий порядок опубликования установлен Указом Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти»¹⁵.

Однако перечисленных правовых актов явно недостаточно для регулирования такого сложного процесса, как разработка и издание правовых актов управления. Фактически правотворческая деятельность органов исполнительной власти представляет собой самостоятельное производство по изданию правовых актов управления¹⁶.

Восполняя пробел, сохранившийся еще с советского периода в вопросе правового регулирования видов правовых актов, современные федеральные органы исполнительной власти разработали и издали собственные правила подготовки нормативных правовых актов¹⁷. Многие из них по-

¹⁵ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 22. Ст. 2663.

¹⁶ См. более подробно: Уманская В. П. Производство по принятию нормативных правовых актов государственного управления как часть административного процесса : воздействие идей профессора В. Д. Сорокина // Административное право и процесс. М., 2014. № 3.

¹⁷ Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов в центральном аппарате МВД России : приказ МВД РФ от 27 июня 2003 г. № 484 ; О совершенствовании законопроектной и нормативно-правовой работы Министерства природных ресурсов Российской Федерации : приказ Министерства природных ресурсов РФ от 24 июня 2003 г. № 545 ; Об утверждении Правил подготовки нормативных правовых актов Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий и их государственной регистрации : приказ МЧС РФ от 23 марта 2004 г. № 140 ; О Порядке подготовки нормативных правовых актов Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору и их государственной регистрации : приказ Федеральной службы по экологическому, технологическому и атомному надзору от 24 декабря 2009 г. № 1053 ; Об утверждении Положения о порядке подготовки нормативных правовых актов Федеральной службы судебных приставов и направления их на государственную регистрацию : приказ Федеральной службы судебных приставов от 4 декабря 2009 г. № 499 ; О порядке подготовки и представления нормативных правовых актов Роспечати на государственную регистрацию : приказ Федерального агентства по печати и массовым коммуникациям от 23 сентября 2008 г. № 212.

вторяют положения, установленные в Постановлении Правительства РФ № 1009. Однако наряду с общими положениями каждый орган исполнительной власти устанавливает свои собственные особенности¹⁸ подготовки и издания правовых актов. Это, в свою очередь, может привести к проблемам координации правотворческого процесса органов исполнительной власти, нарушениям порядка согласования проектов правовых актов.

Особое значение для нормативных правовых актов имеет официальное опубликование, с которым связывается не только процессуальная часть правотворческого процесса, но и возможность вступления правового акта в юридическую силу. В соответствии с ч. 3 ст. 15 Конституции РФ любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения. Практика оспаривания правовых актов в суде, связанная с нарушениями порядка их опубликования, довольно обширна¹⁹. Несоблюдение установленных процедур может привести к нарушению гарантируемых государством прав и законных интересов граждан.

3. В качестве еще одного формального признака нормативного правового акта следует рассматривать *наличие нормотворческих полномочий у государственного органа*, издавшего акт.

Важным условием издания нормативного правового акта является соблюдение предметов ведения и компетенции органа государственной власти. Это один из важнейших способов обеспечения законности правового акта. Правовой акт, изданный с нарушением компетенции, изначально не может считаться принятым и вступившим в законную силу.

Соблюдение нормотворческой компетенции органа государственной власти может быть установлено с определенной точностью. Этот признак правового акта является не оценочной характеристикой, а четким показателем, который точно может быть объективно установлен. В связи этим он может быть отнесен к группе формальных признаков.

Наличие нормотворческой компетенции в определенной мере может свидетельствовать о наличии нормативного характера правового акта, в то время как отсутствие нормотворческих полномочий у конкретного органа государственной власти с точностью указывает на то, что правовой акт не может быть нормативным.

Не лишним будет подчеркнуть, что издание правовых актов как нормативных, так и ненормативных, в том числе носящих разъяснительный характер толкования, должно осуществляться, прежде всего, в соответствии с компетенцией федерального органа исполнительной власти. В случае если федеральный орган исполнительной власти обладает нор-

¹⁸ В качестве позитивного примера можно привести приказ Федеральной таможенной службы от 1 декабря 2016 г. № 2266 «О подготовке нормативных правовых актов в Федеральной таможенной службе», в котором прямо указывается на то, что издание нормативных правовых актов ФТС России в виде писем, телеграмм, телетайпграмм не допускается.

¹⁹ См., например: Решение Верховного Суда РФ от 09.08.2000 № ГКПИ00-178.

мотворческими полномочиями, то правовые акты, содержащие норму права, должны издаваться в предусмотренных законодательством формах и в соответствии с процедурой подготовки таких актов. Если же федеральный орган исполнительной власти не вправе осуществлять нормативно-правовое регулирование²⁰, то никакие акты данного органа не могут обладать нормативными свойствами.

Издание нормативного правового акта органом государственной власти возможно только при соблюдении одновременно двух условий. Прежде всего, орган государственной власти должен быть наделен нормотворческими полномочиями, т. е. обладать возможностью издавать нормативные правовые акты. Кроме того, его нормотворческие полномочия должны распространяться на конкретные сферы его деятельности. При издании нормативного правового акта орган государственной власти не вправе выходить за пределы своего ведения. Таким образом, в законодательстве должен быть четко установлен круг вопросов, по которым данный государственный орган может издавать нормативные правовые акты.

Содержательные признаки нормативных правовых актов

Важнейшим отличительным признаком нормативного правового акта от ненормативного является *наличие в нем нормы права*. Нормативные правовые акты устанавливают новую норму права, изменяют либо отменяют действующую норму, тем самым регулируют общественные отношения.

Однако на практике не возникало бы столько проблем, если с легкостью можно было бы выявлять в правовых актах органов государственной власти нормативные положения.

Традиционно в теории права и науке административного права под правовой нормой понимается общеобязательное правило поведения, рассчитанное на неопределенный круг лиц и многократное (длительное) применение.

Определение нормы права как «правила поведения» представляется не вполне корректным, так как наряду с нормативными предписаниями, устанавливающими границы должного или запрещенного поведения, существуют нормы-принципы, нормы-дефиниции, нормы-задачи (цели), нормы-декларации.

В зарубежном законодательстве такого рода нормы имеют даже большее значение по сравнению с остальными. В отечественном законодательстве хорошо известны принципы законности, равенства всех перед законом, федерализма и др. В европейском законодательстве²¹ широко

²⁰ Например, в постановлении Правительства РФ от 30 сентября 2004 г. № 506 «Об утверждении Положения о Федеральной налоговой службе» прямо предусмотрено, что Федеральная налоговая служба не вправе осуществлять в установленной сфере деятельности нормативно-правовое регулирование, кроме случаев, устанавливаемых федеральными законами, указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ.

²¹ В законах об административных процедурах Германии (1976 г.), Польши (1980 г.), Дании (1985 г.), Италии (1990 г.), Австрии (1991 г.), Португалии (1991 г.).

применимы принципы открытости и публичность рассмотрения дел, гласности принятия решения, доступности и прозрачности административных процедур, недопустимость произвола и злоупотребления правом. Неотъемлемой частью государственного управления за рубежом стали: принцип соразмерности, «большее включает меньшее», «запрет бессмысленного применения права», запрет сверхформализма» и др.

Данные принципы составляют основу системы права. В связи с этим при определении нормы права более правильно вести речь не о «правилах поведения», а скорее об «общих установлениях», «положениях» либо о «предписаниях».

Проблема определения юридического содержания правовых положений во многом еще обуславливается тем, что нормы административного права нередко формулируются в законодательстве в усеченном виде. В административной норме довольно часто могут отсутствовать отдельные элементы. Кроме того, элементы нормы права могут содержаться в разных частях одного правового акта или вообще в разных правовых актах. Такое положение дел существенно осложняет определение нормативного содержания правовых актов.

Одной из наиболее важных и одновременно сложных характеристик нормативности является распространение правовых предписаний действия на *неопределенный круг лиц*. Данная характеристика нормативного правового акта указывает на то, что нормативные положения являются неперсонифицированными, т. е. распространяются на широкий круг лиц.

Предположим, что адресатами правовых актов Президента РФ, Правительства РФ или органов исполнительной власти являются сотрудники органов исполнительной власти, например МВД РФ или Министерства обороны. Максимальная штатная численность сотрудников МВД РФ составляет почти 900 тыс. чел.²² Штат Вооруженных сил России с 1 июля составляет свыше 1,9 млн чел.²³ Можно ли утверждать, что правовой акт, рассчитанный на численность в 1 млн или более сотрудников, является ненормативным правовым актом, поскольку круг его адресатов вполне четко определен? Затрагивая права и свободы граждан, создавая новое или изменяя прежнее правовое регулирование, такой правовой акт будет являться нормативным, поскольку распространяется на широкий круг лиц.

Таким образом, рассматривая данную характеристику необходимо исходить не из формальной определенности либо неопределенности круга лиц и не из численного количества адресатов, на которых рассчитан правовой акт. Распространенность правового акта на неопределенный

²² О внесении изменений в Указ Президента Российской Федерации от 1 марта 2011 г. № 248 : «Вопросы Министерства внутренних дел Российской Федерации» и Указ Президента Российской Федерации от 5 мая 2014 г. № 300 «О некоторых вопросах Министерства внутренних дел Российской Федерации».

²³ Об установлении штатной численности Вооруженных сил Российской Федерации : указ Президента РФ от 17 ноября 2017 г. № 555.

(широкий) круг лиц следует рассматривать как характеристику, указывающую на то, что правовой акт неперсонифицирован, рассчитан не на конкретное лицо или конкретный случай, а носит универсальный (типовой) характер.

Нормативный правовой акт, являясь предписанием общего значения, распространяет свое действие не на конкретные отношения, а на совокупность однотипных общественных отношений (на определенный вид). Это обуславливает наличие у нормативных правовых актов характеристик, указывающих на то, что правовой акт рассчитан на многократное или неоднократное применение и на неопределенный срок действия.

Согласно выраженной позиции Конституционного Суда РФ такие признаки, как *неоднократность и неопределенный круг лиц*, могут проявляться косвенно. Например, разъяснения, адресованные подведомственным организациям (структурным подразделениям или территориальным органам), хотя напрямую и не касаются граждан, но так или иначе подведомственные организации будут применять их к гражданам.

По словам статс-секретаря, заместителя Министра юстиции РФ Ю. С. Любимова, в настоящее время очень много актов, которые маскируются под рекомендательные, а на самом деле являются нормативными²⁴. Поэтому в Министерстве юстиции рассматривают в качестве рекомендательных акты, только если в каждом пункте которых написано: «рекомендуется». Если же слово «рекомендуется» есть только в первой статье, а дальше идут нормативные правила, практика воспринимает их как обязательные. Для того чтобы снизить число ошибочных толкований норм права федеральными органами исполнительной власти, по мнению замминистра юстиции, следует ввести коллегиальное принятие таких решений или повысить уровень должностных лиц, которые могут давать разъяснения.

По словам статс-секретаря, заместителя министра МВД России, «в системе МВД России вообще запрещено давать разъяснения, так как все вопросы, касающиеся прав граждан, должны регламентироваться нормативными актами, прошедшими регистрацию в Министерстве юстиции РФ»²⁵. Необходимо реализовать четкий принцип, что общественные отношения, касающиеся прав граждан, должны быть урегулированы нормативными правовыми актами, которые представляют собой четко выверенные документы, прошедшие необходимые процедуры разработки, согласования, экспертизы и обнародования.

Таким образом, общий анализ сложившейся правотворческой деятельности и судебной практики свидетельствует о том, что проблема определения нормативного правового акта приобретает новые направления развития. В целях обеспечения единообразной судебной практи-

²⁴ Юристы подвели первые итоги оспаривания разъяснений органов исполнительной власти // Экономика и жизнь. 2016. 10 июня. URL: <https://www.eg-online.ru/article/316910/> ; <https://www.eg-online.ru/article/316910/>

²⁵ Там же.

ки Верховным Судом даны признаки нормативного правового акта. При этом делается существенная оговорка, что признание того или иного акта нормативным правовым зависит от анализа его содержания, который осуществляется соответствующим судом. Федеральные органы исполнительной власти вырабатывают собственные подходы к понятию и соотношению нормативных, ненормативных и актов нормативного характера.

Формируемые государственными органами признаки нормативных правовых актов, их существенные характеристики постепенно будут отшлифовываться и совершенствоваться. Со временем сформулированные подходы получают дальнейшее развитие и конкретизацию и будут способствовать закреплению в законодательстве полноценного понятия нормативного правового акта.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Уманская В. П., доктор юридических наук, профессор департамента дисциплин публичного права

E-mail: vumanskaya@hse.ru

National Research University «Higher School of Economics»

Umanskaya V. P., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Public Law Disciplines Department

E-mail: vumanskaya@hse.ru

ПРОБЛЕМЫ КЛАССИФИКАЦИИ ПРАВООТНОШЕНИЙ В АДМИНИСТРАТИВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

М. С. Павлова

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: Кодекс административного судопроизводства РФ был принят более четырех лет назад. Вступив в действие 15 сентября 2015 г., новый процессуальный кодекс не только привнес в законодательство новеллы при разрешении и рассмотрении административных дел, но и поставил перед наукой и судебной практикой ряд новых, нередко коллизионных вопросов, требующих разрешения. Взяв за основу разработанные в теории права классификации правоотношений и проанализировав нормы законодательства об административном судопроизводстве, автор рассматривает проблему деления административных процессуальных правоотношений на следующие виды: регулятивные и охранительные, абсолютные и относительные, моментальные и длительные, простые и сложные, общие и конкретные, вертикальные и горизонтальные. В результате проведенного исследования сделан вывод о том, что в силу специфики административных процессуальных правоотношений, в том числе субъектного состава (отношения неравенства при обязательном участии суда), в сфере административного судопроизводства возникают только определенные типы правоотношений. Так, достаточно сложно индивидуализировать абсолютные правоотношения, а горизонтальные правоотношения отсутствуют вовсе, что обусловлено участием суда в качестве обязательного субъекта данных правоотношений. В заключение автором подчеркивается, что изучение административных процессуальных правоотношений через призму их классификации позволяет более четко определить их специфику и признаки, что создает предпосылки для совершенствования процедуры разрешения и разрешения административных дел.

Ключевые слова: административные процессуальные правоотношения, административное судопроизводство, классификация правоотношений, Кодекс административного судопроизводства РФ.

Abstract: the Procedural administrative code RF was adopted more than four years ago. Coming into force 15th of September, 2015, the new Procedural code not only settled new rules for resolving administrative cases but also lead to new problems in legislation and judicial practice. The author analyzes Russian legislation about administrative legal proceeding, classification of legal relations in law theory, and then considers the problem of division judicial administrative legal relations to the following types: regulatory and protective, absolute and relative, momentary and lasting, simple and complicated, general and concrete, vertical and horizontal. Finally the author makes conclusion that in the sphere of administrative legal proceeding only certain types of judicial administrative procedural legal relations are possible that is caused by peculiarities of these legal relations and its participants (relations of power and subordination, court is required participant), For example, it's rather difficult to identify procedural

absolute, meanwhile there're no horizontal relations at all. In conclusion the author emphasizes, that study of judicial administrative procedural legal relations using their classification lets define their specific traits more precisely, that predetermines vector of development and improvement the procedure of consideration of administrative case.

Key words: *judicial administrative procedural legal relations, administrative legal proceeding, classification of legal relations, The Procedural administrative code RF.*

В юридической науке проблема классификации правоотношений неоднократно становилась объектом научных исследований¹. В свете проводимой масштабной судебной реформы как в судоустройственной, так и в процессуальных областях в законодательстве получают закрепление новые процессуальные отношения, обладающие определенной спецификой. В частности, в последние годы в науке не утихают споры о правовой природе административных споров и особенностях правоотношений, возникающих в суде между гражданами, организациями и органами власти в случае нарушения последними прав, свобод и законных интересов частных лиц при реализации властных полномочий в публично-правовой сфере. Предлагаем указанные отношения именовать судебно-административными: данный термин указывает, с одной стороны, на судебный порядок разрешения спора, а с другой – на участие в данных правоотношениях властного субъекта. Однако вопрос о классификации, основаниях деления их на виды в науке пока подробно не исследован. Между тем классификация, выступая одним из методов познания, имеет важное теоретическое и практическое значение. Так, в юридических науках она позволяет выделить закономерности развития правовой системы и направлена на систематизацию норм права по различным критериям, способствуя выработке унифицированных подходов к регулированию тех правоотношений, которые обладают определенной спецификой и объединены в субинституты, институты, подотрасли, отрасли и т. д. В связи с этим научный интерес представляет проблема классификации процессуальных отношений, регулируемых нормами законодательства об административном судопроизводстве. Отметим, что до вступления в силу Кодекса административного судопроизводства РФ от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (в ред. от 27.12.2017) (далее – КАС РФ) в научной литературе такие процессуальные отношения и нормы соответствующего законодательства преимущественно рассматривались в контексте их кодификации и унификации в рамках административного права и процесса². С подобным подходом трудно согласиться, поскольку судебно-административные правоотношения возникают только в связи с осуществлением

¹ См.: *Алексеев С.С.* Общая теория права. М., 1982. Т. 2.

² См.: *Корнев А. П.* Проблемы кодификации административно-процессуальных норм // Административное право и процесс. 2018. № 2 ; *Масленников М. Я.* Российский административный процесс : триединство процессуальной нормы, содержания и формы // Там же. С. 6 ; *Старостин С. А.* Перспективы кодификации норм административно-процессуального права // Рос. следователь. 2015. № 1.

правосудия при разрешении спора в суде (при этом спор необязательно возникает в связи с реализацией норм административного права), а следовательно, носят исключительно процессуальный характер; они самостоятельны и обладают отличными от материальных правоотношений признаками.

В настоящей статье предложена классификация процессуальных отношений, возникающих между гражданами, организациями и органами власти в суде, на основе сложившегося в теории права деления правоотношений на различные виды (регулятивные и охранительные; абсолютные и относительные; активные и пассивные и др.): автором проведен анализ дифференциации данных отношений на виды с учетом их правовой природы и специфики с точки зрения подходов, традиционно применяемых для классификации правоотношений в отраслях материального права.

Предлагаем выделять следующие виды судебно-административных отношений, регулируемых нормами КАС РФ:

1. Критерий деления – различие социально-юридических функций, характер содержания правоотношений.

1.1. Регулятивные судебно-административные правоотношения – это правоотношения, возникающие вследствие правомерного поведения субъектов на основе норм права и им соответствующие. Для них характерно наделение участников административного судопроизводства определенными правами (право на иск, право на апелляционную, кассационную и надзорную жалобы, право на представление доказательств и др.).

В сфере судопроизводства по административным делам к регулятивным отношениям можно отнести все те процессуальные отношения, которые сопряжены с правомерным поведением участников административного судопроизводства и не противоречат предусмотренному КАС РФ порядку рассмотрения и разрешения дел. Например, соблюдение установленного в зале суда порядка, соблюдение предусмотренных КАС РФ сроков совершения процессуальных действий, составление административного искового заявления в соответствии с требованиями к его форме и содержанию и др.

По характеру обязанности регулятивные правоотношения делятся на отношения активного и пассивного типов.

Активные судебно-административные правоотношения – такие процессуальные правоотношения, в которых обязанность одной стороны состоит в совершении определенных положительных действий, а право другой стороны – в требовании исполнения соответствующей обязанности (дозволение – обязывание).

Примерами таких процессуальных правоотношений являются отношения между судом и всеми иными участниками процесса: суду принадлежит руководящая роль как арбитра и право требовать соблюдения установленной нормами административного судопроизводства процедуры рассмотрения и разрешения административных дел, а остальные участники обязаны соблюдать установленный КАС РФ процессуальный регламент. Примером могут служить правоотношения, связанные с упла-

той государственной пошлины при подаче административного искового заявления.

Пассивные судебно-административные правоотношения предполагают воздержание от действий, препятствующих реализации субъективного права и запрещенных юридическими нормами, что создает определенные предпосылки для совершения дозволенных положительных действий управомоченными субъектами (дозволение–запрет).

К таким отношениям относятся, например, отношения, связанные с соблюдением режима государственной тайны (запрет на рассмотрение дела в режиме открытого заседания).

1.2. Охранительные судебно-административные правоотношения – это правоотношения, возникающие вследствие неправомерного поведения участников административного судопроизводства при нарушении процессуальных прав.

Юридическим фактом, выступающим в качестве основания возникновения таких правоотношений, является причинение вреда и наступление неблагоприятных последствий; в их содержание входят меры государственно-принудительного воздействия (санкции). В теории отмечается, что их характерная особенность заключается в том, что воля лица не направлена на возникновение и реализацию правоотношения³. Полагаем, данное утверждение не в полной мере применимо к процессуальным отношениям и не раскрывает их правовую природу. Так, неявка ответчика в суд без уважительной причины, подача необоснованных ходатайств, подача жалобы без предусмотренных на то законом оснований обусловлены вполне конкретной целью – создать препятствия для разрешения дела по существу и затянуть процесс, а дача свидетелем заведомо ложных показаний – сообщить недостоверные сведения, скрыть от суда действительные и имеющие существенное значение обстоятельства дела. В результате истцу может быть отказано в удовлетворении его законных требований, например, вследствие отсутствия необходимых фактов, которые могли бы пояснить ответчик, свидетель и т. д. Примерами охранительных процессуальных отношений также являются целенаправленные действия по нарушению порядка в зале заседания, направленные на срыв процесса. Таким образом, подобные неправомерные действия совершаются участниками административного судопроизводства осознанно с целью не допустить разрешения дела по существу.

Полагаем, на основании изложенного охранительные правоотношения в сфере административного судопроизводства являются проявлением различных видов злоупотреблений процессуальными правами при их реализации лицами, участвующими в деле. В соответствии с ч. 6, 7 ст. 45 КАС РФ лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами; недобросовестное заявление неосновательного административного иска, противодействие, в том числе систематическое, лиц, участвующих в деле,

³ См.: *Халфина Р. О.* Общее учение о правоотношении. М., 1974. С. 224.

правильному и своевременному рассмотрению и разрешению административного дела, а также злоупотребление процессуальными правами в иных формах влечет за собой наступление для этих лиц последствий, предусмотренных кодексом. Например, в судебной практике такие действия, как подача частной жалобы на определение судьи о возвращении административного искового заявления по истечении более года со дня его принятия⁴, уменьшение истцом размера исковых требований в результате получения при рассмотрении дела доказательств явной необоснованности этого размера⁵, уклонение от получения судебных извещений квалифицируются в качестве злоупотребления процессуальными правами⁶. Подобные действия направлены на извлечение определенных преимуществ в ущерб другим участникам процесса, препятствуют осуществлению правосудия в целом и за их совершение к лицам могут быть применены меры процессуального принуждения⁷, стороне может быть отказано в признании судебных издержек необходимыми⁸.

В данной классификации выделяются также общерегулятивные отношения, которые возникают на основе норм конституционного права и не имеют поименной индивидуализации на стороне управомоченного субъекта. Их содержанием являются права, которые принадлежат всем субъектам независимо от пола, расы, национальности. Подчеркнем, что в таких правоотношениях определяются общие начала, тем самым они образуют основу для возникновения конкретных регулятивных правоотношений. Так, в сфере административного судопроизводства право на обращение в суд с административным иском реализуется в рамках общерегулятивных отношений на основе установленной в отношении каждого субъекта права конституционной гарантии судебной защиты прав и свобод⁹.

2. Степень определенности, индивидуализации (конкретизации) участников (структура связи субъектов).

⁴ Апелляционное определение Иркутского областного суда от 13 июля 2017 г. по делу № 33а-5961/17. Доступ из справ-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁵ О применении судами мер процессуального принуждения при рассмотрении административных дел : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13 июня 2017 г. № 21 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 4.

⁶ О некоторых вопросах, возникающих при рассмотрении дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 марта 2016 г. № 11 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 5.

⁷ Апелляционное определение Иркутского областного суда от 13 июля 2017 г. по делу № 33а-5961/17.

⁸ О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 января 2016 г. № 1 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2016. № 4.

⁹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Рос. газета. 1993. 25 дек. ; Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4398.

2.1. Абсолютные судебно-административные правоотношения – процессуальные правоотношения, в которых определено только одно лицо – носитель субъективного права. Остальные субъекты являются обязанными и не должны противоречить реализации управомоченным лицом его прав.

С нашей точки зрения, в сфере административного судопроизводства отсутствует в чистом виде данный тип правоотношений, поскольку и носитель субъективного права, и иные лица, обязанные воздержаться от противодействия осуществлению его прав, их правовой статус четко определены в КАС РФ: истец и суд, ответчик и суд, третьи лица и суд и т. д.

Полагаем, условно о теории абсолютных правоотношений в процессуальном праве уместно говорить в единственном случае – с момента вступления судебных решений в законную силу и приобретения ими свойства исполнимости: любое лицо, столкнувшееся с решением суда, обязано соблюдать содержащиеся в нем предписания обязательного характера и не вправе нарушать установленные им запреты (автор в данной статье не ставит своей целью дискутировать по проблемам самостоятельности и места исполнительного производства и принадлежности стадии исполнения к стадиям процесса). В частности, с этой точки зрения в качестве примера можно выделить решения о признании судами недействующими нормативные правовые акты и акты, содержащие разъяснения законодательства и обладающие нормативными свойствами, посредством которых запрет на применение соответствующего нормативного правового акта, признанного судом недействующим, распространяет свое действие на неопределенно широкий круг лиц.

2.2. Относительные судебно-административные правоотношения – процессуальные правоотношения, в которых определены обе стороны: управомоченная и обязанная.

Анализ норм административного судопроизводства и в целом существо процессуальных правоотношений позволяют сделать вывод о том, что процессуальные отношения всегда возникают между конкретными субъектами, о чем речь шла уже выше (суд и истец, суд и свидетель и т. д.), а следовательно, с точки зрения данного критерия все судебно-административные правоотношения являются относительными.

3. Продолжительность правоотношений.

3.1. Моментальные судебно-административные правоотношения (кратковременные).

Такие правоотношения носят разовый характер. Например, допрос свидетелей, подача ходатайства в судебном заседании и его немедленное рассмотрение, осмотр вещественного доказательства и др.

3.2. Длительные судебно-административные правоотношения (долговременные) носят долгосрочный характер и связаны с принципом непрерывности административного судопроизводства, который в отличие от гражданского и арбитражного процессов в КАС РФ был сохранен, хотя прямо и не поименован в качестве такового (согласно ч. 7 ст. 153 КАС РФ рассмотрение дела после его отложения начинается сначала; п. 7 по-

становления Пленума Верховного Суда РФ от 27 сентября 2016 г. № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» предусмотрено, что в период объявленного перерыва суд вправе рассматривать иные административные дела¹⁰). В целом речь идет о самом рассмотрении административного дела, которое может продолжаться от одного/нескольких дней до нескольких лет.

4. Количество участников правоотношений.

4.1. Простые судебно-административные правоотношения – такие процессуальные правоотношения, которые возникают между двумя участниками.

4.2. Сложные судебно-административные правоотношения – процессуальные правоотношения, складывающиеся между более чем двумя участниками.

Любое сложное правоотношение может быть представлено как совокупность простых правоотношений. Исходя из этого в данной классификации находит свое выражение концепция единого комплексного процессуального правоотношения, которое возникает между судом и всеми иными субъектами административного судопроизводства, состоящего из множества единичных процессуальных отношений, связанных с осуществлением отдельных процессуальных действий (складываются между судом и конкретным участником). Интересно отметить, что классификация по признаку количества субъектов отражена не только в процессуальном законодательстве, но и практике его применения. Так, в силу действия принципов равноправия, состязательности и диспозитивности участники административного судопроизводства обладают как определенными правами требования, так и корреспондирующими обязанностями по отношению друг к другу. С момента вступления в силу определения суда о принятии административного искового заявления к производству в суде первой инстанции у административного истца и ответчика возникает право на совершение всех предусмотренных КАС РФ процессуальных действий: представление доказательств, обращение к суду с ходатайствами, заявление возражений относительно предъявленных требований, направление проекта соглашения о примирении и др. При этом стороны обязаны выполнять все указания суда и не чинить препятствий своевременной подготовке административного дела к судебному разбирательству. В частности, на административного ответчика законом возложена обязанность представлять в установленный судом срок необходимые документы. Таким образом, простые процессуальные правоотношения в рамках единого сложного взаимосвязаны друг с другом, образуют последовательную систему совершения процессуальных действий, придавая административной процессуальной форме признаки системности и непрерываемости. Более того, понимание судебно-административного правоотношения как простого или единого сложного, многосубъектного

¹⁰ См.: Халфина Р. О. Указ. соч. С. 224.

по составу и объединяющего несколько простых, имеет практическое значение также при квалификации административных споров, основанных на соучастии (ст. 41 КАС РФ) и подаче коллективных административных исковых заявлений группой лиц (ст. 42 КАС РФ), чьи требования могут в некоторых случаях возникать, в том числе из единого, связывающего всех участников группы и ответчика правоотношения. Анализ проблемы единого правоотношения в контексте группового производства не является предметом настоящего исследования, однако законодатель в КАС РФ ограничился указанием только на однородность предмета спора и наличие общего административного ответчика.

5. Сфера применения процессуальных норм.

5.1. Общие судебно-административные правоотношения.

5.2. Конкретные судебно-административные правоотношения (деление правоотношений на общие и конкретные поддержано не всеми учеными).

В общей теории права под общими правоотношениями понимаются правовые связи, основанные на общих правах и обязанностях, субъекты которых не имеют поименной индивидуализации. Такие отношения направлены на закрепление существующих порядков и на их основе впоследствии складываются конкретные правоотношения¹¹.

Полагаем, применительно к сфере административного судопроизводства вопрос о делении правоотношений на общие и конкретные уместно рассматривать с точки зрения структуры КАС РФ и выделения Общей и Особенной частей. Так, специфика правового регулирования порядка совершения процессуальных действий по конкретному административному делу отражена в специальных правилах, посвященных конкретным категориям административных дел (о признании нормативного правового акта недействующим, о защите избирательных прав и др.). Это временные правоотношения, которые всегда связаны с реализацией норм КАС РФ конкретными участниками. Общие судебно-административные правоотношения регламентированы нормами о принципах административного судопроизводства, подсудности, общих правилах судопроизводства в суде первой инстанции и др. нормами, закрепленными в общих положениях КАС РФ.

6. Юридический характер взаимодействия участников.

6.1. Вертикальные судебно-административные правоотношения – правоотношения, возникающие между равноправными субъектами, которые не находятся в подчиненном отношении.

6.2. Горизонтальные судебно-административные правоотношения – правоотношения субординационного характера, возникающие между государством и индивидом и основанные на власти и подчинении.

Правоотношения, возникающие при осуществлении правосудия по административным делам, как и иные виды процессуальных отношений, являются исключительно вертикальными, поскольку в силу обязатель-

¹¹ См.: Алексеев С. С. Указ. соч.

ного участия в них властного субъекта – органа государственной власти в лице суда – предполагают подчинение каждого участника властным велениям судьи, а принимаемые судами решения носят обязательный характер и обладают силой государственного принуждения. Судебно-административные правоотношения не могут возникнуть без участия суда, являются отношениями власти и подчинения, а следовательно, судебно-административные правоотношения горизонтального типа в административном судопроизводстве отсутствуют.

В заключение отметим, что с точки зрения правового регулирования некоторые судебно-административные правоотношения не могут рассматриваться в едином значении и иногда носят смешанный характер. Например, дискуссионным является вопрос о правовой природе обязанности явиться на судебное заседание. С одной стороны, это есть регулятивное отношение активного типа, а с другой – при систематическом намеренном уклонении ответчика от явки в судебное заседание – его можно квалифицировать скорее как охранительное, тяготеющее к злоупотреблению процессуальным правом.

Таким образом, проведенный анализ классификации судебно-административных правоотношений показывает, что данные правоотношения не всегда укладываются в рамки разработанной теорией права деления правоотношений на виды. В этом, на наш взгляд, проявляется их специфика, обусловленная, прежде всего, правовой природой административного судопроизводства. В целом классификация судебно-административных правоотношений предопределяет более четкое определение признаков каждого обозначенного вида данных отношений, индивидуализирует и идентифицирует их специфику, что, в частности, позволит объединить единые по своей правовой природе административные дела в соответствующие категории и определить процессуальные особенности их рассмотрения и разрешения, способствуя при этом целям оптимизации правосудия и совершенствования процессуального регламента.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

Павлова М. С., кандидат юридических наук, доцент кафедры судебной власти, департамента дисциплин публичного права

E-mail: margo.pavlova.1977@bk.ru

National Research University «Higher School of Economics»

Pavlova M. S., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, of the Judicial Power Public Law Disciplines Department
E-mail: mspavlova@hse.ru

**ИНСТИТУТ ТАМОЖЕННОЙ ПРОВЕРКИ:
ВЕКТОР АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕДУРНОЙ МОДЕРНИЗАЦИИ**

С. А. Агамагомедова

Пензенский государственный университет

Поступила в редакцию 9 января 2019 г.

Аннотация: *на примере таможенной проверки как приоритетной в современных условиях формы таможенного контроля рассматриваются направления трансформации таможенного контроля. По мнению автора, они имеют административно-процедурный характер и направлены на процедурное обеспечение таможенного контроля в целях защиты прав и законных интересов проверяемых лиц. Выделены проблемы административно-правового регулирования таможенного контроля, связанные с определением соотношения законодательного и ведомственного регулирования процедур таможенного контроля и применением системы управления рисками при реализации таможенного контроля. Сделан вывод о приоритете регулирующего, позитивного воздействия таможенного контроля на соответствующую сферу государственного управления в современных условиях.*

Ключевые слова: *таможенная проверка, административная процедура, таможенный контроль, таможенные органы, система управления рисками, государственный контроль и надзор.*

Abstract: *on the example of customs inspection as a priority in modern conditions of the form of customs control, the directions of transformation of customs control are considered. According to the author, they are of an administrative and procedural nature and are aimed at procedural support of customs control in order to protect the rights and legitimate interests of the persons being inspected. The problems of administrative and legal regulation of customs control are highlighted, connected with the determination of the correlation of legislative and departmental regulation of customs control procedures and the use of a risk management system in the implementation of customs control. The conclusion is made about the priority of the regulatory, positive impact of customs control on the relevant sphere of public administration in modern conditions.*

Key words: *customs inspection, administrative procedure, customs control, customs authorities, risk management system, state control and supervision.*

Современная система государственного управления нуждается в административно-процедурном обеспечении. Этот факт неоднократно констатируют ведущие ученые в области административного права, настаивая на приоритете административно-процедурной формы управленческой деятельности в современных условиях как наиболее приемлемой и оптимальной. Недостаток внимания к административно-процедурным отношениям в сфере государственного управления наглядно демонстрирует удручающее (характером своей устойчивости и распространенности)

неуважение конституционно-правовых ценностей, указывающих на необходимость исполнения государством обязанности по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина¹. При этом административно-процедурные рамки государственного контроля и надзора как функции государственного управления приобретают особое значение в рамках осуществляемой в стране реформы контрольно-надзорной деятельности.

Таможенная проверка представляет собой одну из наиболее распространенных и универсальных форм таможенного контроля на протяжении последнего десятилетия. На примере института таможенной проверки можно проследить определенную трансформацию контрольно-надзорной деятельности таможенных органов как органов исполнительной власти. Вектор данной трансформации обусловлен целым рядом факторов: проводимой административной реформой, интеграционными процессами на территории постсоветского пространства и формированием нового уровня таможенного законодательства (интеграционного), влиянием международных стандартов в области таможенного регулирования на российское, а позже и интеграционное законодательство.

В формировании и развитии института таможенной проверки можно выделить несколько этапов: появление понятия таможенной проверки в таможенном законодательстве Таможенного союза как отражение понятийной унификации (от таможенной ревизии к таможенной проверке); установление сроков проведения таможенного контроля после выпуска товаров как отражение процедурной унификации в контексте всей системы контрольно-надзорной деятельности органов исполнительной власти (увеличение данного срока с одного года до трех лет).

Использование понятия проверки в Таможенном кодексе Евразийского экономического союза (ТК ЕАЭС) усложнилось, рассматриваемое понятие применяется в нем в нескольких самостоятельных значениях: таможенная проверка как самостоятельная форма контроля; проверка как конкретное действие; проверка как категория для разграничения и противопоставления понятий «проверка» и «обеспечение» в отношении к соблюдению законодательства в легальном определении таможенного контроля².

Анализ эволюции института таможенной проверки в ТК ЕАЭС позволяет говорить об определенном уровне административно-процедурной регламентации и систематизации исследуемого института. Данные процессы получили развитие в обновленном национальном таможенном законодательстве РФ. Дадим характеристику новациям Федерального закона от 3 августа 2018 г. № 289-ФЗ «О таможенном регулировании в

¹ См.: *Старилов Ю. Н.* От многолетней дискуссии к принятию Федерального закона «Об административных процедурах» // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2017. № 4. С. 9.

² См.: *Агамагомедова С. А.* Таможенная проверка в Таможенном кодексе Евразийского экономического союза : административно-правовая характеристика // Вестник Нижегород. ун-та имени Н. И. Лобачевского. 2018. № 3. С. 75–82.

Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»³ (далее – Закон № 289-ФЗ).

Вступление в силу Закона № 289-ФЗ связано с рядом изменений в области регламентации таможенного контроля, которые в целом имеют административно-процедурный характер и детализируют, конкретизируют положения интеграционного законодательства ЕАЭС. Данные процессы являются подтверждением практической реализации позиции законодателя в области правовой регламентации таможенного контроля, впервые выраженной в ТК ЕАЭС. Речь идет о дифференциации уровней (национального и интеграционного) правовой регламентации таможенного контроля в условиях евразийской экономической интеграции. Современному административно-правовому регулированию таможенного контроля присуще четкое разграничение уровней интеграционной (административные процедуры таможенного контроля) и национальной (административные процедуры, не урегулированные на уровне ЕАЭС, и технологии (инструкции) проведения таможенного контроля) регламентации (п. 3 ст. 310 ТК ЕАЭС).

Совершенствование административных процедур таможенного контроля в настоящее время, в большей степени, происходит на уровне национального законодательства государств – членов ЕАЭС. Административно-процедурные новации Закона № 289-ФЗ в области таможенного контроля являются тому подтверждением и отражают процессы модернизации контрольно-надзорной деятельности таможенных органов в условиях реформы государственного контроля и надзора в стране. Последняя во многом определяет вектор подобной модернизации в контексте планомерного реформирования института таможенного контроля под воздействием в том числе позиции деловых кругов и мнения отечественного бизнеса в сфере внешней торговли.

К наиболее значимым новеллам Закона № 289-ФЗ в области регламентации таможенного контроля следует отнести, на наш взгляд, изменения в административной процедуре таможенной проверки. Последняя выступает в современных условиях своеобразным отражением, «зеркалом» таможенного контроля в целом. В условиях поэтапного смещения акцентов контрольно-надзорного воздействия со стороны таможенных органов с этапа таможенного декларирования (до выпуска товаров) на период после выпуска (последующий контроль или постконтроль), основной формой которого является таможенная проверка, изменения в ее процедурном обеспечении характеризуют вектор трансформации института таможенного контроля в целом.

Во-первых, на национальном уровне регламентировано уведомление проверяемого лица о проведении камеральной таможенной проверки. Положения ст. 228 Закона № 289-ФЗ конкретизируют порядок, установленный ст. 332 ТК ЕАЭС. Законодатель устанавливает необходимость информирования проверяемого лица о проведении камеральной тамо-

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 32 (ч. 1). Ст. 5082.

женной проверки. Данное информирование осуществляется посредством направления уведомления в день начала такой проверки заказным почтовым отправлением с уведомлением о вручении либо в электронной форме (п. 3 ст. 228 Закона № 289-ФЗ).

С учетом того что камеральная таможенная проверка проводится без оформления решения (предписания) таможенного органа о ее проведении (п. 2 ст. 332 ТК ЕАЭС), положение об обязанности уведомления проверяемого лица о проведении в отношении его проверочных мероприятий, закрепленное на национальном уровне, имеет важное значение для защиты прав и законных интересов подконтрольных лиц.

Во-вторых, впервые законодателем определен срок проведения камеральной таможенной проверки – 90 календарных дней со дня направления проверяемому лицу уведомления о проведении камеральной таможенной проверки (п. 5 ст. 228 Закона № 289-ФЗ). Вместе с тем предусмотрено исключение из этого срока периода между датой направления (вручения) проверяемому лицу требования о представлении документов и (или) сведений и датой получения таких документов и (или) сведений. Кроме того, предусмотрена возможность продления срока проведения камеральной таможенной проверки однократно на 120 календарных дней. Это возможно в следующих случаях:

- необходимости проведения таможенной экспертизы;
- требования от лиц, связанных с проверяемым лицом по сделкам с товарами, в отношении которых проводится таможенная проверка, представления копий документов и иной информации по операциям и расчетам, проводимым с проверяемым лицом или с третьими лицами, имеющими отношение к сделкам с такими товарами;
- направления запроса таможенными органами документов и (или) сведений у государственных органов, органов местного самоуправления либо подведомственных государственным органам или органам местного самоуправления организаций;
- направления таможенными органами запроса документов и (или) сведений, необходимых для проведения таможенного контроля после выпуска товаров, в банки и иные кредитные организации;
- направления запроса таможенными органами документов и (или) сведений, необходимых для проведения таможенного контроля, у Торгово-промышленной палаты РФ, органов по сертификации и иных уполномоченных организаций;
- направления запроса в компетентный орган другого государства – члена ЕАЭС или иного государства;
- направления поручения о проведении таможенного контроля в таможенные органы других государств – членов ЕАЭС.

При этом проверяемое лицо уведомляется таможенным органом о сроке и основаниях продления проведения камеральной таможенной проверки (п. 8 ст. 228 Закона № 289-ФЗ).

В-третьих, закон устанавливает ряд относительно новых прав проверяемого лица, реализация которых может быть осуществлена после

завершения проведения таможенной проверки. Эти права выступают существенным дополнением правового статуса проверяемого лица, закрепленного в ст. 336 ТК ЕАЭС. Помимо традиционного и универсального по своей природе права на обжалование решений и действий (бездействия) таможенных органов при проведении таможенной проверки проверяемые лица имеют право после получения акта таможенной проверки знакомиться с материалами таможенной проверки при условии, что они не содержат сведений, составляющих государственную и иную охраняемую законом тайну (п. 2 ст. 235 Закона № 289-ФЗ). Другим новым правом подконтрольного лица является право представить в таможенный орган возражения по акту таможенной проверки. Процедура направления проверяемым лицом и рассмотрения таможенным органом возражений по акту таможенной проверки регламентируется п. 16–27 ст. 237 Закона № 289-ФЗ.

В целях подтверждения обоснованности доводов, изложенных в поступивших в таможенный орган возражениях по акту таможенной проверки, может быть назначена внеплановая выездная таможенная проверка. Данное основание для назначения внеплановых выездных таможенных проверок предусмотрено подп. 2 п. 7 ст. 229 Закона № 289-ФЗ.

Следует обратить внимание на то, что если таможенная проверка была назначена в целях подтверждения обоснованности доводов, изложенных в возражениях по акту таможенной проверки, то права представить по окончании такой таможенной проверки возражения законодательством не предусмотрено.

В-четвертых, Закон № 289-ФЗ продолжает процедурную дифференциацию таможенного контроля в зависимости от категории проверяемых лиц, а именно: содержит положения, касающиеся информирования о результатах проведения таможенного контроля после выпуска товаров в отношении таможенного представителя. Речь идет о таких формах таможенного контроля, как проверка таможенных, иных документов и (или) сведений (п. 7 ст. 226 Закона № 289-ФЗ) и таможенная проверка (п. 10–15 ст. 237 Закона № 289-ФЗ). В установленных законодателем случаях таможенному представителю направляются копия решения в области таможенного дела (в письменном или электронном виде), принятого по результатам проверки таможенных, иных документов и (или) сведений, а также выписки из акта таможенной проверки. Содержание последнего детально регламентируется в законе. Выписка из акта таможенной проверки должна содержать регистрационный номер акта таможенной проверки; реквизиты проверенных таможенных деклараций, а также выводы по результатам проведения таможенной проверки. Кроме того, законодатель закрепляет процедурные сроки и порядок ознакомления таможенного представителя с данной выпиской.

Таким образом, анализ новаций российского таможенного законодательства в области регламентации таможенной проверки и иных форм таможенного контроля позволяет говорить об административно-процедурном обеспечении таможенного контроля, о систематизации и опти-

мизации административных процедур таможенного контроля в целом и отдельных его направлений в частности. Эти процессы являются, на наш взгляд, естественным продолжением развития позитивной, регулирующей составляющей таможенного контроля как базовой функции таможенных органов. При этом вектор административно-процедурной модернизации института таможенной проверки как основной формы таможенного контроля после выпуска товаров обусловлен факторами как внутреннего, так и внешнего порядка. В качестве первых выступают тенденции и закономерности реформы контрольно-надзорной деятельности в стране, полноправной участницей которой является и Федеральная таможенная служба. Кроме того, нельзя не отметить влияние информационно-коммуникационных технологий на процедуры таможенной проверки: в большинстве случаев бумажные формы процедурных документов могут быть заменены электронными, а традиционные средства уведомления, информирования лиц – электронными средствами связи. В качестве фактора внешнего характера проявляется, на наш взгляд, влияние международных стандартов в области таможенного регулирования на таможенное законодательство ЕАЭС.

Обзор правовой регламентации административных процедур таможенного контроля в условиях евразийской экономической интеграции позволяет выделить ряд проблем в рассматриваемой области. Первая связана с соотношением различных уровней правового регулирования контрольной деятельности таможенных органов, прежде всего законодательного и ведомственного регулирования. Отсутствие системного подхода к регламентации всего разнообразия процедур таможенного контроля приводит к ситуации, когда одни процедурные формы документов в рамках проведения таможенного контроля устанавливаются на уровне ЕАЭС (форма акта таможенного осмотра помещений и территорий⁴), другие – на ведомственном уровне (форма предписания на проведение таможенного осмотра помещений и территорий⁵). В связи с этим следует поддержать позицию Ю. А. Тихомирова, который справедливо говорит о правильном соотношении закона и подзаконного акта, призванного обе-

⁴ О формах таможенных документов (вместе с «Порядком заполнения формы предварительного решения по классификации товара в соответствии с единой товарной номенклатурой внешнеэкономической деятельности таможенного союза», «Порядком выдачи и использования свидетельства о допущении транспортного средства международной перевозки для перевозки товаров под таможенными пломбами и печатями», «Порядком выдачи и использования свидетельства о допущении транспортного средства международной перевозки для перевозки товаров под таможенными пломбами и печатями»: решение Комиссии Таможенного союза от 20 мая 2010 г. № 260 (в ред. от 17.04.2018) // Официальный сайт Комиссии Таможенного союза. URL: <http://www.tsouz.ru/> (дата обращения: 02.06.2010).

⁵ Об утверждении формы предписания на проведение таможенного осмотра помещений и территорий: приказ ФТС РФ от 31 января 2011 г. № 169 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2011. № 17.

спечивать прежде всего реализацию законодательных норм как признака административно-правового регулирования⁶.

При этом формула подобного соотношения должна выдерживаться применительно ко всем процедурам контроля. Однако на деле как сами административные процедуры, так и отдельные их элементы, документальные формы регламентируются на разных уровнях, посредством законодательных и подзаконных актов. Следует признать, что ведомственное процессуальное нормотворчество никоим образом не заменяет полноценное кодифицированное процессуальное законодательство. В то же время нельзя не согласиться с позицией ведущих ученых о том, что нередко иного выхода просто нет, ибо специфика государственного управления, органов исполнительной власти такова, что здесь принимать и исполнять те или иные решения необходимо оперативно и быстро, а часто даже немедленно⁷.

Вторая проблема правового регулирования таможенного контроля видится нами в отсутствии системности в использовании системы управления рисками при реализации таможенного контроля после выпуска товаров.

На интеграционном и национальном уровнях таможенного законодательства установлено, что при выборе объектов таможенного контроля, форм таможенного контроля и (или) мер, обеспечивающих проведение таможенного контроля, используется система управления рисками. Таким образом, базовый принцип современного таможенного контроля – выборочность – выражается в трех направлениях: объекта, формы таможенного контроля и меры, обеспечивающей его проведение.

В то же время использование системы управления рисками при проведении таможенной проверки является наиболее болезненным аспектом применения риск-ориентированного подхода в контрольно-надзорной деятельности таможенных органов РФ.

В Законе № 289-ФЗ содержится положение о том, что в целях проведения таможенного контроля после выпуска товаров, основной формой которого является таможенная проверка, таможенные органы могут осуществлять выбор объектов таможенного контроля без разработки и утверждения профилей рисков (п. 8 ст. 214). Подобная «выборочность» в использовании системы управления рисками также свидетельствует об отсутствии системности, унифицированных подходов в реализации таможенного контроля. Согласно положениям Киотской конвенции современный таможенный контроль базируется на системе управления рисками. Внедрение последней в процедурную «ткань» таможенного контроля должно быть единым, не фрагментарным. В противном случае возникают основания говорить об административном усмотрении тамо-

⁶ См.: Тихомиров Ю. А. Модернизация административного права : от «наказательности» к «регулирующему обеспечению» // Административное право и процесс. 2015. № 4. С. 5–11.

⁷ См.: Попов Л. Л. Ключевые проблемы административного процесса // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2016. № 4 (27). С. 177.

женных органов вне системы управления рисками. Административное усмотрение как естественный признак правоприменительной, в том числе и контрольно-надзорной деятельности, выражается в различных формах, одной из которых является выбор одного из вариантов действий из перечня, закрепленных и предлагаемых законодателем. Критерием данного выбора при реализации таможенного контроля должна выступать система управления рисками. При непоследовательном, фрагментарном использовании данной системы при реализации таможенного контроля теряется законное основание выборочности, размываются легальные границы административной дискреции при осуществлении контроля.

Таким образом, анализ действующего таможенного законодательства, регламентирующего проведение таможенного контроля, позволяет констатировать развитие института таможенной проверки, выступающей в современных условиях наиболее универсальной и распространенной формой таможенного контроля.

Трансформация института таможенной проверки носит административно-процедурный характер и направлена на процедурное обеспечение таможенного контроля в целом и отдельных его форм и направлений в частности. Вектор административно-процедурной модернизации рассматриваемого института связан с совершенствованием правового статуса проверяемых лиц, с более четкой и системной регламентацией их прав при совершении контрольных мероприятий в целях защиты их интересов. В то же время административно-правовой регламентации таможенного контроля присущи проблемы, связанные с соотношением различных уровней регламентации контрольной деятельности и с применением системы управления рисками при реализации таможенного контроля после выпуска товаров.

В то же время, несмотря на выделенные проблемы, следует констатировать доминирование регулирующего воздействия таможенного контроля как свидетельство усиления позитивной роли административно-правовых регуляторов в отраслях публичного и частного права⁸. В условиях реформирования государственного контроля и надзора данная роль призвана быть ведущей в современной системе государственного управления.

⁸ См.: Тихомиров Ю. А. Указ. соч. С. 5–11.

Пензенский государственный университет

*Агамагомедова С. А., кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин
E-mail: saniyat_aga@mail.ru*

Penza State University

*Agamagomedova S. A., Candidate of Social Sciences, Associate Professor of the State and Legal Disciplines Department
E-mail: saniyat_aga@mail.ru*

ПРОБЛЕМЫ И ПУТИ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ
МЕХАНИЗМА КОНТРОЛЯ КАЧЕСТВА
ПРЕДОСТАВЛЕНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ УСЛУГ

Н. Л. Зуева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 22 апреля 2019 г.

Аннотация: рассматриваются практические и теоретические вопросы функционирования механизма контроля качества предоставления государственных услуг и пути его совершенствования.

Ключевые слова: административные регламенты, государственные и муниципальные органы власти, независимая экспертиза, услуги в электронном виде, доступность государственных услуг, структура административного регламента, государственные услуги и государственные функции, удовлетворенность населения качеством услуг, оценка качества, мониторинг, общественный контроль.

Abstract: the article deals with the practical and theoretical issues of functioning of the quality control mechanism in public services provided and the ways of its improvements.

Key words: administrative regulation, state and municipal authorities, independent assessment, services in electronic format, access to public services, structure of administrative regulation, public services and functions, public satisfaction of service quality, monitoring, social control.

Совсем недавно в нашей стране стартовала очередная административная реформа¹, особенностью которой является уклон в сторону упорядочения отношений между органами государственной и муниципальной власти, оказывающими государственные услуги (функции) и их получателями, а также формирование основных принципов развития взаимодействия государства и общества, которые направлены на повышение качества и доступности предоставления государственных услуг, упрощение процедур и сокращение сроков их оказания, снижение административных издержек со стороны граждан и организаций, связанных с получением государственных услуг. В результате проводимой реформы появился новый и весьма активно развивающийся институт административных регламентов². Это отмечают и другие ученые, которые подчеркивают, что правовые регламенты закрепляют нормативное выражение

¹ Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 гг. : распоряжение Правительства РФ от 25 октября 2005 г. № 1789-р (в ред. от 10.03.2009) // Ведомости Федер. Собрания РФ. 2005. № 46. Ст. 4720.

² См.: Давыдов К. В. Административные регламенты федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации : вопросы теории. М., 2010. С. 13 ; Вершинина Е. С. Регламент как общеправовой феномен : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2010. С. 2.

системных преобразований, интенсивной модернизации, а также своеобразное отражение переходного состояния демократизирующего гражданского общества. Уже сейчас на федеральном уровне утверждено более 550 административных регламентов; на региональном – более 17 000, а на местном уровне перевалило за 94 000³. В соответствии с подп. «г» п. 12 Правил разработки и утверждения административных регламентов предоставления государственных услуг⁴ в любом регламенте обязательно должен присутствовать раздел, касающийся контроля предоставления государственной услуги. По мнению ученых, сведения о контроле в административных регламентах даются весьма размыто, нет конкретных должностей, нет информации о том, в каких именно случаях будут осуществляться проверки⁵. Относительно их периодичности указано только, что «проведение плановых проверок осуществляется не реже одного раза в три года», не прописаны формы контроля, а также конкретная ответственность за нарушения. Хотя еще в 2008 г. Д. А. Медведев отметил: «Все административные процедуры должны быть закреплены в регламентах работы органов государственной власти и стать максимально удобными для людей... И сделать это надо не ради того, чтобы наплодить очередные бюрократические бумажки, а для того, чтобы граждане знали обязанности конкретного чиновника, имели реальную возможность обжаловать незаконные действия или бездействие»⁶. Официально, без расшифровки, термин «качество предоставления государственных услуг» указывается в Указе Президента РФ от 7 мая 2012 г. № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления»⁷. Данный нормативный акт содержит вектор направления деятельности государственных и муниципальных органов, выраженный в количественных показателях, а именно: 90 % граждан должны быть удовлетворены качеством предоставления государственных услуг. Как инструмент контроля в указе была названа несвойственная для нашего законодательства форма – оценка гражданами, в том числе с использованием информационно-телекоммуникационных сетей и информационных технологий, эффективности деятельности руководителей, с возможностью использования результата этой оценки в качестве основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответству-

³ Портал административной реформы. URL: http://ar.gov.ru/ru/gos_uslugi_03_rekom_okazaniya_gos_uslug/index.html

⁴ О разработке и утверждении административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг : постановление Правительства РФ от 16 мая 2011 г. № 373 (в ред. от 25.10.2017) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 22. Ст. 3169.

⁵ См.: *Фионова Л. Р., Крокошева Н. В.* Проблемы разработки административных регламентов и пути их решения // Делопроизводство. 2017. № 3. С. 46–54.

⁶ Точки над «и». Дмитрий Медведев назвал четыре приоритета ближайшего четырехлетия: институты, инфраструктура, инновации, инвестиции // Рос. газета. 2008. 16 февр.

⁷ Рос. газета. 2012. № 102.

ющими руководителями своих должностных обязанностей. По мнению О. Ю. Ереминой, именно взаимосвязь результата оценки и возможности привлечения руководителя к ответственности является несомненным достоинством внедрения указанного механизма контроля⁸.

В развитие этих положений были приняты соответствующие Правила и Перечень услуг, в отношении которых проводилась эта оценка⁹, а также методические рекомендации по внедрению системы оценки¹⁰. В соответствии с указанными выше нормативными актами определение качества предоставляемых государственных услуг происходит через оценку эффективности деятельности руководителей органов исполнительной власти. Система на первый взгляд проста. Оценка качества предоставляемых государственных услуг осуществляется по 5-балльной системе и включает в себя такие критерии, как: а) время предоставления государственных услуг; б) время ожидания в очереди при получении государственных услуг; в) вежливость и компетентность сотрудника, взаимодействующего с заявителем при предоставлении государственных услуг; г) комфортность условий в помещении, в котором предоставлены государственные услуги; д) доступность информации о порядке предоставления государственных услуг.

В отношении государственных услуг, предоставляемых в электронном виде, имеются дополнительные критерии: а) доступность информации о порядке предоставления государственных услуг; б) доступность электронных форм документов, необходимых для предоставления государственных услуг; в) доступность инструментов совершения в электронном виде платежей, необходимых для получения государственных услуг; г) время ожидания ответа на подачу заявления; д) время предоставления государственных услуг; е) удобство процедур предоставления государственных услуг, включая процедуры записи на прием, подачи заявления, уплаты обязательных платежей, информирования заявителя о ходе

⁸ См.: Еремина О. Ю. Качество и доступность государственных услуг в социальной сфере как показатель эффективности деятельности органов исполнительной власти // Журнал рос. права. 2014. № 1. С. 67–77.

⁹ См.: Об оценке гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) и территориальных органов государственных внебюджетных фондов (их региональных отделений) с учетом качества предоставления ими государственных услуг, а также о применении результатов указанной оценки как основания для принятия решений о досрочном прекращении исполнения соответствующими руководителями своих должностных обязанностей : постановление Правительства РФ от 12 декабря 2012 г. № 1284 (в ред. от 04.04.2017)// Рос. газета. 2012. № 292.

¹⁰ Об утверждении методических рекомендаций по внедрению системы оценки гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти (их структурных подразделений) и территориальных органов государственных внебюджетных фондов (их региональных отделений) : приказ Минэкономразвития России от 3 июля 2015 г. № 435. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

предоставления государственных услуг, а также получения результата предоставления государственных услуг.

Мнение гражданина о качестве предоставления государственных услуг выявляется посредством использования: а) устройств подвижной радиотелефонной связи; б) терминальных и иных устройств, расположенных в территориальных органах федеральных органов исполнительной власти (при наличии технических возможностей), территориальных органах или региональных отделениях государственных внебюджетных фондов (при наличии технических возможностей), а также в многофункциональных центрах предоставления государственных и муниципальных услуг (далее – терминальные и иные устройства); в) информационно-телекоммуникационной сети «Интернет». Если значение показателя ежегодной оценки гражданами эффективности деятельности руководителя составляет менее 70 % значения, предусмотренного должностным регламентом, либо менее 70 % значения, достигнутого в предшествующем году, в отношении руководителя инициируется проведение служебной проверки (исключение для руководителей, находящихся на замещаемой должности менее одного года). Если в результате проведения служебной проверки было установлено неисполнение или ненадлежащее исполнение руководителем по его вине возложенных на него служебных обязанностей либо положений должностного регламента, повлекшее за собой снижение гражданами оценки эффективности деятельности руководителя, то в отношении руководителя применяются меры дисциплинарного взыскания, предусмотренные законодательством о государственной гражданской службе Российской Федерации.

В настоящее время происходит процесс становления системы мониторинга качества оказанных государственных услуг. В связи с этим наблюдаются неизбежные временные организационно-методологические трудности организации процесса контроля качества предоставления государственных услуг. В первую очередь следует обратить внимание на то, что в современной отечественной науке однозначного определения понятия и сущности качества предоставления государственных услуг до сих пор не имеется¹¹. Рассматривая качество оказания государственных услуг через систему оценок (отзывов) граждан А. В. Савоськин гово-

¹¹ См.: *Шевченко В.* Политическая проблема качества оказания государственных услуг на региональном уровне (теоретические аспекты реформирования) // *Власть.* 2010. № 12. С. 39–42; *Мирзоян Н. С.* Оценка качества предоставления государственных (муниципальных) услуг // *Известия Тульского гос. ун-та. Экономические и юридические науки.* 2010. № 2; *Ломовцева О. А., Щедрина О. И.* Методолого-методическое обеспечение стандартов качества услуг, предоставляемых населению муниципального образования // *Научные ведомости.* 2008. № 10 (50). С. 161–167; *Окрепиллов В. В.* Повышение качества государственных услуг посредством внедрения систем менеджмента качества // *Теория и философия хозяйства.* 2012. № 6. С. 9–12; *Лунев А. Н., Пугачева Н. Б.* Научно-методические рекомендации по оценке качества и доступности государственных и муниципальных услуг // *Общество : политика, экономика, право.* 2013. № 4. С. 15–26; и др.

рит о неизученности такого социально-правового явления, как отзывы граждан¹². По его мнению, отзывы, обладая признаками обращений как родовой категории, не входят в сферу универсального и обобщающего Федерального закона «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹³. Кроме того, изучение законодательства выявило и другие проблемы, в частности отсутствие закрепленного механизма реагирования органов государственной власти на отзыв, в содержании которого усматриваются признаки заявления или жалобы.

Несложно заметить, что власть, ставя перед собой задачу – на основании минимального количества вопросов оценить такое сложное явление, как качество оказания государственной услуги, четыре критерия оценки из пяти (80 %) относятся непосредственно к качеству обслуживания, которое является лишь составной частью процесса оказания государственной услуги в целом и является более узким понятием, чем качество оказания государственной услуги в целом. В связи с этим исследователи выделяют такие составные элементы качества оказания услуги, как «качество результата» и «качество обслуживания»¹⁴. Под качеством обслуживания понимается совокупность условий, методов и средств, обеспечивающих конкретному потребителю возможность получения услуги с минимальными затратами времени и высокой культурой обслуживания при оптимальных социально-экономических результатах обслуживания¹⁵. С точки зрения административных регламентов качество обслуживания выражено в условиях, при которых возможно получение услуги, а также соотношение времени оказания услуги и предельных норм времени, установленных регламентами. Таким образом, рекомендуется изменить или дополнить перечень вопросов, который сможет позволить оценить качество оказания государственной услуги на всех стадиях ее предоставления.

Следующий момент, на котором хотелось бы заострить внимание при рассмотрении механизма контроля качества предоставляемых государственных услуг – это сроки получения от гражданина отзыва на уже оказанную государственную услугу. В соответствии с п. 7.1 Методических рекомендаций по внедрению системы оценки, которые являются правовой основой при реализации механизма контроля качества предоставляемых государственных услуг посредством оценки гражданами эффективности деятельности руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти, выявление мнения гражданина о качестве предоставленной ему государственной услуги рекомендуется осу-

¹² См.: *Савоськин А. В.* Отзывы о деятельности органов власти : от практики к теории // *Lex russica*. 2016. № 12. С. 68–78.

¹³ О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации : федер. закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ (в ред. от 27.11.2017) // *Рос. газета*. 2006. № 95.

¹⁴ См.: *Абрамов С. С.* Оценка качества услуг с учетом позиции потребителя // *Вестник Адыгейского гос. ун-та. Серия 5, Экономика*. 2011. № 1.

¹⁵ См.: *Филатова Т. А.* Критерии оценки качества производства и потребления услуг в сервисной организации // *Рос. предпринимательство*. 2013. № 6 (228). С. 82–87.

ществлять после предоставления гражданину результата соответствующей государственной услуги. Правилами разработки и утверждения административных регламентов в отношении предоставления государственных услуг (подп. «в» п. 14) описание результата предоставления государственных услуг является обязательным элементом каждого регламента. Анализ содержания административных регламентов показывает, что процедура получения результата государственной услуги может быть растянута во времени. Так, результатом предоставления государственной услуги по назначению пенсии в соответствии с Административным регламентом от 19 января 2016 г. является назначение пенсии либо отказ в назначении пенсии¹⁶. Законодательно эта процедура может быть растянута до трех месяцев (ст. 22 Закона «О страховых пенсиях»)¹⁷. Соответственно, опрос гражданина о качестве предоставленной государственной услуги будет производиться только после получения результата государственной услуги, в нашем случае – после назначения или отказа в назначении пенсии. Как в этом случае можно говорить об объективности мнения гражданина о предоставлении государственной услуги, если оценка качества на 80 % зависит именно от впечатления гражданина, как его приняли три месяца тому назад? Хорошо, если результатом оказания услуги явилось назначение пенсии; в случае же принятия решения об отказе в назначении пенсии – в положительный отзыв гражданина верится с трудом. Специфика отзыва, выраженная в обезличенной оценке качества оказанной государственной услуги, исключает какую-либо ответственность гражданина за преднамеренное искажение информации об оценке качества предоставленной государственной услуги. Судить об объективности оценки эффективности руководства государственного органа сложно также в связи с тем, что законодательство о мониторинге не предусмотрело даже минимального количества граждан (в процентном отношении), участвующих в оценке. Отсутствие минимума количества оценок и прямая зависимость «благополучия» руководителей государственных органов от указанной выше оценки приводит также к тому, что органы государственной власти сами выбирают граждан, которые будут участвовать в опросе, и их количество. В то же время установление определенного минимума приведет к перекрытию канала приукрашивания реальной оценки качества предоставления государственных услуг. Предлагается установить данный минимум, равный 50 % граждан, обратившимся за предоставлением государственной услуги¹⁸.

¹⁶ Об утверждении Административного регламента предоставления Пенсионным фондом Российской Федерации государственной услуги по установлению страховых пенсий, накопительной пенсии и пенсий по государственному пенсионному обеспечению : приказ Минтруда России от 19 января 2016 г. № 14н (в ред. от 26.10.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁷ О страховых пенсиях : федер. закон от 28 декабря 2013 г. № 400-ФЗ (в ред. от 28.12.2017) // Рос. газета. 2013. № 296.

¹⁸ См.: *Аджубей Р. В.* Оценка эффективности предоставления государственных и муниципальных услуг населению // Молодой ученый. 2017. № 1. С. 135–

Одним из критериев оценки качества предоставления государственных услуг является комфортность условий в помещении, в котором предоставлялись государственные услуги. Во всех принятых административных регламентах содержатся сведения о требованиях, предъявляемых к помещению, где оказываются государственные услуги. Разные ведомства содержат разные требования к указанным помещениям. Это наличие электронной системы управления очередью¹⁹, справочного телефона²⁰, компьютера с возможностью печати и выхода в сеть «Интернет»²¹ и др. В отдельных регламентах в разделе «Показатели доступности и качества предоставления государственной услуги» установлены дополнительные требования к организации приема граждан. Например, наличие необходимого и достаточного числа специалистов, а также помещений, в которых осуществляется прием документов от заявителей (их представителей)²². Общим для всех регламентов является создание условий для полноценного приема граждан с ограниченными возможностями. Однако ряд условий, в частности вопросы штатов, выделение денежных средств на приведение помещений в соответствие с критериями

140. URL: <https://moluch.ru/archive/135/37885> ; Еремина О. Ю. Качество и доступность государственных услуг в социальной сфере как показатель эффективности деятельности органов исполнительной власти // Журнал рос. права. 2014. № 1. С. 67–77.

¹⁹ Об утверждении Административного регламента Министерства внутренних дел Российской Федерации по предоставлению государственной услуги по осуществлению миграционного учета иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации, форм заявления о регистрации иностранного гражданина или лица без гражданства по месту жительства, уведомления о прибытии иностранного гражданина или лица без гражданства в место пребывания, отметки о регистрации иностранного гражданина или лица без гражданства по месту жительства, отметок о подтверждении выполнения принимающей стороной и иностранным гражданином действий, необходимых для его постановки на учет по месту пребывания : приказ МВД России от 23 ноября 2017 г. № 881. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²⁰ Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной налоговой службой государственной услуги по государственной регистрации юридических лиц, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей и крестьянских (фермерских) хозяйств : приказ Минфина России от 30 сентября 2016 г. № 169н (в ред. от 19.10.2017). Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²¹ Об утверждении Административного регламента Федеральной службы по ветеринарному и фитосанитарному надзору по предоставлению государственной услуги по выдаче фитосанитарного сертификата, реэкспортного фитосанитарного сертификата, карантинного сертификата : приказ Минсельхоза России от 6 декабря 2017 г. № 612. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

²² Об утверждении Административного регламента предоставления Министерством юстиции Российской Федерации государственной услуги по принятию решения о государственной регистрации некоммерческих организаций : приказ Минюста России от 30 декабря 2011 г. № 455 (в ред. от 21.11.2017) // Рос. газета. 2012. № 58.

лежат вне зоны ответственности руководителя государственного органа власти, оценку которого проводят граждане, получающие государственную услугу в данном учреждении. На этом перечень проблем, возникающих в ходе реализации механизма оценки гражданами эффективности предоставления государственных услуг не исчерпан.

Таким образом, оценка деятельности гражданами эффективности деятельности государственных и муниципальных органов, представляющих государственные услуги, является элементом проводимой в стране административной реформы, целью которой является создание эффективной и направленной на нужды общества системы государственной и муниципальной службы.

Сама мысль о такой оценке имеет огромный потенциал. Но для получения действительно объективной информации о деятельности органов власти и их должностных лиц с целью оперативного решения проблемных вопросов, связанных с оказанием государственных услуг, необходимо правильно сформировать и законодательно закрепить действующий механизм сбора и обработки отзывов граждан. В настоящее время полным ходом идет процесс становления системы мониторинга качества оказанных государственных услуг, поэтому фокус ученых направлен на изучение практики действия этого механизма, который уже сейчас показал ряд недостатков: отсутствие однозначного определения понятия и сущности качества предоставления государственных услуг; неполное законодательное закрепление такого социально-правового явления, как отзывы граждан; необходимость изменения или дополнения перечня вопросов, которые смогут позволить оценить качество оказания государственной услуги на всех стадиях ее предоставления; отсутствие минимума числа граждан, участвующих в опросе, и т. д. Указанные проблемы необходимо решать в ближайшее время. Это позволит перейти на совершенно другой качественный уровень оказания государственных услуг, от которых напрямую зависит качество жизни населения.

Воронежский государственный университет

*Зуева Н. Л., кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права
E-mail: Zueva.nl@mail.ru*

Voronezh State University

*Zueva N. L., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Labour Law Department
E-mail: Zueva.nl@mail.ru*

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНФОРМАЦИОННОЙ БЕЗОПАСНОСТИ ЛИЧНОСТИ*

Т. А. Бражник

Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»

Поступила в редакцию 3 октября 2018 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы соотношения информационной безопасности и информационной безопасности личности в российском и зарубежном законодательстве и документах стратегического планирования Российской Федерации. Многочисленные нормативные акты регулируют различные аспекты в данной сфере, однако на международном и национальном уровне не хватает унификации в терминологии и базовых принципах обеспечения информационной безопасности. Анализируется круг отношений, который включается исследователями в сферу информационной безопасности личности. Делается вывод, что для гармоничного развития института информационной безопасности личности необходимо усиление внетехнических, социально направленных мер и стимулов.

Ключевые слова: информационная безопасность, информационная безопасность личности, национальная безопасность, идентификация, защита информации, доктрина информационной безопасности, кибербезопасность, критическая информационная инфраструктура, право на информацию, информационные правоотношения, конфиденциальность, персональные данные, цифровая экономика, информационное право.

Abstract: the article analyses certain problems of correlation between information security and information security of a person in the Russian and foreign legislation, documents of strategic planning. Numerous normative acts regulate various aspects in matter at hand, however, international and national legal sources face a lack of unification in the terminology and basic principles of information security development. The bundle of relations traditionally included into the sphere of information security of the person is analyzed. The author highlights that further development of the institute of information security of a person crucially depends on strengthening of non-technical, socially oriented measures and incentives.

Key words: information security, information security of the person, national security, identification, information protection, information security doctrine, cybersecurity, critical information infrastructure, the right to information, legal relations, confidentiality, personal data, data economy, information law.

Развитие и совершенствование информационно-коммуникационных технологий, в частности повсеместное использование сети «Интернет»,

* Статья подготовлена в ходе проведения исследования в рамках Программы фундаментальных исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ) и с использованием средств субсидии в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5–100».

существенным образом влияет на взаимоотношения личности, общества и государства в самых различных сферах, что находит отражение в текущем законодательстве. Технологии способствуют расширению связей, ускорению совершения транзакций, распространению информации, однако создают также предпосылки для появления новых угроз защищаемым правам и законным интересам, поэтому обеспечение информационной безопасности становится все более актуальным для различных правоотношений. Так, информатизация и, соответственно, необходимость обеспечения информационной безопасности, коснулась сфер государственного управления¹, таможенного обеспечения², здравоохранения³, социальной защиты⁴, построения информационного общества знаний⁵, отрасли гражданско-правовых отношений⁶, а также различных аспектов защиты прав граждан в информационной сфере.

Очевидно, что обеспечение информационной безопасности – сфера, в которой частные и публично-правовые интересы весьма тесно взаимосвязаны⁷, в связи с чем информационная безопасность личности, гарантии прав граждан в информационных отношениях выступают как основа для нормального функционирования всех отраслей права, особенно информационного. Можно также отметить, что текущее нормативное правовое регулирование идет в направлении защиты целостности, стабильности и устойчивости национального сегмента сети «Интернет», унификации правил идентификации, импортозамещения аппаратных и программных средств, обеспечения цифрового суверенитета и безопасности критической информационной инфраструктуры⁸. Регламентации данных вопросов посвящены многочисленные документы стратегического пла-

¹ См.: *Терещенко Л. К., Тиунов О. И.* Информационная безопасность органов исполнительной власти на современном этапе // Журнал рос. права. 2015. № 8. С. 100–109.

² См.: *Недосекова Е. С.* Информационная безопасность таможенных органов в системе национальной безопасности России : административно-правовые аспекты // Вестник Рос. таможенной академии. 2011. № 3.

³ См.: *Журавлев М. С.* Правовое обеспечение электронного документооборота в телемедицине // Информационное право. 2017. № 4.

⁴ См.: *Худойкина Т. В., Толкунова Н. А.* Информационные аспекты систематизации законодательства в сфере социальной защиты населения // Информационное право. 2010. № 3. С. 10–14.

⁵ См.: *Пашина Т. В., Минбалева А. В.* Развитие права на информацию в свете стратегических документов Российской Федерации // Законы России : опыт, анализ, практика. 2018. № 3.

⁶ См.: *Косовец А. А.* Информационная безопасность в системе обеспечения экономической и национальной безопасности России // Вестник Академии экономической безопасности МВД России. 2011. № 2.

⁷ Eric Diehl, *Ten Laws for Security*. Springer International Publishing Switzerland 2016.

⁸ О безопасности критической информационной инфраструктуры Российской Федерации : федер. закон от 26 июля 2017 г. № 187-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 31 (ч. 1). Ст. 4736.

нирования, законы и подзаконные акты⁹. В связи с этим можно сделать вывод, что обеспечение должного уровня информационной безопасности личности является ключевой предпосылкой для развития иных аспектов национальной информационной безопасности в целом.

Необходимо отметить, что международное регулирование демонстрирует схожие тенденции. В ответ на возрастающие угрозы кибертерроризма, неправомерного использования персональных данных, использования информационных технологий в теневой экономике многие страны и международные организации разрабатывают нормативные акты, направленные на регламентацию отношений в информационной среде. Большая часть документов носит технический и методологический характер и имеет форму стандартов. Международная организация по стандартизации (ISO) разработала целый ряд стандартов в сфере информационной безопасности¹⁰. Например, стандарт ISO/IEC 27000 вводит общие принципы и терминологию по управлению информационной безопасностью систем. Существуют отдельные стандарты по кибербезопасности, которые, в свою очередь, содержат определение киберпространства, его пределов и элементов¹¹. Однако данные стандарты в силу своей природы носят технический характер и недостаточно регламентируют информационную безопасность личности, отличную от безопасности пользовательской информации или оборудования.

Многосторонние международные правовые акты в сфере обеспечения информационной безопасности относятся к различным и нередко разрозненным институтам информационного права, таким как преступность в сфере компьютерной информации¹², обработка персональных данных¹³ и т. д. В настоящее время, несмотря на предпринятые попытки создания, не существует единого международного соглашения в сфере информационной безопасности¹⁴. Законодательство отдельных стран показывает скачкообразный рост числа актов, принимаемых в рамках обеспечения

⁹ См.: *Ефремов А. А.* Формирование концепции информационного суверенитета государства // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2017. № 1.

¹⁰ URL: <https://www.iso.org/isoiec-27001-information-security.html> (дата обращения: 20.09.2018).

¹¹ См.: *Марков А. С., Цирлов В. Л.* Руководящие указания по кибербезопасности в контексте ISO 27032 // *Вопросы кибербезопасности.* 2014. № 1 (2).

¹² Конвенция о преступности в сфере компьютерной информации (ETS No 185) : заключена в г. Будапеште 23.11.2001. Документ опубликован не был.

¹³ Конвенция о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных : заключена в г. Страсбурге 28.01.1981 // *Бюллетень международных договоров.* 2014. № 4. Апрель.

¹⁴ Конвенция об обеспечении международной информационной безопасности (концепция). URL: http://www.mid.ru/en/foreign_policy/official_documents/-/asset_publisher/CptICkB6BZ29/content/id/191666?p_p_id=101_INSTANCE_CptICkB6BZ29&_101_INSTANCE_CptICkB6BZ29_languageId=ru_RU (дата обращения: 20.09.2018).

информационной безопасности и безопасности данных¹⁵. Отдельно стоит отметить Директиву Европейского союза о безопасности сетей и информационных систем¹⁶, подчеркивающую особую роль информационных технологий для развития общества и защиты пользователей, закон Сингапура о кибербезопасности¹⁷, проект закона Китайской Народной Республики¹⁸. Кроме отдельных отраслевых законов, зарубежные страны разрабатывают и принимают стратегические документы в сфере обеспечения информационной безопасности, например Стратегию национальной кибербезопасности Словении¹⁹, регулирующие технические и внетехнические меры обеспечения безопасности государства, общества и личности. Необходимо отметить, что большая часть положений зарубежного законодательства обращена как раз к технической составляющей информационной безопасности личности.

Место информационной безопасности личности в системе информационной безопасности Российской Федерации определяется также целым рядом стратегических документов и отраслевых законов. Доктрина информационной безопасности Российской Федерации 2016 г. является, как указано в ст. 1, системой «официальных взглядов на обеспечение национальной безопасности Российской Федерации в информационной сфере»²⁰, согласно которым, как представляется, впоследствии строится система нормативного правового регулирования информационной безопасности в России. Подобный базовый и основополагающий характер Доктрины может свидетельствовать о самостоятельном юридическом, а не сугубо политическом характере документа.

Кроме того, Доктрина, как указано в ст. 2, основывается на положениях Стратегии национальной безопасности Российской Федерации²¹, а так-

¹⁵ См.: *Maria Tzanou*. Data protection as a fundamental right next to privacy? 'Reconstructing' a not so new right, *International Data Privacy Law*. 2013. Vol. 3, № 2. P. 88–99.

¹⁶ Directive (EU) 2016/1148 of the European Parliament and of the Council of 6 July 2016 concerning measures for a high common level of security of network and information systems across the Union // OJ L 194, 19.7.2016. P. 1–30.

¹⁷ Cybersecurity Act // Электронный доступ на сайте Министерства связи и информации Сингапура. URL: <https://www.csa.gov.sg/legislation/cybersecurity-act> (дата обращения: 20.09.2018).

¹⁸ Ministry of Public Security of the People's Republic of China published the Draft Regulations on the Classified Protection of Cybersecurity. URL: <https://www.huntonprivacyblog.com/2018/07/17/china-publishes-draft-regulations-classified-protection-cybersecurity/> (дата обращения: 20.09.2018).

¹⁹ Slovenian National Cyber Security Strategy. URL: <https://www.enisa.europa.eu/topics/national-cyber-security-strategies/ncss-map/strategies/cyber-security-strategy-in-slovenia> (дата обращения: 20.09.2018).

²⁰ Об утверждении Доктрины информационной безопасности Российской Федерации : указ Президента РФ от 5 декабря 2016 г. № 646 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 50. Ст. 7074.

²¹ О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации : указ Президента РФ от 31 декабря 2015 г. № 683 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 1 (ч. 2). Ст. 212.

же иных стратегических документах, к которым можно причислить также Стратегию научно-технологического развития Российской Федерации²², многочисленные соглашения между Российской Федерацией и иными странами о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной и коммуникационной безопасности²³, а также ряд указов Президента РФ²⁴. Совокупность данных актов и соответствующих федеральных законов позволяет сделать вывод о существовании подробной регламентации института информационной безопасности личности, определении его взаимосвязи с информационной безопасностью государства и общества.

Однако более детальный анализ указанных источников позволяет сделать вывод об обратном. Так, Доктрина информационной безопасности Российской Федерации ставит потребности личности на первое место в перечислении национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере, что позволяет говорить о первоочередном характере защиты прав и интересов личности. Кроме того, информационная безопасность Российской Федерации основывается, в первую очередь, на состоянии защищенности личности, «...при котором обеспечиваются конституционная реализация прав и свобод человека и гражданина, достойные качество и уровень жизни граждан...», что характеризует институт информационной безопасности как производный от информационной безопасности личности.

В то же время Стратегия национальной безопасности Российской Федерации содержит положения, противоречащие данному выводу. Например, ст. 6 Стратегии, перечисляя составляющие национальной безопасности, ставит иную приоритетность: «Национальная безопасность включает в себя оборону страны и все виды безопасности, пред-

²² О Стратегии научно-технологического развития Российской Федерации : указ Президента РФ от 1 декабря 2016 г. № 642 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2016. № 49. Ст. 6887.

²³ О подписании Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной безопасности см., например: Распоряжение Правительства РФ от 4 июля 2017 г. № 1424-р // Официальный интернет-портал правовой информации (www.pravo.gov.ru) ; О подписании Соглашения о сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в области обеспечения информационной безопасности : распоряжение Правительства РФ от 15 ноября 2013 г. № 2120-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2013. № 47. Ст. 6135 ; О подписании Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Федеративной Республики Бразилии о сотрудничестве в области обеспечения международной информационной и коммуникационной безопасности : распоряжение Правительства Рос. Федерации от 13 мая 2010 г. № 721-р // Там же. 2010. № 21. Ст. 2628 ; и др.

²⁴ О некоторых вопросах информационной безопасности Российской Федерации см., например: Указ Президента РФ от 22 мая 2015 г. № 260 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 21. Ст. 3092 ; О мерах по обеспечению информационной безопасности Российской Федерации при использовании информационно-телекоммуникационных сетей международного информационного обмена : указ Президента РФ от 17 марта 2008 г. № 351 // Там же. 2008. № 12. Ст. 1110.

усмотренные Конституцией Российской Федерации и законодательством Российской Федерации, прежде всего государственную, общественную, информационную, экологическую, экономическую, транспортную, энергетическую безопасность, безопасность личности».

Конечно, нельзя говорить о незначительности роли обеспечения безопасности личности в системе национальной безопасности, однако наличие некоторое противопоставление информационной безопасности государства и безопасности личности.

Подобные несоответствия встречаются также в положениях государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)»²⁵, толкующей Доктрину информационной безопасности Российской Федерации в качестве приоритетного документа о стратегическом сдерживании и предотвращении военных конфликтов, которые могут возникнуть в результате применения информационных технологий, вместо обеспечения защиты прав и интересов граждан в информационной сфере. Именно поэтому информационная безопасность рассматривается в рамках данной программы как качественная характеристика построения технологических систем и сетей, что представляется неверным и излишне узким толкованием данного института.

Представляется, что обеспечение безопасности функционирования информационно-телекоммуникационной инфраструктуры и телекоммуникационных систем хотя и является необходимым инструментарием для обеспечения информационной безопасности личности, общества и государства, однако не ему тождественным. Положения программы «Цифровая экономика Российской Федерации»²⁶ ориентированы также на техническую составляющую информационной безопасности: обеспечение единства, устойчивости и безопасности информационно-телекоммуникационной инфраструктуры, использование российских технологий обеспечения целостности, конфиденциальности, аутентификации и доступности передаваемой информации и процессов ее обработки и т. д. Очевидно, что интересы личности в информационной сфере, которые нуждаются в обеспечении и безопасности, шире, чем технические принципы работы оборудования и обработки данных.

Еще большие противоречия в определении содержания института информационной безопасности личности можно обнаружить при анализе более специальных нормативных документов. С одной стороны, Соглашение об обеспечении информационной безопасности в рамках общих таможенных процессов в государствах – членах Евразийского экономического сообщества не содержит отсылок или упоминаний прав и интересов личности или граждан. Данный документ регламентирует исклю-

²⁵ Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Информационное общество (2011–2020 годы)»: постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 313 // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 18 (ч. 2). Ст. 2159.

²⁶ Об утверждении программы «Цифровая экономика Российской Федерации»: распоряжение Правительства РФ от 28 июля 2017 г. № 1632-р // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2017. № 32. Ст. 5138.

чительно аспекты определения режима передаваемой электронными сообщениями информации, такие как защиту от вирусов, от несанкционированного доступа к средствам вычислительной техники и телекоммуникационному оборудованию, обеспечение сетевой безопасности, анализ защищенности систем и т. д.

С другой стороны, Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Южно-Африканской Республики, Правительством Федеративной Республики Бразилии, Правительством Китайской Народной Республики, а также Соглашение о сотрудничестве государств – участников Содружества Независимых Государств в области обеспечения информационной безопасности прямо устанавливают в тексте, что международное сотрудничество между сторонами по вопросам обеспечения информационной безопасности строится на признании принципа баланса между обеспечением безопасности и соблюдением прав человека в области использования информационно-коммуникационных технологий, а также на признании роли информационной безопасности в обеспечении прав и основных свобод человека и гражданина.

Очевидно, что на уровне двустороннего международно-правового сотрудничества вопросы разграничения информационной безопасности в целом, информационной безопасности государства, а также информационной безопасности личности в частности решены недостаточно. Кроме того, проблемы детальной регламентации можно выявить при анализе текущего информационного законодательства. Так, Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»²⁷ (далее – Закон «Об информации»), являющийся базовым в информационно-правовой сфере, не содержит какой-либо регламентации информационной безопасности личности. Положения, касающиеся отдельных аспектов регулирования информационной безопасности, относятся к обеспечению безопасности Российской Федерации при создании и эксплуатации информационных систем, защите информации данных систем, выполнению организационных и технических мер по обеспечению безопасности персональных данных. Очевидно, что указанные положения имеют также сугубо технико-методологическую направленность и определяют меры по предоставлению или ограничению доступа к отдельным видам информации. Кроме того, в законе не содержится определения информационной безопасности или же отсылки к иным актам, содержащим такое определение. Однако, помимо указанных выше сфер технической регламентации информационной безопасности, законом проводится отсылка к отдельному институту информационной безопасности детей, имеющему уже более широкое социально-психологическое толкование, поскольку защита детей проводится в целях предотвращения вреда их здоровью и моральному развитию²⁸.

²⁷ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

²⁸ О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию : федер. закон от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2011. № 1. Ст. 48.

Будет справедливым вывод о том, что в текущих нормативных правовых актах не содержится достаточной регламентации института информационной безопасности личности, а также критериев его разграничения с информационной безопасностью в общем широком значении, употребляемом в основополагающих стратегических документах. Более того, некоторые российские исследователи толкуют такой стратегический документ как Доктрину в качестве инструмента для «незамедлительного и постоянного противодействия деструктивной деятельности иностранных элементов в информационной сфере»²⁹, что также не позволяет в полной мере определить место личности в системе мер обеспечения информационной безопасности.

Для развития института информационной безопасности личности необходимо исходить из принципа баланса интересов, поиска эффективных механизмов защиты прав и свобод личности в информационной сфере. Так как в сферу информационной безопасности личности входят также иные информационные права, такие как право на информацию, необходимо разрабатывать внетехнические меры обеспечения информационной безопасности личности. Так, при реализации права на информацию, граждане сталкиваются не только с угрозой недостаточной доступности информации, но и с проблемой качественного характера такой информации, отвечающей критериям безопасности, достоверности и т. д. Поэтому регулирование в данной сфере должно учитывать социальные реалии, национальные и культурные традиции России, а также отвечать целям защиты личности от существующих информационных угроз.

Можно также сделать вывод о том, что толкование информационной безопасности личности как состояние защищенности от внешних и внутренних угроз в текущих нормативных источниках неоднородно и поэтому используется преимущественно в технической сфере. Очевидно, что информационная безопасность личности предполагает также наличие определенной свободы личности в информационной среде, в том числе свободы на реализацию конституционных и информационных прав, однако обеспечение такой свободы должно гарантироваться правовыми и социальными методами.

²⁹ Иценко А. Н., Прокопенко А. Н., Страхов А. А. Новая доктрина информационной безопасности Российской Федерации как основа противодействия угрозам безопасности России в информационной сфере // Проблемы правоохранительной деятельности. 2017. № 2. С. 62.

**СУЩНОСТЬ И ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ
ГОСУДАРСТВЕННОЙ ФУНКЦИИ
«ОБЕСПЕЧЕНИЕ БЕЗОПАСНОСТИ ДОРОЖНОГО ДВИЖЕНИЯ»**

С. В. Верзилин

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 29 апреля 2019 г.

Аннотация: проведенный анализ научных подходов к содержанию государственной функции «обеспечение безопасности дорожного движения» позволил автору сделать следующий вывод: обеспечение безопасности дорожного движения является очевидной самостоятельной государственной функцией в силу особой общественной значимости. Отмечено, что возложение на себя государством определенных функций, их видоизменение, делегирование или снятие является процессом динамическим, зависящим от множества конкретных условий и факторов. Уточнено содержание ряда государственных функций по обеспечению безопасности дорожного движения и административно-правовых механизмов их практической реализации. Рассмотрены и дополнены основные направления государственной деятельности по обеспечению безопасности дорожного движения.

Ключевые слова: общественный порядок, безопасность дорожного движения, государственная функция «обеспечение безопасности дорожного движения», анализ принципов работы по обеспечению безопасности дорожного движения, Федеральный закон «О безопасности дорожного движения».

Abstract: the scientific approaches to the content of the state function «ensuring road safety» are analyzed in the article. The analysis of the principles ensuring road safety allowed the author to draw the following conclusion: ensuring road safety is an obvious independent state function due to its particular social significance. It is also noted that the assignment of certain functions by the state, their modification, delegation or withdrawal is a dynamic process, depending on many specific conditions and factors. The analysis of the content of some norms of the Federal Law of 10.12.1995, № 196-FL «The Road Safety» led to the conclusion about the necessity of its substantial processing. The content of a number of state functions to ensure road safety and administrative and legal mechanisms for their practical implementation has been clarified. The main directions of state activities to ensure road safety from the point of view of their implementation as a state function are reviewed and supplemented.

Key words: public order, road safety, state function «ensuring road safety», analysis of the principles of work ensuring road safety, the Federal Law «The Road Safety».

Очевидно, что на разных этапах развития государственности в человеческой цивилизации, а также в зависимости от конкретно-исторических условий, государственного устройства и формы правления, объем государственных функций может быть различным. Нельзя утверждать и то, что историческая эволюция государства неизбежно влечет расши-

рение его функций. Как представляется, историческая эволюция влечет изменение объема государственных функций путем отмирания одних и появления иных, отвечающих тем задачам и угрозам, которые возникают на определенном историческом этапе.

Как отмечается в работе «Теория государства и права» под редакцией М. Н. Марченко, «функции государства – это основные направления внутренней и внешней деятельности государства, в которых выражаются и конкретизируются его классовая и общечеловеческая сущность и социальное значение»¹.

Существенный научный интерес представляют собой критерии отграничения одной государственной функции от другой, предложенные в данной работе. Выделяются два таких критерия:

1) особенности объекта государственного воздействия, т. е. своеобразие тех общественных отношений, на которые государство воздействует в процессе своей деятельности;

2) специфика содержания каждой функции, т. е. целенаправленного практического воздействия государства на определенную сферу схожих между собой, однородных отношений².

В научной литературе можно встретить также подразделение функций государства на основные и неосновные. При этом под основными, как правило, понимаются такие, которые непосредственно вытекают из сущности государства как политической организации общества. В свою очередь, неосновные функции необходимо дополнительно обосновывать, так как они могут исполняться не только государством (например, функция регистрации каких-либо объектов или прав).

Необходимо отметить, что определять, какой именно набор функций должно брать на себя государство, следует, исходя из критерия публичной необходимости, согласно которому данную функцию невозможно или нецелесообразно делегировать кому-либо иному. В условиях демократии и повышения зрелости гражданского общества именно этот критерий будет постепенно становиться определяющим.

Как известно, государство как аппарат управления представляет собой упорядоченную совокупность определенных элементов, которые в отечественной литературе принято именовать органами. Соответственно, функции государства определенным образом распределяются между его органами, становясь при этом одновременно и функциями самих органов.

Одной из важных характеристик государственной функции является временной промежуток ее исполнения. Целый ряд из них осуществляется непрерывно, а некоторые – при наступлении определенных, как правило, внешних обстоятельств.

Современный этап общественно-экономического развития Российского государства характеризуется не только расширением числа государственных функций, но и отказом от ряда из них. В настоящее время

¹ Теория государства и права / под ред. М. Н. Марченко. М., 2001. Т. 1. С. 336.

² См.: Там же. С. 337.

прослеживается тенденция передачи ряда контрольных полномочий от государственных органов к саморегулируемым структурам (например, в жилищном строительстве), имеет место делегирование некоторых государственных функций государственным, но все же невластным субъектам (например, ряд полномочий по лицензированию передан от государства государственной корпорации «Росатом»). Формируется система общественного контроля (Общественная палата Российской Федерации).

Таким образом, можно заключить, что возложение на себя государством определенных функций, их видоизменение, делегирование или снятие является процессом динамическим, зависящим от множества конкретных условий и факторов.

Обратимся к анализу научных подходов к содержанию государственной функции «обеспечение безопасности дорожного движения». Как представляется, ее нельзя отнести к категории основных функций государства, так как она является составной частью более масштабной функции под названием «обеспечение общественной безопасности», поэтому следует начать с ее определения. Первый подход к определению данного понятия заключается в том, что общественная безопасность представляется как составной элемент такого еще более общего понятия, как общественный порядок. Данный подход, в частности, поддерживал М. И. Еропкин³. Второй подход заключается в том, что, наоборот, общественный порядок является составным элементом понятия «общественная безопасность». Такой вывод можно сделать на основании распределения этих понятий в главе 24 УК РФ, из чего логически следует, что общественный порядок является производным от понятия «общественная безопасность». Наконец, третий подход заключается в том, что данные понятия рассматриваются как совпадающие. Подобного мнения, в частности, придерживается Я. И. Здир⁴.

На наш взгляд, *понятие «общественный порядок» является общим по отношению к категории «общественная безопасность», так как общественный порядок устанавливается не только для обеспечения безопасности личности и общества, но и для решения многих иных важных для общества задач, например экономических, культурных и др.*

Возвращаясь к проблеме определения понятия «общественная безопасность», обратим внимание на тот факт, что оно, к сожалению, не определяется прямо в профильном акте стратегического планирования под названием «Концепция общественной безопасности в Российской Федерации»⁵. В этом документе присутствует только определение понятия «обеспечение общественной безопасности», под которым понимается «реализация определяемой государством системы политических, органи-

³ См.: Еропкин М. И. Административно-правовая охрана общественного порядка. Л., 1973.

⁴ См.: Здир Я. И. По поводу прочитанного // Советское государство и право. 1967. № 2.

⁵ Утверждена Президентом РФ 14 ноября 2013 г. № Пр-2685. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

зационных, социально-экономических, информационных, правовых и иных мер, направленных на противодействие преступным и иным противоправным посягательствам, а также на предупреждение, ликвидацию и (или) минимизацию последствий чрезвычайных ситуаций природного или техногенного характера». Говоря иначе, общественная безопасность есть противодействие преступности и минимизация последствий ЧП.

Полагаем, что категорию «общественная безопасность» следует трактовать шире. Ее можно определить как *набор мер (правовых, организационных, технических), позволяющих поддерживать определенный уровень защищенности отдельного гражданина, групп граждан и общества в целом от угроз жизни, здоровью индивидов, ущерба имуществу, которые могут возникнуть на территории государства.*

Если опираться на это определение, то получается, что понятия «общественная безопасность» и «внутренняя безопасность» будут синонимичными, что представляется верным.

Определение понятия «безопасность дорожного движения» имеет также широкую палитру мнений. Так, В. В. Лукьянов утверждал, что «безопасность дорожного движения представляет собой не некую степень защищенности лиц, участвующих в дорожном движении, а полную их защищенность от дорожно-транспортных происшествий»⁶. Собственно, под безопасностью дорожного движения он понимал «такое положение процесса движения, которое не допускает риска возникновения дорожных происшествий и негативных последствий, так как лицо, управляющее транспортным средством, сохраняет управление автомобилем в соответствии с требованиями нормативных правовых актов»⁷. В. И. Майоров характеризует данное понятие как «состояние защиты потребностей индивида и всего общества в надлежащей реализации транспортного перемещения, сохранении, в первую очередь, жизни и здоровья лиц, участвующих в дорожном движении, и их материальных ценностей от ДТП»⁸. Ю. П. Луконин определяет безопасность дорожного движения как «систему общественных отношений, связанных с защитой личности, общества и государства от ДТП»⁹. Список суждений по данному поводу можно продолжить, но и приведенных, на наш взгляд, достаточно для того, чтобы сделать вывод, что сущность данного понятия всеми исследователями воспринимается примерно одинаково, различия имеются только в манере изложения.

Обратимся к легальному определению понятия «безопасность дорожного движения». Профильный законодательный акт – Федеральный

⁶ Лукьянов В. В. Безопасность дорожного движения. М., 1974. С. 47.

⁷ Там же.

⁸ Майоров В. И. Административно-правовые проблемы управления обеспечением безопасности дорожного движения : дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 1997. С. 290.

⁹ Луконин Ю. П. Правовые основы контрольно-надзорной деятельности органов внутренних дел в сфере дорожного движения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2009. С. 12.

закон от 10 декабря 1995 г. № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения»¹⁰ определяет эту категорию как «состояние данного процесса, отражающее степень защищенности его участников от дорожно-транспортных происшествий, снижение тяжести их последствий».

Попробуем разобрать эту дефиницию более подробно. Итак, безопасность дорожного движения – это состояние некоторого процесса, т. е. процесс, который имеет определенные качественные характеристики. В определении прямо указано, что под процессом следует понимать собственно дорожное движение. Однако если четко следовать нормам рассматриваемого федерального закона, то это не совсем так. Дорожное движение в нем определяется не как собственно процесс, а как «совокупность общественных отношений, возникающих в процессе перемещения людей и грузов с помощью транспортных средств или без таковых в пределах дорог». Поэтому перемещение людей, грузов и транспортных средств (процесс) – это только технологическая часть дорожного движения.

Участниками общественных отношений могут быть только люди, поэтому перемещение грузов и (или) транспортных средств без участия человека в качестве дорожного движения не воспринимается. В настоящее время вполне реальна перспектива перемещения транспортных средств с грузами или без грузов без участия человека. Такие транспортные средства разрабатываются. Они же будут перевозить и людей, которые в процессе дорожного движения, по мысли разработчиков, не смогут вмешиваться в процесс движения транспортного средства. Это существенным образом смещает существующую парадигму дорожного движения в новую, пока не опосредованную правом, область.

Содержание вышеприведенных определений подталкивает к необходимости обратить внимание на дефиницию «дорога», под которой рассматриваемый законодательный акт понимает «обустроенную или приспособленную и используемую для движения транспортных средств полосу земли либо поверхность искусственного сооружения. Дорога включает в себя одну или несколько проезжих частей, а также трамвайные пути, тротуары, обочины и разделительные полосы при их наличии», а также «транспортное средство», под которым понимается «устройство, предназначенное для перевозки по дорогам людей, грузов или оборудования, установленного на нем».

Следует отметить, что данные определения не отражают всей сложности существующих общественных отношений в рассматриваемой области. Начнем с того, что тротуар является частью дороги. По тротуарам люди перемещаются на велосипедах, в том числе на велосипедах с электромоторами, таких как гироскутеры, и иных схожих с ними транспортных средствах. Однако такое перемещение не воспринимается как участие в дорожном движении и не охватывается категорией «обеспечение безопасности дорожного движения». Не все так просто и с интерпретацией рассматриваемых понятий в подзаконных актах. Так, в частности, Пра-

¹⁰ Собр. законодательства Рос. Федерации. 1995. № 50. Ст. 7873.

вила дорожного движения, утвержденные постановлением Правительства РФ от 23 октября 1993 г. № 1090¹¹, трактуют понятие «дорога» так же, как и Федеральный закон о безопасности дорожного движения. Но при этом вводят дополнительный элемент дороги – велосипедную дорожку, понимая под ней «конструктивно отделенный от проезжей части и тротуара элемент дороги (либо отдельную дорогу), предназначенную для движения велосипедистов». Эти изменения введены в Правила дорожного движения в 2014 г. (постановление Правительства РФ от 22 марта 2014 г. № 221)¹², но не повлекли за собой изменений в общее определение дороги.

Не совсем ясно и с трамвайными путями. Дело в том, что трамваи могут передвигаться между населенными пунктами. Передвигаются они по рельсам и в этом смысле становятся схожими с железнодорожным транспортом, для которого предусмотрена обособленная система правового регулирования. Железнодорожные пути проходят также и через населенные пункты. В настоящее время расширяется использование железнодорожного транспорта в качестве внутригородского транспорта со всеми вытекающими последствиями.

Таким образом, дефиниция «дорога», изложенная в рассматриваемом федеральном законе, уже сейчас подлежит уточнению. Как представляется, *под ней все же следует понимать проезжую часть, непосредственно предназначенную для перемещения транспортных средств, а также обочины*. Все остальные компоненты из перечисленных выше требуют отдельного определения. На данное суждение, несомненно, найдутся возражения, однако следует помнить, что транспортные средства, потерявшие управление или направляемые злоумышленниками, наносят ущерб не только на дорогах, но и на лестницах подземных переходов, на участках поверхности, на которых движение транспортных средств полностью запрещено. В какой-то мере противодействие таким проявлениям должно также охватываться понятием «безопасность дорожного движения», так как речь идет о транспортных средствах (как правило, об автомобилях или автобусах) и лицах, имеющих право на управление данными транспортными средствами.

Подвергнув анализу категории «государственная функция» и «обеспечение безопасности дорожного движения», перейдем к определению содержания данной функции и административно-правовых механизмов ее практической реализации. Начнем с вопроса, почему данная общественно полезная функция должна быть именно государственной? Для этой цели проанализируем следующие принципы, на которых должна строиться фактическая работа по обеспечению безопасности дорожного движения, изложенные в федеральном законе о безопасности дорожного движения (ст. 3).

1. *Приоритет жизни и здоровья граждан, участвующих в дорожном движении*, над экономическими результатами хозяйственной деятельно-

¹¹ Собр. актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 47. Ст. 4531.

¹² Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 14. Ст. 1625.

сти. Как отмечают С. Н. Чмырев, Е. В. Артемьев и Н. В. Богатырева, «данный принцип соответствует ст. 2 Конституции РФ, которая рассматривает человека, его права и свободы в качестве высшей ценности»¹³. Данная научная позиция представляется спорной. Указанный принцип является прямым развитием такого неотъемлемого права человека, как право на жизнь. Вся система обеспечения безопасности, которая поддерживается государством (система обеспечения безопасности дорожного движения здесь не является исключением), направлена прежде всего на снижение вероятности смерти людей при возникновении каких-либо обстоятельств, на которые государство обязано или имеет возможность повлиять.

Дорожное движение является практически неотъемлемой частью жизни людей и в городах, и в сельской местности. В настоящее время трудно встретить человека, который регулярно не перемещался бы посредством принадлежащего ему самому, какой-либо организации или общественного транспорта. Следовательно, будучи водителем или пассажиром, подавляющее большинство людей потенциально подвергают свою жизнь и здоровье опасности. По данным сайта *autoexpert.today*, число погибших в автомобильных авариях в России в 2018 г. составило 16 600 чел.; пострадавших – 168 146 чел. В связи с этим наведение порядка в дорожном движении весьма актуально и возможно разными мерами. Существенную долю среди них по-прежнему занимает угроза применения легального принуждения и собственно легальное принуждение. Никто, кроме государства, не может обладать монополией осуществлять такое принуждение, что и является юридическим основанием того, что функция обеспечения безопасности дорожного движения должна быть государственной. Однако это не исключает необходимости и возможности участия общества в ее реализации любым законным способом.

2. Приоритет ответственности государства за обеспечение безопасности дорожного движения над ответственностью граждан, участвующих в дорожном движении. Данный принцип можно трактовать и широко, и конкретно.

Начнем с широкого подхода. Если, исходя из наивысшей обязанности государства обеспечивать сохранность жизни своих граждан, оно в лице уполномоченных органов взяло на себя корреспондирующую к ней обязанность обеспечения безопасности дорожного движения, то оно обязано не только устанавливать определенные правила (например, Правила дорожного движения или Правила пользования автомобильными дорогами), но и непосредственным образом обеспечивать проектирование и строительство безопасных автомобильных дорог, установку дорожной разметки и знаков, устранять большинство факторов, препятствующих безопасному дорожному движению.

В узком смысле государство в лице его уполномоченных органов или организаций, которым делегированы отдельные полномочия по обеспе-

¹³ Чмырев С. Н., Артемьев Е. В., Богатырева Н. В. Комментарий к Федеральному закону от 10 декабря 1995 г. «О безопасности дорожного движения». Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

чению безопасности дорожного движения, должно возмещать ущерб, который понесли граждане в результате, например, сбоев в работе светофоров, действий сотрудников ДПС, непосредственно регулирующих дорожное движение, или иных действий данных сотрудников (направленных, в частности, на задержание правонарушителя посредством выставления «щита» из автомобилей и т. п.).

Таким образом, рассмотренные выше принципы являются теоретической основой для того, чтобы воспринимать обеспечение безопасности дорожного движения именно в качестве очевидной государственной функции.

Данный анализ был бы не полным, если не рассмотреть содержание еще одного принципа из определенных федеральным законом о безопасности дорожного движения, а именно: *соблюдение интересов граждан, общества и государства при обеспечении безопасности дорожного движения*. Думается, что современное демократическое государство является не только «карающим мечом», создающим многочисленные обязательства и запреты и обеспечивающим своими принудительными возможностями их реализацию, но и должно быть координатором согласования различных по своей направленности интересов. Полагаем, можно установить на территории всей России предельно разрешенную скорость 40 км/час. При этом число ДТП в целом и со смертельным исходом в частности резко упадет. Но как такое решение скажется на экономических и личных интересах граждан? Очевидно, что в экономике от реализации данного решения возникнет коллапс. Общество и граждане прямо заинтересованы в обеспечении безопасности дорожного движения, однако ситуация, когда за нарушение скоростного режима при использовании автоматических средств фиксации в отдельно взятом субъекте РФ ежегодно привлекается число граждан, значительно превышающее общее число жителей данного региона, не может рассматриваться в качестве нормальной. Отсюда следует, что обеспечение безопасности дорожного движения должно строиться на соблюдении баланса между законными интересами общества в целом и граждан в частности, а также самого государства как всеобщей политической организации общества.

Рассмотрим ряд основных направлений обеспечения безопасности дорожного движения с точки зрения их реализации как государственной функции. Прежде всего, обращает на себя внимание тот факт, что данные направления перечислены в ст. 5 федерального закона о безопасности дорожного движения не в соответствии с необходимыми приоритетами. На наш взгляд, на первом месте в данном перечне должна стоять *задача принятия законодательных и иных нормативных правовых и нормативно-технических актов*, регулирующих отношения в области обеспечения исполнения данной государственной функции. То есть первоосновой для всего остального должна стать правовая платформа.

В трактовке действующих положений рассматриваемого федерального закона данное направление сформулировано следующим образом: «разработка и утверждение в установленном порядке законодательных, иных нормативных правовых актов по вопросам обеспечения безопасно-

сти дорожного движения: технических регламентов, правил, документов по стандартизации, принимаемых в соответствии с законодательством Российской Федерации о стандартизации, технических норм и других нормативных документов». Такое перечисление, к сожалению, воспринимается как проявление низкой юридической техники. Как представляется, достаточно того перечисления видов правовых актов, которое было приведено выше.

При анализе данного направления неизбежно возникает следующий вопрос: насколько детальной должна быть такая правовая и нормативно-техническая регламентация? Ответ мог бы звучать следующим образом: разумно достаточной, т. е. такой, когда задачи обеспечения безопасности дорожного движения, безусловно, были бы нормативно обеспечены, но не излишне мелочной, чтобы не оставить возможности для технического прогресса автомобилестроителям, архитекторам автомобильных магистралей и иным субъектам данных отношений. Поэтому принцип разумной достаточности должен быть сформулирован в федеральном законе о безопасности дорожного движения.

Далее, по степени значимости следует такое направление, как *деятельность по организации дорожного движения*. Представляется, здесь должна быть осуществлена более подробная детализация задач, выполняемых федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления для ее практической реализации. Однако в настоящее время она сформулирована в самом общем виде. Конечно, данное направление корреспондирует к такому направлению, как *установление полномочий и ответственности Правительства РФ, федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления* (которое, кстати, представлено в ст. 5 рассматриваемого федерального закона на первом месте). Однако не ясно, о каких именно полномочиях идет речь, подразумевается ли под установлением полномочий и ответственности весьма важная с административно-правовой и финансово-правовой точек зрения задача их разграничения между субъектами публичного управления разных уровней. Поэтому необходимо прямо указать в тексте рассматриваемого законодательного акта, в чем именно заключается данное направление государственной деятельности.

Если попытаться установить системную связь между данным направлением деятельности по организации дорожного движения и содержанием ст. 21 «Мероприятия по организации дорожного движения» рассматриваемого федерального закона, то в данной статье также отсутствует какая-либо конкретика. Указывается лишь, что эти мероприятия осуществляются в целях повышения безопасности дорожного движения и пропускной способности дорог целым рядом субъектов (федеральные органы исполнительной власти, органы исполнительной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления, юридические и физические лица, являющиеся собственниками или иными владельцами автомобильных

дорог). Основной акцент делается на создании и обеспечении функционирования парковок (парковочных мест) в границах населенных пунктов. Справедливости ради следует отметить, что организация дорожного движения, помимо норм рассматриваемого федерального закона, осуществляется также в соответствии с Федеральным законом от 29 декабря 2017 г. № 443-ФЗ «Об организации дорожного движения в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁴, а также в соответствии с Федеральным законом от 8 ноября 2007 г. № 257-ФЗ «Об автомобильных дорогах и о дорожной деятельности в Российской Федерации и о внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹⁵.

Итак, государственная функция представляет собой постановку и реализацию определенной задачи, исполнение которой органами государства либо вытекает из самой сущности государства как публичной организации общества, либо возлагается на себя государством в целях соблюдения всеобщего интереса граждан данного государства (публичного интереса).

Возложение на себя государством определенных функций зависит от множества конкретных общественно-исторических условий, в том числе от состояния экономики, уровня развитости саморегулирования в определенных областях общественных отношений, а также от зрелости гражданского общества.

На наш взгляд, государственная функция «обеспечение безопасности дорожного движения» является производной от государственной функции «обеспечение общественной безопасности», которая, в свою очередь, является производной от государственной функции «обеспечение общественного порядка». Однако в силу особой значимости данной задачи для всего общества в целом ее следует признать самостоятельной государственной функцией.

Проведенный анализ содержания ряда норм Федерального закона от 10 декабря 1995 г. № 196-ФЗ «О безопасности дорожного движения» показал, что данный законодательный акт требует существенной переработки, так как не в полной мере отражает существо государственной функции «Обеспечение безопасности дорожного движения».

¹⁴ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 1 (ч. 1). Ст. 27.

¹⁵ Там же. 2007. № 46. Ст. 5553.

Воронежский государственный университет

*Верзилин С. В., аспирант кафедры административного и административного процессуального права
E-mail: madridec@mail.ru*

Voronezh State University

*Verzilin S. V., Post-graduate Student of the Administrative and Administrative Procedural Law Department
E-mail: madridec@mail.ru*

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ. ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

УДК 342.8

АДМИНИСТРАТИВНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА РАСПРОСТРАНЕНИЕ НЕДОСТОВЕРНОЙ ИНФОРМАЦИИ И ГАРАНТИИ ПРЕДВЫБОРНОЙ АГИТАЦИИ

С. Н. Хорунжий

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: исследуются правоприменительные проблемы межотраслевого регулирования ответственности за распространение недостоверной общественно значимой информации в агитационный период; проводится ограничение информирования от агитации; указывается, что на содержание агитационных материалов не распространяются требования достоверности и объективности, являющиеся обязательными только для информирования; последнее теоретически позволяет распространять ответственность, предусмотренную нормами ст. 13.15 КоАП РФ, а также Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», на действия субъектов избирательного процесса; демонстрируется юридически-лингвистическая неопределенность рассматриваемых правовых конструкций; сформулированы основные вопросы, требующие первоочередного решения.

Ключевые слова: недостоверная информация, недействительная информация, общественно значимая информация, распространение информации, избирательная кампания, агитация, информирование, баланс частных и публично-правовых начал.

Abstract: the article examines the law enforcement problems of intersectoral regulation of responsibility for the dissemination of unreliable socially important information during the campaign period; the separation of information from agitation is carried out; indicates that the content of campaign materials is not subject to the requirements of accuracy and objectivity, which are mandatory only for information; the latter theoretically allows to extend the responsibility provided for by the norms of art. 13.15 of the Administrative Code of the Russian Federation, as well as the Federal Law «On Information, Information Technologies and Information Protection», on the actions of subjects of the electoral process; demonstrates the legal and linguistic uncertainty of the legal structures under consideration; formulated the main issues that require priority.

Key words: administrative responsibility, false information, agitation, election campaign, socially significant information, balance, constitutional values, private and public interests.

Правовое регулирование общественных отношений призвано обеспечить реализацию основополагающих прав и свобод человека и гражданина, гарантированных Конституцией РФ. Обеспечение стабильности

существующих общественных отношений, с одной стороны, и поступательного развития, с другой, возможно только при соблюдении баланса частноправовых и публично-правовых начал правового регулирования. Как неоднократно указывал Конституционный Суд РФ, законодательное регулирование должно быть направлено на соблюдение баланса конституционно-защищаемых ценностей¹. В этом смысле представляется верным и обратное утверждение: изменение общественных отношений требует от государства сообразного реагирования, в том числе посредством изменения действующих, а также принятия новых правовых норм.

В этом смысле представляют интерес ряд новых федеральных законов, комплексным образом изменяющих квалификацию общественных отношений, попадающих в сферу их правового регулирования. В данном случае речь идет о Федеральном законе от 18 марта 2019 г. № 27-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях» и Федеральном законе от 18 марта 2019 г. № 31-ФЗ «О внесении изменений в статью 15.3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации», устанавливающих ответственность за распространение недостоверной общественно значимой информации. Вступление в силу указанных законов может существенным образом повлиять на правоприменение, охватываемых ими общественных отношений в сфере избирательного законодательства и сопряженных правовых институтов: информирования, агитации, а также проведения публичных мероприятий. Именно в данном аспекте реализации прав граждан в целях обеспечения баланса конституционно защищаемых ценностей далее рассматриваются соответствующие аспекты законодательного регулирования. По этой причине за рамки предпринятого здесь небольшого исследования выведены вопросы государственно-правовой и социально-политической мотивации, а также поиска иных нормативно-идеологических мотивов разработки и принятия указанных законов. Предметом нашего внимания является исключительно юридическое содержание анализируемых ниже законоположений, нормативная непротиворечивость смежных правовых институтов.

В качестве отправной точки возьмем такие известные критерии исследования нормативных правовых актов, как «юридико-лингвистическая неопределенность» и «нормативные коллизии»². Несмотря на то что их нормативная легализация получила раскрытие в специальном законодательстве, считаем возможным использовать юридические опре-

¹ Подробнее см.: Хорунжий С. Н. Обеспечение баланса интересов как задача органов государственной власти // Конституционное право : итоги развития, проблемы и перспективы : материалы Междунар. науч. конф. / отв. ред. С. А. Авакьян. М., 2017.

² Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : постановление Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96. Здесь и далее нормативные правовые акты приведены из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

деления, данные законодателем. В частности, под нормативной неопределенностью понимается «употребление неустоявшихся, двусмысленных терминов и категорий оценочного характера», нормативные же коллизии раскрываются как противоречия, в том числе внутренние, между нормами, создающие для государственных органов, органов местного самоуправления или организаций (их должностных лиц) возможность произвольного выбора норм, подлежащих применению в конкретном случае³.

На основе критериев неопределенности и коллизионности проведем сравнительный анализ положений указанных выше законов, сопоставив их с требованиями других нормативных актов в части распространения информации. Речь идет о предвыборной агитации, по отношению к которой федеральный законодатель не устанавливает требования достоверности и объективности содержащейся в ней информации. В связи с принятием указанных выше законов возникает принципиальный вопрос о возможности административного преследования кандидатов в период избирательной кампании: подлежит ли ответственности лицо за распространение сведений, содержащихся в его агитационных материалах, которые, согласно федеральному законодательству, могут быть недостоверными и необъективными?

Основным законом, обеспечивающим реализацию избирательных прав граждан, является Федеральный закон от 12 июня 2002 г. № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (далее – ФЗ № 67). Указанный федеральный закон в главе 8 устанавливает гарантии прав на получение и распространение информации о выборах. В рамках информационного обеспечения выборов ФЗ № 67 выделяет два различных направления – информирование избирателей и предвыборную агитацию. При этом законодатель презюмирует социально-положительные последствия информирования и агитации – осознанное волеизъявление граждан (ст. 44 ФЗ № 67).

Несмотря на общую цель, информирование и агитация имеют существенные различия в правовой регламентации соответствующей деятельности. Первая из них является обязанностью публичных органов власти, избирательных комиссий, средств массовой информации и других предусмотренных законом субъектов избирательных правоотношений (п. 1 ст. 45 ФЗ № 67). При этом закон четко указывает, что информационные материалы, которые размещаются в средствах массовой информации, а также распространяемые другим способом, должны быть объективными и достоверными (п. 2 ст. 45 ФЗ № 67).

В свою очередь, нормы федерального закона, регулирующие порядок проведения предвыборной агитации, не определяют требований к содержанию информационного материала с точки зрения их объективности

³ Методика проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов : утв. постановлением Правительства РФ от 26 февраля 2010 г. № 96.

и достоверности. В отличие от информирования, законодатель дает понятие агитации и указывает на признаки, отграничивающие агитацию от информирования. В частности, под агитационными материалами понимаются печатные и иные материалы, содержащие признаки предвыборной агитации, предназначенные для массового распространения и обнародования в период избирательной кампании (п. 1 ст. 2 ФЗ № 67). Сама же предвыборная агитация квалифицируется законодателем как деятельность, которая имеет цель побудить или же побуждающая избирателей к голосованию за кандидата(ов) или, наоборот, против него (них) (п. 4 ст. 2 ФЗ № 67).

Признаками агитации являются, в частности, призывы к голосованию (за или против) либо описание возможных последствий в случае, если соответствующее лицо будет избрано или, напротив, не будет избрано. К агитации относится также распространение информации, имеющей позитивные (или негативные) комментарии в отношении кандидата либо избирательного объединения (подп. «а», «в», «г» п. 2 ст. 48 ФЗ № 67). Кроме того, в качестве агитации законодатель квалифицирует деятельность, которая создает положительное либо отрицательное отношение к кандидату или избирательному объединению (подп. «е» п. 2 ст. 48 ФЗ № 67).

Таким образом, анализ п. 2 ст. 48 ФЗ № 67 позволяет выделить следующие существенные для целей данного исследования юридические признаки агитации:

- а) деятельность, связанная с распространением информации;
- б) деятельность, способствующая формированию положительного или отрицательного отношения к кому-либо или чему-либо;
- в) деятельность, сопряженная с описанием возможных последствий событий, относительно которых неизвестно наступит оно или нет (например, избрание или неизбрание).

Указанные элементы весьма близки признакам составов административных правонарушений, вводимых ч. 9–11 ст. 13.15 КоАП РФ. Так, гипотеза всех трех частей данной статьи включает в себя распространение заведомо недостоверной общественно значимой информации под видом достоверных сообщений. Диспозиции частей отличаются:

первая охватывает последствия, связанные с созданием угрозы причинения вреда жизни и (или) здоровью граждан, имуществу либо угрозы массового нарушения общественного порядка и (или) общественной безопасности, либо угрозы создания помех функционированию или прекращения функционирования объектов жизнеобеспечения, а также транспортной или социальной инфраструктуры (ч. 9 ст. 13.15 КоАП РФ);

вторая говорит о том, что такое распространение информации уже повлекло создание помех в функционировании объектов жизнеобеспечения, а также транспортной или социальной инфраструктуры (ч. 10 ст. 13.15 КоАП РФ);

третья содержит самые тяжелые последствия – смерть человека (причинение вреда здоровью человека или имуществу) либо массовое нарушение общественного порядка и (или) общественной безопасности, прекра-

шение функционирования объектов жизнеобеспечения, транспортной или социальной инфраструктуры (ч. 11 ст. 13.15 КоАП РФ).

Сразу отметим, что агитационная кампания сопровождается, как правило, различными политическими мероприятиями, в том числе митингами, демонстрациями, шествиями, которые в конечном счете могут создавать как возможность (угрозу) нарушения общественного порядка и (или) общественной безопасности, так и помехи в функционировании объектов транспортной инфраструктуры. Как известно, проведение таких мероприятий является предметом самостоятельного правового регулирования Федерального закона от 19 июня 2004 г. № 54-ФЗ «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» (далее – ФЗ о митингах). Отметим, что КоАП РФ в ст. 20.2 предусматривает административную ответственность за нарушение порядка организации либо проведения митинга, демонстрации, шествия или пикетирования. Более того, ч. 3 ст. 20.2 КоАП РФ прямо говорит о действиях, которые повлекли создание помех функционированию объектов жизнеобеспечения, транспортной или социальной инфраструктуры либо доступу граждан к соответствующим объектам инфраструктуры. Как видим, диспозиция данной нормы весьма близка диспозициям ч. 9–11 ст. 13.15 КоАП РФ.

Сравнительная характеристика диспозиций ч. 9–11 ст. 13.15 и ч. 3 ст. 20.2 КоАП РФ позволяет говорить о возможной конкуренции данных норм в процессе правоприменения. При этом решение вопроса о применимой норме осложняется отсутствием в законе указаний о возможности субсидиарного применения последствий, предусмотренных специальным федеральным законодательством о собраниях, митингах, демонстрациях и шествиях, а именно ответа на вопрос о субъекте и степени ответственности в случае, когда организатором были соблюдены требования ФЗ о митингах, но возникли негативные последствия, указанные в соответствующих составах ч. 9–11 ст. 13.15 КоАП РФ, в том числе при проведении агитационной кампании кандидата.

Логично предположить, что все решения могут находиться в гипотезах анализируемых нами норм. Проанализируем значимые для нашего вопроса правоположения ч. 9–11 ст. 13.15 КоАП РФ: «заведомо недостоверная общественно значимая информация», «вид достоверных сообщений». Выделим следующие содержащиеся в данных нормах ключевые понятия и категории: а) недостоверная информация; б) общественно значимая информация; в) достоверное сообщение.

Обратимся к некоторым основополагающим нормативным правовым актам. Таковыми, с учетом рассматриваемых аспектов видятся нормы Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), соответствующие положения ФЗ об информации и Закона РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации» (далее – Закон о СМИ).

Гражданский кодекс РФ, являясь определяющим в регламентации социально-приемлемых и юридически дозволенных моделей поведения, информацию относит к самостоятельным объектам гражданских прав, не раскрывая при этом ее понятия и содержания. Вместе с тем нор-

мы ГК РФ достаточно подробно регламентируют отдельный спектр правоотношений, связанных с действиями лица в отношении информации, которая является неотъемлемой частью целого ряда институтов современной цивилистики. В наиболее структурном виде это представлено в ч. 4 ГК РФ, посвященной правам на результаты интеллектуальной деятельности и средствам индивидуализации. Не вдаваясь в подробности указанных правоотношений, анализ которых явно выходит за рамки рассматриваемых нами вопросов, скажем лишь о принципиальной квалификации любых действий субъектов, подпадающих к сфере регулирования гражданского законодательства.

Речь идет о презумпции добросовестности поведения, ожидаемого от любого участника отношений: добросовестность и разумность действий, предполагается, закрепляет п. 5 ст. 10 ГК РФ. Указанное предположение, следовательно, распространяется и на случаи реализации лицом своих субъективных прав, связанных с распространением любой информации. Недобросовестность, как указывает Верховный Суд РФ, имеет место только в случае, когда присутствует «очевидное отклонение» участника от добросовестного поведения⁴. С учетом сказанного, при определении факта распространения информации и возникновения негативных последствий потребуется квалифицировать добросовестность действий лица, являющегося, например, автором произведения литературы (ст. 1257 ГК РФ) и распространяющего его (ст. 1270 ГК РФ). При этом произведения литературы, содержащие вымышленный или мифический сюжет, выполненные, например, в жанре фэнтези или фантастики, опубликованные в СМИ или сети «Интернет» и повлекшие последствия, указанные в анализируемых частях ст. 13.15 КоАП, могут, как мы видим, формально стать предметом для установления в действиях соответствующего лица признаков состава административного правонарушения⁵.

ФЗ об информации в сферу правового регулирования включает отношения, связанные с самим фактом распространении информации, что в полной мере отражает аспекты рассматриваемых нами правовых явлений. В ст. 1 ФЗ об информации законодателем сформулировано понятие информации – «сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления». Кроме того, закон активно использует категорию «недостоверность». В частности, при определении права на доступ к информации указывается, что в случае причинения убытков, вызванных предоставлением заведомо недостоверной информации, они подлежат возмещению в соответствии с гражданским законодательством. Кроме

⁴ О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 г. № 25.

⁵ Хрестоматийным и, наверное, самым ярким примером является известная история, связанная с радиопостановкой романа Г. Уэллса «Война миров» в эфире 30 октября 1938 г. Согласно легенде, радиослушатели восприняли спектакль за настоящий новостной репортаж, поверили в нападение марсиан, что вызвало панику у многочисленных жителей северо-востока США.

того, раскрывая обязанности оператора поисковой сети, закон закрепляет право заявителя (физического лица) потребовать прекратить выдавать доступ к информации, которая является недостоверной. Вместе с тем ФЗ об информации не раскрывает содержания рассматриваемых нами понятий. Напротив, он еще более активно стал ими оперировать после принятия указанного уже выше Федерального закона от 18 марта 2019 г. № 31-ФЗ «О внесении изменений в статью 15.3 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Соответствующими изменениями ст. 15.3 дополняется ч. 1.1–1.5, которые уточняют порядок ограничения доступа к информации, распространяемой с нарушением закона. В частности, Роскомнадзор на основании обращений соответствующих лиц, поступивших в отношении недостоверной общественно значимой информации, распространяемой под видом достоверных сообщений, которая создает угрозу причинения вреда жизни и (или) здоровью граждан, имуществу, угрозу массового нарушения общественного порядка и (или) общественной безопасности либо угрозу создания помех функционированию или прекращения функционирования объектов жизнеобеспечения, транспортной или социальной инфраструктуры, кредитных организаций, объектов энергетики, промышленности или связи, которая размещена на информационном ресурсе, зарегистрированном в соответствии с Законом РФ об информации в качестве сетевого издания, незамедлительно уведомляет редакцию соответствующего издания о необходимости удаления указанной информации. После получения уведомления редакция сетевого издания обязана незамедлительно удалить такую информацию. В противном случае оператор связи принимает меры по ограничению доступа к этому сетевому изданию. Данный порядок не применяется к новостным агрегаторам.

Обратим внимание, что в отношении недостоверной информации в тексте ФЗ об информации исключено указание на «заведомую недостоверность», содержащуюся в КоАП РФ. К сожалению, ничего иного в части определения понятия «недостоверность информации» базовый закон не содержит.

Закон РФ о СМИ достаточно активно использует понятие «недостоверность» и образованные на ее основе словосочетания – «недостоверность информации», «недостоверность сведений», однако не раскрывает их содержания. Противоположная ей категория – «достоверность» – используется либо в рамках права граждан на оперативное получение сведений о деятельности органов власти, общественных объединений, а также должностных лиц (ст. 38), либо в качестве запрета злоупотребления правами журналиста, устанавливая недопустимость распространения слухов под видом достоверных сообщений (ст. 51).

Как видим, основные нормативные правовые акты не раскрывают понятия недостоверности. Более того, они даже не определяют критерии или условия квалификации информации в качестве таковой.

Анализ практики Верховного Суда РФ позволяет говорить о том, что в актах высшей судебной инстанции категории «недостоверная инфор-

мация», «недействительная информация», «ложная информация» используются в качестве взаимозаменяемых синонимичных понятий⁶. При этом Верховный Суд РФ в одном из своих постановлений дает понятие недействительной информации – «утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения». Также подчеркивается, что таковыми (т. е. не соответствующими действительности) являются сведения, которые содержатся в судебных актах (решениях, приговорах), а также иных официальных документах, в отношении которых предусмотрен иной порядок судебного обжалования⁷.

Вероятно, это не случайно. Четкая нормативная формализация, допускаемая для судебного акта и, тем более, нормативного правового акта, требует соответствующей юридико-лингвистической определенности, при отсутствии которой категория не может быть включена в текст правового документа. Бесспорно, наиболее близкой к этому является воспроизведенное выше понятие недействительности информации, которая и получила юрисдикционное раскрытие.

Подобные трудности возникают и при квалификации «общественной значимости» информации, что является также составообразующим признаком соответствующих частей ст. 13.15 КоАП РФ и 15.3 ФЗ об информации. Не трудно заметить, что рассмотренные выше признаки агитации в определенной степени могут быть применены по отношению к распространяемой информации, поскольку агитация, сопровождающая призывы к участию в формировании государственно-значимых институтов представительной демократии, в полной мере соответствует критерию «распространение общественно значимой информации»⁸.

Центральная избирательная комиссия РФ (далее – ЦИК России), пытаясь нормативно отграничить распространение достоверной и объективной информации (информирование) от агитационной деятельно-

⁶ Рассматривая возможность возмещения убытков, причиненных распространением недействительной информации, суд ссылается на ст. 152 и 1064 ГК РФ, которые в свою очередь устанавливают недопустимость распространения недействительной информации (см.: О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2017 г. № 53).

⁷ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3.

⁸ О признаках, отграничивающих информацию от агитации см., например: *Лолаева А. С.* «Информирование избирателей» и «предвыборная агитация» : к вопросу о разграничении понятий // Информационное право. 2017. № 4. С. 39–44 ; *Попова О. О.* Институциональный подход к исследованию предвыборной агитации // Конституционное и муниципальное право. 2016. № 6. С. 57–61 ; *Толкушкин М. И.* Институт предвыборной агитации : некоторые размышления // Там же. № 4. С. 49–50 ; *Данилевский Ю. А.* Применение мер юридической ответственности за нарушение порядка предвыборной агитации // Современное право. 2015. № 7. С. 161–164.

сти, справедливо указывает, что одной из проблем, возникающей в ходе избирательной кампании, может стать ситуация, связанная с распространением недостоверных сведений о кандидате или избирательном объединении⁹. В этой части ЦИК России рекомендует использовать цивилистические механизмы – институты защиты чести и достоинства, а также деловой репутации юридических лиц и граждан¹⁰. Кроме того, Уголовный кодекс РФ предусматривает ответственность за распространение заведомо ложных сведений, которые порочат честь и достоинство лица либо подрывают его репутацию и содержатся в публичном выступлении или в средствах массовой информации (ст. 128.1).

Вместе с тем ЦИК России, отграничивая информирование от агитации, указывает, что в случае информирования следует учитывать, что содержание информационных материалов должно быть объективным и достоверным (п. 2 ст. 45 ФЗ № 67), не нарушать равенство кандидатов (избирательных объединений), а также особые правила опубликования результатов опросов общественного мнения (ст. 46 ФЗ № 67) и итогов голосования (п. 7 ст. 45 ФЗ № 67). Применительно же к распространению информации в виде агитационных материалов требования существенно иные: исполнение сроков агитационного периода (ст. 49 ФЗ № 67), обязательность финансирования исключительно из средств избирательных фондов (п. 5 ст. 48 ФЗ № 67), специальные требования по использованию изображений и высказываний (п. 9, 9.1 ст. 48 ФЗ № 67), а также соблюдение запретов на проведение предвыборной агитации (п. 7 ст. 48 ФЗ № 67).

Конституционный Суд РФ (далее – КС РФ), рассматривая агитацию и информирование, проводит еще более четкую демаркационную линию: информационная деятельность любого характера может побудить избирателя сделать соответствующий выбор, причем как распространение достоверных и объективных данных (информирование), так и призывы голосовать (агитация). Поэтому, по мнению КС РФ, единственным критерием, который позволяет отграничить информирование от предвыборной агитации, является наличие специальной цели, установленной законодателем – склонение избирателя в определенную сторону (обеспечить либо поддержку, либо, напротив, противодействие конкретному кандидату). В противном случае граница между предвыборной агитацией и информированием была бы стерта. Более того, как справедливо указывает КС РФ, последствия агитации не являются элементом объективной стороны состава правонарушения. Последний ограничен самим фактом противоправного действия, вне зависимости от того, повлияла ли информация на избирателей и как именно. Умысел, говорит КС РФ, как эле-

⁹ О Справочно-методическом материале по некоторым вопросам использования информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» для информационного обеспечения выборов : выписка из протокола заседания ЦИК России от 29 июля 2015 г. № 294-1-6 (в ред. от 01.11.2017) // Вестник ЦИК России. 2015. № 7.

¹⁰ О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3.

мент субъективной стороны правонарушения не охватывает последствия незаконной агитации, но заключается лишь в самом осознании прямой цели такого противоправного действия¹¹.

Нормы ФЗ № 67, а также рассмотренные выше правоположения КС РФ подтверждают выдвинутый ранее тезис о принципиальной допустимости распространения общественно значимой информации, не обладающей признаками достоверности и объективности в СМИ в форме агитационных сообщений (информации). В этом смысле проведенное КС РФ отграничение информации от агитации, бесспорно, весьма четкое, но исключительно с точки зрения правового определения цели, а не практической правоприменительной деятельности, в рамках которой квалификация может быть достаточно усмотрительной. Включение же в состав правонарушений последствий в виде «создание угрозы причинения вреда» (ч. 9 ст. 13.15 КоАП РФ) или «повлекшее создание помех» (ч. 10 ст. 13.15 КоАП РФ) предполагает еще более существенные трудности при квалификации агитационной деятельности в рамках избирательной кампании.

В решении данного вопроса, к сожалению, не помогает и обращение к специальной норме ФЗ № 67, устанавливающей ограничения при проведении предвыборной агитации. Так, п. 1 ст. 56 ФЗ № 67 агитационные материалы кандидатов (избирательных объединений), размещаемые в СМИ, а также в сети «Интернет» не должны содержать призывы к совершению деяний, подпадающих к сфере действия Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности» как экстремистская деятельность. Тем самым законодатель, не распространяя на агитацию обязательные требования достоверности и объективности, запрещает возможность ее использования в экстремистских целях. Между тем наличие экстремизма в агитационном материале, как указывает ЦИК России, может быть установлено соответствующим приговором суда¹².

Нормы ст. 13.15 КоАП РФ, а также 15.3 ФЗ об информации, к сожалению, не получили какого-либо отражения в тексте ФЗ № 67.

Дополнительно обратим также внимание, что при изложении указанных выше аспектов, а также вопросов, связанных с правоприменительной реализацией новых положений федеральных законов, мы исходили из достаточно простой ситуации, когда распространение информации может проходить в период избирательной кампании. Вместе с тем агитационная деятельность, осуществляемая в ходе предвыборной кампании (хронологически), не может быть непосредственно с ней связана. Последняя осуществляется в рамках уже упомянутого выше ФЗ о ми-

¹¹ По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С. А. Бунтмана, К. А. Катаняна и К. С. Рожкова : постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П.

¹² Выписка из протокола заседания ЦИК России от 29 июля 2015 г. № 294-1-6.

тингах. Данный закон, устанавливающий формы и способы реализации конституционных прав граждан собираться мирно и проводить публичные мероприятия, предусматривает «двойное» правовое регулирование: проведение митингов, собраний, шествий, демонстраций, а также пикетирование в целях предвыборной агитации, регламентируемые ФЗ о митингах и законодательством Российской Федерации о выборах и референдумах (ч. 1 ст. 1 ФЗ о митингах). На такую особенность обращает внимание в своем постановлении также Пленум ВС РФ¹³, указывая законодательные акты, которые включают в себя правовое регулирование данных отношений. Осложнения в правоприменительной деятельности, как свидетельствует практика, возникают в связи с тем, что в ходе публичного мероприятия, например в ходе встречи депутата законодательного (представительного) органа государственной власти (депутата представительного органа муниципального образования) с избирателями и информирования им о своей политической деятельности в процессе свободного выражения и формирования мнений, может применяться агитация (ст. 2 ФЗ о митингах).

Вместе с тем распространение агитационных материалов и, собственно, агитация, осуществляемая в рамках проведения публичного мероприятия, отличается по своему содержанию от агитации, проводимой в ходе избирательной кампании.

В практике КС РФ данный вопрос получил свое теоретическое и юрисдикционное развитие. Как указывает судья Конституционного Суда РФ С. М. Казанцев, в законодательстве, регулирующем вопросы проведения публичных мероприятий, дифференциация, имеющая место в избирательном законодательстве в виде информирования (как деятельности, которая осуществляется органами государственной власти и органами местного самоуправления, а также средствами массовой информации) и агитации (как деятельности, которая осуществляется гражданами и общественными объединениями в период избирательной кампании, имеющей целью побудить или побуждающая к голосованию за кандидата), не производится. По этой причине понятия «информирование» и «агитация» в ФЗ о митингах и в избирательном законодательстве имеют различное содержание. В ФЗ о митингах агитация и информирование являются фактически синонимами¹⁴. Отметим также, что в самом постановлении КС РФ данная позиция не нашла прямого подтверждения.

¹³ О некоторых вопросах, возникающих у судов при рассмотрении административных дел и дел об административных правонарушениях, связанных с применением законодательства о публичных мероприятиях : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 26 июня 2018 г. № 28 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2018. № 8.

¹⁴ Особое мнение судьи Конституционного Суда РФ С. М. Казанцева : постановление Конституционного Суда РФ от 14 февраля 2013 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и Федеральный закон «О собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетированиях» в

С учетом рассмотренных выше положений, выделим наиболее значимые вопросы, заслуживающие первоочередного рассмотрения.

1. *Категориальный аппарат.* Используемый в текстах ФЗ № 31 и ФЗ об информации категориальный аппарат не обладает достаточной юридико-лингвистической определенностью для бесспорной правоприменительной деятельности в процессе реализации на практике соответствующих требований федерального законодательства. Содержание рассмотренных выше понятий «недостоверность информации», «общественно значимая информация», «вид достоверного сообщения», равно как и квалификация «создание угрозы», требуют содержательного наполнения и прояснения.

2. *Коллизионная неопределенность норм закона.* Положения ст. 13.15 КоАП РФ, а также 15.3 ФЗ об информации не получили отражения в тексте ФЗ № 67, как это сделано в случае с экстремистской деятельностью. Подобная законодательная «недосказанность» в процессе правоприменения может стать почвой для возникновения двух взаимоисключающих вариантов деятельности: 1) запрет агитации, которая подпадает под признаки состава 13.15 КоАП и 15.3 ФЗ об информации; 2) исключить из действия указанных составов (13.15 КоАП и 15.3 ФЗ об информации) распространение информации, подпадающей под признаки агитации.

Общеюридическая недопустимость применения закона «по аналогии» в публичных правоотношениях известна и очевидна. Поэтому в случае законодательного усмотрения целесообразности рассматриваемого варианта требуется внесение в ст. 56 ФЗ № 67 соответствующего запрета в части введения ограничений при проведении предвыборной агитации в случае распространения недостоверной общественно значимой информации под видом достоверных сообщений. Последнее находится в сфере конституционной дискреции Федерального Собрания Российской Федерации.

Ввиду отсутствия указанных положений, позволим предположить в качестве более приемлемого, второй из предложенных нами вариантов действий. В его пользу косвенным образом могут говорить также положения п. 4 ст. 48 ФЗ № 67, предусматривающие самостоятельное определение кандидатом (или избирательным объединением) форм и методов своей агитации. Многочисленные же постановления Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ в части свободы информации и конституционных гарантий ее обеспечения лишь подтверждают высказанное предположение.

3. *Коллизионная неопределенность законов.* Законодательное регулирование, а также существующая правоприменительная практика не дает исчерпывающего ответа на то, какие именно законы и в какой части подлежат применению при проведении агитации в рамках публичного мероприятия (ФЗ о митингах) в ходе избирательной кампании (ФЗ

№ 67). Телеологические различия, указанные в соответствующих статьях законов точны лишь с точки зрения формирования указанных целей, но весьма сложны при квалификации правоприменителем конкретных действий лиц, реализующих свои конституционные права.

Таким образом, в целях обеспечения баланса частноправовых и публично-правовых интересов, формирования бесспорной правоприменительной деятельности высказанных выше предположений, хотя и юридически аргументированных, явно недостаточно. Поскольку агитация (имеющая место не только в ходе избирательной кампании, но и при проведении публичных мероприятий) может привести к неблагоприятным последствиям, весьма желательно сформулировать консолидированное мнение судебных инстанций и правоисполнительных государственных органов в части квалификации рассмотренных выше действий, совершенных в период избирательной кампании.

Воронежский государственный университет

Хорунжий С. Н., кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и муниципального права, секретарь Избирательной комиссии Воронежской области

E-mail: snhor@mail.ru

Voronezh State University

Horunziy S. N., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Constitutional and Municipal Law Department, Secretary of the Election Commission of the Voronezh Region

E-mail: snhor@mail.ru

УДК 342.95

**ПРОБЛЕМЫ ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ ЧАСТИ 1 СТАТЬИ 15.25
КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ**

М. О. Дубровина

*Всероссийский государственный университет юстиции
(РПА Минюста России)*

Поступила в редакцию 15 декабря 2018 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы применения норм ч. 1 ст. 15.25 КоАП при выплате заработной платы работнику-нерезиденту, минуя банковские счета, выявляются проблемы их реализации в правоприменительной практике.

Ключевые слова: административное правонарушение, незаконная валютная операция, заработная плата, судебная практика.

Abstract: the article considers the questions of application of provisions of part 1 of article 15.25 KoAP in the payment of wages to the employee non-resident, bypassing the Bank account, revealing the problems of their implementation in law enforcement practice.

Key words: administrative offence, illegal currency transactions, wages, litigation.

Проблема административной ответственности за совершение административных правонарушений в валютной сфере в современной России остается актуальной, несмотря на либерализацию валютного регулирования, что выразилось, прежде всего, в отмене таких валютных ограничений, как резервирование, использование специальных счетов, обязательная продажа резидентами части валютной выручки, предварительная регистрация счетов, уровень нарушений в валютной сфере остается высоким.

Сокращение административных правонарушений в валютной сфере не стало устойчивой тенденцией, и это обстоятельство негативно влияет на состояние платежного баланса страны, устойчивость валюты РФ и стабильность внутреннего валютного рынка РФ, о чем свидетельствуют данные Федеральной службы финансово-бюджетного надзора (далее – Росфиннадзор, Служба, административный орган). Так, за девять месяцев 2015 г. вынесено 20 393 постановления о назначении административного наказания по ст. 15.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹ (далее – КоАП РФ) (в 2014 г. – 27 572; в 2013 г. – 22 952). Службой возбуждено за девять месяцев 2015 г. 14 810 дел (в 2014 г. – 19 004; в 2013 г. – 15 858); агентами валютного конт-

¹ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях : федер. закон от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (в ред. от 01.04.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

роля – 9019 (в 2014 г. – 12 726; в 2013 г. – 11 883). Обращает внимание и рост правонарушений, за совершение которых предусмотрена административная ответственность по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ. Так, за девять месяцев 2015 г. административным органом выявлено 415 нарушений (в 2014 г. – 338; в 2013 г. – 140), что составило 2 % от общего числа нарушений (в 2014 г. – 1,5 %; в 2013 г. – 1 %)².

В Федеральном законе от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»³ (далее – Закон № 173-ФЗ) установлен общий режим запрета в отношении валютных операций, осуществленных между резидентами (ст. 9), за исключением операций, предусмотренных указанной статьей. Перечень разрешенных валютных операций между резидентами является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Административная ответственность по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ установлена за осуществление незаконных валютных операций, т. е. валютных операций, запрещенных валютным законодательством РФ или осуществленных с нарушением валютного законодательства РФ.

Вместе с тем следует признать, что применение положений ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ долгое время сопровождалось проблемами, причины которых заключались в коллизионности нормы административного законодательства и норм валютного законодательства. Например, некоторые санкции ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ предусматривали ответственность за нарушение режима ряда валютных ограничений, тогда как эти валютные ограничения ранее были отменены Законом № 173-ФЗ и в связи с этим не применялись для привлечения к административной ответственности из-за отсутствия оснований.

Проблема заключалась и в коллизии норм самого Закона № 173-ФЗ. С одной стороны, согласно ст. 6 Закона № 173-ФЗ валютные операции между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений, за исключением валютных операций, предусмотренных ст. 7–8, 11. Согласно указанным положениям Закона № 173-ФЗ к ограничениям относились такие меры государственного регулирования, как установление требования о резервировании и об использовании специального счета. С другой стороны, ст. 7 действовала до 01.07.2006, ст. 8 – до 01.01.2007, ч. 3–6 ст. 11 – до 01.07.2006; из ограничений, установленных ст. 11, осталось требование об осуществлении купли-продажи иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков) на внутреннем валютном рынке только через уполномоченные банки (ч. 1 ст. 11). Следовательно, все иные валютные операции между резидентами и нерезидентами могут осуществляться без ограничений, и ограничения (запреты), установленные ст. 12, 14 Закона № 173-ФЗ, не применимы.

Такой позиции применительно к требованиям ст. 14 Закона № 173-ФЗ, в частности оплаты товара за наличный расчет, часто придерживалась судебная практика. Например, Президиум Высшего Арбитражного Суда

² URL: <http://www.rosfinnadzor.ru>

³ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2003. № 50. Ст. 4859.

РФ 1 сентября 2009 г. вынес постановление о пересмотре в порядке надзора решения Арбитражного суда Оренбургской области от 03.10.2008 по делу №А47-6623/2008АК-26, постановления Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 19.11.2008 и постановления Федерального арбитражного суда Уральского округа от 18.02.2009, в соответствии с которыми предприниматель был привлечен к административной ответственности, предусмотренной ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ. В качестве объективной стороны состава административного правонарушения резиденту вменено осуществление незаконных валютных операций, выразившихся в получении от иностранных граждан денежных средств наличным расчетом в качестве платы за товары.

По мнению административного органа, предприниматель при совершении таких валютных операций допустил нарушение ч. 3 ст. 14 Закона № 173-ФЗ, согласно которой расчеты при осуществлении валютных операций производятся физическими лицами-резидентами через банковские счета в уполномоченных банках.

Отказывая в удовлетворении требования предпринимателя о признании незаконным и отмене названного постановления административного органа, суды сделали вывод о правомерности привлечения предпринимателя к административной ответственности, исходя из того, что указанные валютные операции совершены с нарушением установленного порядка.

Между тем ВАС РФ обратил внимание, что в валютном законодательстве РФ не содержится запрета на получение физическим лицом, являющимся гражданином РФ, от нерезидента наличных денежных средств в валюте РФ в качестве платы за передачу товаров, выполнение работ, оказание услуг. Исходя из ст. 6 Закона № 173-ФЗ валютные операции между резидентами и нерезидентами осуществляются без ограничений, за исключением отдельных валютных операций, предусмотренных законом, к которым названные операции не относятся, в связи с чем они являются операциями, разрешенными валютным законодательством. Порядок осуществления таких валютных операций, а также требования об использовании специального счета при их совершении также не установлены. Таким образом, валютная операция, совершаемая при получении российским физическим или юридическим лицом от иностранного гражданина либо организации в счет передачи товаров, выполнения работ, оказании услуг наличных денежных средств в валюте РФ, не запрещенная законом и не ограниченная требованиями об использовании специального счета и о резервировании, не может быть отнесена к категории незаконных валютных операций, совершение которых образуют объективную сторону состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ⁴.

Неоднозначно складывалась судебная практика и при установлении объективной стороны правонарушения за выдачу нерезидентам зара-

⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 1 сентября 2009 г. № 4140/09 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

ботной платы по срочному трудовому договору в валюте Российской Федерации из кассы предприятия без использования банковского счета в уполномоченном банке. Так, Президиум ВАС РФ в постановлении от 18 марта 2008 г. № 15693/07 о пересмотре в порядке надзора постановления Четвертого арбитражного апелляционного суда от 04.05.2007 и постановления Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20.07.2007 по делу № А78-5027/2006-С2-28/245 Арбитражного суда Читинской области отменил указанные судебные акты, оставив в силе решение Арбитражного суда Читинской области от 15.03.2007. В качестве объективной стороны состава административного правонарушения обществу вменено осуществление незаконной валютной операции, выразившейся в выдаче иностранным гражданам по расчетно-кассовым ордерам в период с 30.08.2005 по 23.12.2005 из кассы общества заработной платы в валюте Российской Федерации.

По мнению административного органа, общество при совершении такой валютной операции допустило нарушение ч. 2 ст. 14 Закона № 173-ФЗ, согласно которой расчеты при осуществлении валютных операций производятся юридическими лицами-резидентами через банковские счета в уполномоченных банках.

Отменяя решение суда первой инстанции от 15.03.2007, суд апелляционной инстанции, а также суд кассационной инстанции, оставивший постановление суда апелляционной инстанции без изменения, сделали вывод о правомочности привлечения общества к административной ответственности, исходя из того, что валютные операции, которые совершаются с нарушением установленного порядка, относятся к запрещенным валютным операциям.

Между тем данный вывод основан на неправильном толковании судами норм материального права. Поскольку валютная операция, совершаемая при выдаче российским юридическим лицом иностранным гражданам наличных денежных средств в валюте РФ в качестве заработной платы, разрешена законом и не ограничена требованиями об использовании специального счета и о резервировании, она не может быть отнесена к категории незаконных валютных операций, совершение которых образует объективную сторону состава административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ⁵.

Федеральный закон от 12 ноября 2012 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в ст. 3.5 и 15.25 КоАП РФ»⁶ внес изменения в ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ, а именно: с 13 февраля 2013 г. административная ответственность наступает за осуществление незаконных валютных операций, т. е. запрещенных валютным законодательством РФ или осуществленных с нарушением валютного законодательства РФ, включая куплю-продажу иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 18 марта 2008 г. № 15693/07 по делу №А78-5027/2006-С2-28/245 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 7.

⁶ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2012. № 47. Ст. 6405.

стоимость которых указана в иностранной валюте, минуя уполномоченные банки, либо осуществление валютных операций, расчеты по которым произведены, минуя счета в уполномоченных банках или счета (вклады) в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, в случаях, не предусмотренных валютным законодательством РФ, либо осуществление валютных операций, расчеты по которым произведены за счет средств, зачисленных на счета (вклады) в банках, расположенных за пределами территории Российской Федерации, в случаях, не предусмотренных валютным законодательством РФ.

В связи с изменениями, внесенными в ч.1 ст.15.25 КоАП РФ, судебная практика в части привлечения виновного лица к административной ответственности по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ претерпела ряд изменений, однако в настоящее время сохраняется крайне противоречивая судебная практика при установлении судами наличия либо отсутствия в действиях юридического лица-резидента объективной стороны состава административного правонарушения по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ при выплате заработной платы работнику-нерезиденту, минуя банковские счета.

Так, Арбитражный суд г. Москвы как удовлетворял⁷, так и отказывал в удовлетворении⁸ требований ФГУП «Почта России» о признании незаконными и отмене постановлений ТУ Росфиннадзора в г. Москве о назначении административного наказания за выплату заработной платы нерезидентам в наличной валюте РФ.

При разрешении указанных дел в Девятом арбитражном апелляционном суде по всем делам в отношении ФГУП «Почта России» были приняты решения, удовлетворяющие требования резидента о признании незаконными и отмене всех постановлений административного органа. При этом апелляционный суд мотивировал свой вывод следующим: ч. 2 ст. 14 Закона № 173-ФЗ предусмотрены исключения, при которых юридические лица-резиденты могут осуществлять без использования банковских счетов в уполномоченных банках расчеты с физическими лицами-нерезидентами в наличной валюте РФ, к числу которых выплата юридическим лицом-резидентом заработной платы физическим лицам-нерезидентам в наличной валюте РФ без использования банковских счетов в уполномоченных банках не предусмотрена, в связи с чем юри-

⁷ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 07.11.2014 по делу № А40-145309/2014, от 24.11.2014 по делу № А40-145312/2014, от 17.12.2014 по делу № А40-145300/14, от 19.12.2014 по делу № А40-140866/2014 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.02.2015 по делу № А40-145312/2014, от 03.02.2015 по делу № А40-145320/2014, от 16.02.2015 по делу № А40-141019/2014, от 03.03.2015 по делу № А40-140866/2014, от 04.03.2015 по делу № А40-145376/2014, от 19.03.2015 по делу № А40-145300/14.

⁸ Решение Арбитражного суда г. Москвы от 05.11.2014 по делу № А40-141069/2014, от 11.11.2014 по делу № А40-145376/2014, от 11.11.2014 по делу № А40-145320/2014, от 21.11.2014 по делу № А40-141019/2014 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 03.02.2015 по делу № А40-145320/2014.

дическое лицо-резидент, в силу положений ч. 2 ст. 14 Закона № 173-ФЗ, должно производить такие операции через банковские счета в уполномоченных банках.

Между тем исходя из положений ч. 1 ст. 13 Закона № 173-ФЗ нерезиденты на территории Российской Федерации вправе открывать банковские счета (вклады) в иностранной валюте и валюте РФ только в уполномоченных банках. Таким образом, открытие банковского счета является правом, а не обязанностью нерезидента, поскольку действующим законодательством такая обязанность не установлена.

Согласно ст. 11 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ)⁹ правила, установленные трудовым законодательством, распространяются на трудовые отношения с участием иностранных граждан. Согласно ст. 130 ТК РФ в систему основных государственных гарантий по оплате труда работников включаются ответственность работодателей за нарушение требований, установленных трудовым законодательством. Из положений ст. 131 ТК РФ следует, что выплата заработной платы производится в денежной форме в валюте РФ. Исходя из ст. 136 заработная плата выплачивается работнику, как правило, в месте выполнения им работы либо перечисляется на указанный работником счет в банке на условиях, определенных коллективным договором или трудовым договором. Из приведенных норм права следует, что если работником не указан счет в банке, трудовым или коллективным договором условия перечисления не определены, то безналичная форма получения заработной платы невозможна, в противном случае в действиях работодателя можно усмотреть состав АП по ст. 5.27 КоАП РФ.

Частью 6 ст. 4 Закона № 173-ФЗ установлено, что все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов валютного законодательства РФ, актов органов валютного регулирования, актов валютного контроля толкуются в пользу резидентов и нерезидентов. Таким образом, если суд апелляционной инстанции считает правильным вывод суда первой инстанции с учетом того, что действующим законодательством не установлена обязанность физического лица-нерезидента открывать такие счета для получения заработной платы от юридического лица-резидента, то выплата обществом его иностранному работнику заработной платы наличными денежными средствами не образует состава административного правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ, поскольку в рассматриваемом случае действия заявителя хотя и являются валютной операцией, но регулируются положениями трудового законодательства, предусматривающими обязанность работодателя выплатить заработную плату работнику¹⁰.

Обобщив практику применения валютного законодательства России по данной категории дел, Верховный Суд РФ высказал свою позицию

⁹ Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

¹⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 февраля 2015 г. по делу № А40-141069/2014.

по этой проблеме. Так, Верховный Суд РФ, рассмотрев жалобу ТУ Росфиннадзора в Тверской области на решение Арбитражного суда Тверской области от 22.04.2014 по делу № А66-2266/2014 и постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.07.2014 по тому же делу, которыми заявленные требования о признании незаконным и отмене постановления административного органа о привлечении общества к административной ответственности по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ удовлетворены, вынес постановление от 23 января 2015 г. № 307-АД14-3652, которым оставил состоявшиеся по делу судебные акты без изменения и указал на отсутствие правовых оснований для удовлетворения жалобы. Суд апелляционной инстанции подчеркнул, что поскольку работник является гражданином иностранного государства – нерезидентом, реализация норм трудового права должна осуществляться с соблюдением норм Закона № 173-ФЗ, и локальные нормативные акты резидента (приказы, соглашения, договоры) не должны противоречить требованиям указанного закона. Поэтому применение арбитражным судом ч. 6 ст. 4 Закона № 173-ФЗ является неправомерным, поскольку в ч. 2 ст. 14 Закона № 173-ФЗ закреплена специальная норма, регулирующая данные правоотношения, согласно которой в случае выдачи резидентом иностранному работнику заработной платы не через банковский счет в уполномоченном банке резидент совершает незаконную валютную операцию. При указанных обстоятельствах в действиях резидента имеется состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ. Выводы суда первой инстанции об обратном являются ошибочными, основанными на неправильном толковании норм материального права. Вместе с тем суд апелляционной инстанции освободил лицо от административной ответственности по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ, применив ст. 2.9 данного кодекса¹¹.

Верховный Суд РФ 6 марта 2015 г. рассмотрел жалобу ТУ Росфиннадзора в Псковской области об отмене Решения Арбитражного суда Псковской области от 03.06.2014 и постановления Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.09.2014 по делу №А52-1002/2014, которыми заявленные обществом требования удовлетворены, и вынес постановление № 307-АД15-691, которым оставил без изменения рассматриваемые судебные акты, указав следующее. Суд первой инстанции удовлетворил заявленные обществом требования, придя к выводу о том, что поскольку работники (нерезиденты) общества не выразили своего согласия на перечисление заработной платы на счет в банке, и действующим законодательством не установлена обязанность физического лица (нерезидента) открывать такие счета для получения заработной платы от юридического лица (резидента), то выплата обществом из кассы наличными денежными средствами (банкнотами РФ) своим работникам

¹¹ Постановление Верховного Суда РФ от 23.01.2015 №307-АД14-3652, решение Арбитражного суда Тверской области от 22.04.2014 по делу №А66-2266/2014, постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 17.07.2014 по тому же делу.

(нерезидентам) заработной платы не образует состава административно-го правонарушения, ответственность за которое установлена ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ.

Суд апелляционной инстанции посчитал ошибочным вывод, данный судом первой инстанции, и пришел к выводу о наличии в действиях общества состава вмененного административного правонарушения. При этом суд апелляционной инстанции применил положения ст. 2.9 КоАП РФ, признав совершенные обществом правонарушения малозначительными, указав на отсутствие пренебрежительного отношения общества к исполнению установленных обязанностей и вредных последствий допущенного правонарушения, а также что совершенное правонарушение не представляет существенной угрозы общественным отношениям в области валютного регулирования и валютного контроля. Ссылка управления на вынесение в отношении общества 24 постановлений о привлечении к административной ответственности по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ и, как следствие, отсутствие оснований для применения ст. 2.9 КоАП РФ, не принимается¹².

Таким образом, отсутствует единообразие при разрешении судами дел по данной категории, в частности, когда суды признают наличие в действиях резидента состава вменяемого правонарушения, однако освобождают резидента от административной ответственности ввиду малозначительности.

Для урегулирования коллизии между трудовым и валютным законодательством, в целях устранения проблем в правоприменительной практике относительно установления объективной стороны административного правонарушения по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ, а также учитывая, что суды при разрешении данной категории дел освобождают от административной ответственности в связи с малозначительностью административного правонарушения, предлагаем расширить перечень разрешенных операций без использования банковских счетов и дополнить ч. 2 ст. 14 Закона № 173-ФЗ «Права и обязанности резидентов при осуществлении валютных операций» абзацем следующего содержания: *«Юридические лица-резиденты могут осуществлять без использования банковских счетов в уполномоченных банках расчеты с физическими лицами-нерезидентами в наличной валюте Российской Федерации в*

¹² Постановления Верховного Суда РФ от 06.03.2015: №307-АД15-691 по делу №А52-1002/2014; №307-АД15-689 по делу №А52-998/2014; №307-АД15-688 по делу №А52-996/2014; №307-АД15-687 по делу №А52-999/2014; №307-АД15-685 по делу №А52-997/2014; №307-АД15-681 по делу №А52-993/2014; №307-АД15-678 по делу №А52-995/2014; №307-АД15-675 по делу №А52-1010/2014; №307-АД15-672 по делу №А52-987/2014; №307-АД15-649 по делу №А52-1008/2014; №307-АД15-648 по делу №А52-994/2014; №307-АД15-647 по делу №А52-988/2014; №307-АД15-646 по делу №А52-986/2014; №307-АД15-645 по делу №А52-1011/2014; №307-АД15-644 по делу №А52-1005/2014; №307-АД15-640 по делу №А52-1001/2014; №307-АД15-639 по делу №А52-991/2014; №307-АД15-638 по делу №А52-1006/2014; №307-АД15-637 по делу №А52-1009/2014; №307-АД15-636 по делу №А52-1004/2014.

в виде заработной платы и иных выплат, связанных с выполнением физическими лицами-нерезидентами на территории Российской Федерации своих трудовых обязанностей по заключенным ими с физическими лицами-нерезидентами трудовым договорам (контрактам)».

Представляется также возможным рассмотреть и следующий вариант – обязать иностранных граждан открывать банковские счета в валюте РФ в уполномоченных банках, на которые будут зачислены денежные средства в виде заработной платы и иных выплат, связанных с выполнением ими своих трудовых обязанностей.

Приведенные примеры коллизионности административного, трудового и валютного законодательства как проявление технико-юридического дефекта свидетельствуют о необходимости выработки мер, направленных на совершенствование правового регулирования и правоприменительной практики в сфере административной ответственности за совершение правонарушений по ч. 1 ст. 15.25 КоАП РФ.

Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России)

Дубровина М. О., аспирант кафедры административного и финансового права, старший государственный инспектор Территориального управления Федеральной службы финансово-бюджетного надзора в г. Москве

E-mail: mmamasheva@mail.ru

*All-Russian State University of Justice
Dubrovina M. O., Post-graduate Student
of the Administrative and Financial Law
Department, Chief Government Inspector of
the Territorial Administration of the Federal
Service of Financial and Budget Inspection
in the City of Moscow*

E-mail: mmamasheva@mail.ru

УДК 336.225.673

ПРОБЛЕМА «ИСЦЕЛЕНИЯ» УЩЕРБНЫХ МАТЕРИАЛОВ
НАЛОГОВОЙ ПРОВЕРКИ

С. А. Ядрихинский

Северо-Западный институт (филиал) Университета
имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

Поступила в редакцию 10 сентября 2018 г.

Аннотация: в практике налогового контроля случаются ситуации, когда налоговый орган недостаточно полно исследовал деятельность налогоплательщика, собрал доказательства, не обладающие признаком допустимости, совершил процедурные нарушения. Осознав в дальнейшем ошибочность своих действий, налоговый орган пытается восполнить недостатки своей работы, когда проверочные мероприятия уже завершены. Рассматриваются проблемы, связанные практикой «исцеления» материалов налоговой проверки, содержащих те или иные пороки. Делается вывод о правовой невозможности подобной практики, об отсутствии у проверяющих права на ошибку.

Ключевые слова: налогоплательщик, налоговый орган, система налоговых органов, налоговый контроль, налоговая проверка, мероприятия дополнительного контроля, законный интерес налогоплательщика, квалифицированное молчание, ущербное доказательство, административный контроль законности, правозащитная функция, независимый арбитр.

Abstract: in practice of tax control there are situations when the tax authority insufficiently investigated activity of the taxpayer, collected the proofs which are not possessing a sign of admissibility, made procedural violations. Having realized in the future the fallacy of its actions, the tax authority is trying to make up for the shortcomings of its work, when the verification activities have already been completed. The article deals with the problems associated with the practice of «healing» of tax audit materials containing certain defects. The conclusion is made about the legal impossibility of such activities, about the absence of the inspectors' right to make mistakes.

Key words: taxpayer, tax authority, system of tax authorities, tax control, tax audit, additional control measures, legal interest of the taxpayer, qualified silence, defective evidence, administrative control of legality, human rights function, independent arbitrator.

В процессе налогово-контрольной деятельности налоговый орган обязан собрать доказательства таким образом, чтобы на их основе можно было сделать однозначный, т. е. недвусмысленный, вывод об установленных проверкой обстоятельствах, в том числе о нарушениях законодательства о налогах и сборах, виновности налогоплательщика и т. п. К этому налоговый орган обязывают положения п. 4, 5 ст. 82, п. 3, 6 ст. 108, п. 2 ст. 109 Налогового кодекса РФ (далее – НК РФ). Налогоплательщик до-

казывать свою невиновность в совершении налогового правонарушения не обязан, поскольку она презюмируется.

Известная пословица гласит: «Не ошибается тот, кто ничего не делает»¹. Ошибки, недочеты, упущения возможны в любом деле. Не исключением являются акты и решения налоговых органов в их процессуальном оформлении. Вместе с тем практика показывает, что пока доказательства и иные материалы налоговой проверки дойдут до судебного исследования, у налогового органа есть неоднократная возможность усилить свою позицию, устранив неполноту проведенного контрольного исследования и процессуальные пороки собранных материалов. Такой подход не может считаться оправданным.

Исправление недостатков результатов налоговой проверки возможно на двух стадиях налогового производства: на стадии подачи налогоплательщиком своих возражений на акт налоговой проверки и на стадии обжалования налогоплательщиком принятого решения в вышестоящий налоговый орган. Иногда это происходит уже в самом судебном разбирательстве.

В первом случае налоговый орган, принимающий решение, может устранить неполноту исследования путем проведения мероприятий дополнительного контроля (п. 6 ст. 101 НК РФ), в рамках которых проверяющие могут истребовать документы в соответствии со ст. 93 и 93.1 НК РФ, допросить свидетелей (ст. 90 НК РФ), провести экспертизу (ст. 95 НК РФ).

Во втором случае вышестоящий налоговый орган в связи с апелляционной жалобой налогоплательщика может устранить процедурные нарушения, допущенные нижестоящим налоговым органом на этапе принятия решения путем нового рассмотрения материалов налоговой проверки. При этом обжалуемое решение полностью отменяется как принятое с нарушением, по делу принимается новое решение с учетом исправления о привлечении налогоплательщика к ответственности и доначислении налоговых платежей (в пределах размера первоначальных доначислений) (подп. 4 п. 2 ст. 140 НК РФ)².

Законный интерес налогоплательщика состоит в том, чтобы недостатки оформления результатов налоговой проверки не были устранены в процессе досудебного обжалования и в суде. При рассмотрении возражений налогоплательщика руководителем налогового органа, а также при рассмотрении апелляционной жалобы вышестоящим налоговым органом необходимо исходить только из тех доказательств, которые были получены в ходе налоговой проверки. У налогового органа не должно быть возможности *восполнения* недостатков и пробелов оспариваемого решения

¹ *Errare humanum est* (лат.) – человеку свойственно ошибаться.

² Решение ФНС России от 2 октября 2013 г. URL: <http://www.nalog.ru> ; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «АРТ-СОКОЛ»... : определение КС РФ от 27 октября 2015 г. № 2429-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

в части его обоснованности в процессе административного и судебного обжалования.

В связи с этим налогоплательщик не заинтересован указывать на исправимые недостатки акта налоговой проверки, поскольку проверяющие могут назначить мероприятия дополнительного контроля и устранить недочет. Иногда налогоплательщику предпочтительней воздержаться от указания в своих возражениях на отдельные противоречия и пробелы в акте, чтобы избежать их устранения и сохранить гибкость в судебном обжаловании. Такой интерес можно назвать *правом на квалифицированное или конструктивное молчание*, т. е. проявление осознанного отрицательного волеизъявления.

Одна из целей мероприятий дополнительного контроля, прямо прописанных в законе, получение дополнительных доказательств для *подтверждения факта совершения нарушений* законодательства о налогах и сборах.

Проблема состоит в том, что налогоплательщик, представляющий возражения на акт налоговой проверки, информирует налоговый орган о допущенных нарушениях и (или) неполноте выводов в отношении отдельных эпизодов акта проверки. Располагая такой информацией, налоговый орган может принять меры к усилению своей позиции, устранению данных нарушений до принятия решения, тогда как при рассмотрении вопроса в суде, с учетом допущенных нарушений, суд мог их посчитать существенными настолько, что с неизбежностью отразилось бы на принимаемом судебном решении или сомнения в виновности налогоплательщика носили бы неустранимый характер.

В контексте правовой процедуры мероприятия дополнительного контроля – это легализованный инструмент устранения недостатков и неполноты налоговой проверки. Фактически мероприятия выступают средством продолжения контрольных правоотношений, направлены на усиление позиции налогового органа и устранение процедурных нарушений. По итогам допмероприятий налогового контроля инспекция обязана оформить дополнение к акту налоговой проверки (п. 6.1 ст. 101 НК РФ). До изменений, предусмотренных Федеральным законом от 3 августа 2018 г. № 302-ФЗ³ обязанность составлять единый документ, завершающий допмероприятия отсутствовала, что затрудняло понимание тенденции проверяющих.

Ранее мы отмечали, что справедливость не вяжется с односторонним, соответственно неполным исследованием⁴. Однако неполноту проверочного исследования нельзя рассматривать в качестве повода для возобновления налогового контроля. Вины налогоплательщика в неполноте

³ О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации : федер. закон от 3 августа 2018 г. № 302-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2018. № 32 (ч. 1). Ст. 5095.

⁴ См.: *Ядрихинский С. А.* Принцип всесторонности, полноты и объективности как основополагающее начало налогово-контрольной деятельности // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2018. № 2. С. 264.

проверки нет. Выездная налоговая проверка заканчивается днем составления справки о проведенной проверке. Эта дата означает завершение контрольных налоговых правоотношений.

Очевидно, что назначение мероприятий дополнительного контроля при отсутствии соответствующего ходатайства налогоплательщика отражает интересы только одной стороны – налогового органа, так как тем самым обеспечивается восполнение недостатков налогового контроля и оформления результатов налоговой проверки. Вряд ли налоговый орган станет инициировать получение дополнительных доказательств для подтверждения факта отсутствия совершения нарушений законодательства о налогах и сборах.

С точки зрения интересов защиты назначение мероприятий дополнительного контроля в таких случаях не является необходимым, поскольку при полной или частичной недоказанности, а также неустранимых сомнений в виновности налогоплательщика защита вправе рассчитывать на вынесение решения об отказе в привлечении к налоговой ответственности и налоговых доначислений либо соответственно на доначисления в меньшем размере, чем они определены в акте налоговой проверки. Такая позиция защиты является допустимой формой отстаивания интересов налогоплательщика, ибо налоговый орган при этих обстоятельствах обязан следовать принципам презумпции добросовестности и невиновности налогоплательщика.

Таким образом, если налоговый орган не смог собрать необходимые доказательства виновности налогоплательщика или налогового обязательства в полном объеме в ходе налоговой проверки, то это должно приводить к вынесению решения в пользу налогоплательщика.

Аналогичный подход должен применяться и при судебной проверке законности налогового решения.

В литературе высказано мнение, что с принятием Конституционным Судом РФ определения от 24 марта 2015 г. № 614-О⁵ уравниваются права налогоплательщиков и налоговых органов на представление новых доказательств в рамках судебного процесса⁶. Однако данное высказывание нуждается в дополнительном пояснении с учетом *темпоральных ограничений* в предоставлении новых доказательств налоговым органом.

Действительно, в соответствии с ч. 1 ст. 41 АПК РФ лица, участвующие в деле, имеют право представлять доказательства, заявлять ходатайства. Например, согласно ч. 1, 3 ст. 82 АПК РФ стороне судебного разбирательства предоставляется возможность ходатайствовать о проведении экспертизы.

⁵ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью... : определение КС РФ от 24 марта 2015 г. № 614-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

⁶ См.: *Цветкова Е. А.* Особенности судебной защиты прав и законных интересов организаций-налогоплательщиков в налоговых спорах // *Адвокат.* 2015. № 11. С. 44–55.

Как тогда ст. 82 АПК РФ соотносится со ст. 95 НК РФ? Означает ли это возможность налогового органа ходатайствовать о проведении экспертизы в порядке ст. 82 АПК РФ, если в самом судебном заседании выявились пороки экспертного заключения, сделанного в порядке ст. 95 НК РФ?

Предоставленное законом право заявлять ходатайство о проведении экспертизы (ч. 1 ст. 41, ч. 1 ст. 82 АПК РФ) *не является безусловным*, так как ограничено требованиями ст. 68 АПК РФ (подтверждение обстоятельств дела определенными доказательствами и запрет на предоставление иных доказательств), а также положениями ст. 100, 101 НК РФ, определяющих порядок оформления результатов налоговой проверки и вынесения решения по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки.

Целью правового регулирования процедуры вынесения решения по результатам рассмотрения материалов налоговой проверки, как определил Конституционный Суд РФ, является создание системы гарантий прав налогоплательщиков⁷.

Заявляя ходатайство об экспертизе, налоговый орган, по сути, ставит перед судом вопрос о возможности восполнения недостатков оспариваемого решения в части его обоснованности в процессе судебного обжалования.

Положения ч. 1 ст. 65 и ч. 5 ст. 200 АПК РФ возлагают на налоговый орган обязанность по доказыванию факта налогового правонарушения, что предполагает необходимость установления в ходе налоговой проверки *конкретных обстоятельств*, подтвержденных документально и свидетельствующих о совершении налогоплательщиком вменяемого ему налогового правонарушения.

Исходя из положений п. 4 ст. 82, ст. 87, п. 1–15 ст. 89, ст. 90–96 НК РФ следует, что сбор доказательств может осуществляться налоговым органом только в рамках проведения выездных налоговых проверок, *до момента* принятия итогового решения. Сбор и получение налоговым органом дополнительных доказательств, подтверждающих факт налогового правонарушения, за которое лицо привлечено к налоговой ответственности, за пределами проводимой выездной налоговой проверки не является допустимым, и такие доказательства в силу п. 4 ст. 82 НК РФ, ч. 3 ст. 64 АПК РФ не могут быть использованы арбитражным судом в качестве доказательств при рассмотрении дела.

Данные выводы согласуются с официальным толкованием положений Налогового кодекса РФ, содержащимся в п. 2.2 определения Конституционного Суда РФ от 12 июля 2006 г. № 267-О⁸, согласно которым налоговый орган, наделенный специальными властными полномочиями

⁷ Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина... : определение КС РФ от 22 марта 2011 г. № 380-О-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁸ По жалобе открытого акционерного общества «Востоксибэлектросетьстрой»... : определение КС РФ от 12 июля 2006 г. № 267-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 6.

по сбору доказательств в рамках жестко регламентированной процедуры налогового контроля, обязан предпринимать *все возможные и необходимые меры* к сбору доказательств *до момента завершения налоговой проверки*, а истребование и представление налоговым органом доказательств, полученных за пределами налоговой проверки, не является допустимым; при этом в силу действия доказательственной презумпции непредставление в ходе рассмотрения дела в арбитражном суде налоговым органом доказательств законности оспариваемых действий или решений означает, что налоговым органом в ходе мероприятий налогового контроля и при принятии оспариваемых действий или решений не был установлен и не был доказан круг юридических фактов, обязательный при принятии оспариваемого решения, совершения оспариваемого действия.

Сбор судом доказательств на основании ходатайства налогового органа после завершения налоговых проверок не отвечает принципу независимости, объективности и беспристрастности суда, влечет изменение установленных законом доказательственных презумпций и возложение на суд функций по сбору доказательств законности оспариваемых действий и решений налогового органа, а также вступает в противоречие с нормами НК РФ, ограничивающими период сбора доказательств рамками налоговых проверок, что означает фактическое проведение повторных, дополнительных или встречных налоговых проверок арбитражным судом и является недопустимым.

Налоговый орган наделен собственной компетенцией по истребованию доказательств при проведении налоговой проверки и обязан именно на основании этих доказательств принимать решение о привлечении налогоплательщика к налоговой ответственности.

Достаточность доказательств определяет лицо, производящее их сбор, далее – лицо либо орган, полномочный производить оценку доказательств.

Совокупность юридических фактов должна быть установлена, а круг доказательств, необходимых для принятия законного и обоснованного решения в порядке ст. 101 НК РФ, должен быть собран налоговым органом *до момента* принятия оспариваемого решения; принятие решения налоговым органом по не полностью выявленным фактическим обстоятельствам или на неполной доказательственной базе свидетельствует о нарушении установленной НК РФ процедуры принятия оспариваемых решений и их необоснованности.

Пленум ВАС РФ сбор и раскрытие доказательств как налоговым органом, так и налогоплательщиком на стадии проведения мероприятий налогового контроля и в ходе досудебного разрешения спора назвал *общим правилом*⁹, допуская тем самым исключения из него (исключительные случаи).

⁹ О некоторых вопросах, возникающих при применении арбитражными судами части первой Налогового кодекса Российской Федерации : постановление Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 57 (абз. 3 п. 78). Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Это исключение адресуется в первую очередь налогоплательщику, принимая во внимание правовую позицию Конституционного Суда РФ, изложенную в определении от 12 июля 2006 г. № 267-О¹⁰: налогоплательщик вправе при обжаловании решений, вынесенных по результатам проверок, представлять в суд документы, обосновывающие его позицию, даже если такие документы отсутствовали у налогового органа на момент вынесения решения.

Более того, как отметил Конституционный Суд РФ, налогоплательщик в рамках судопроизводства в арбитражном суде не может быть лишен права представлять документы, которые являются основанием получения налогового вычета, а суд обязан исследовать соответствующие документы. Данное право не зависит от того, истребовал налоговый орган указанные документы у налогоплательщика или нет¹¹.

Возможность предоставления нового доказательства налоговым органом поставлена в зависимость от процессуальной активности налогоплательщика и объективных препятствий к своевременному представлению доказательства. Такая возможность допускается только в качестве *ответа на впервые* представляемое в суд налогоплательщиком доказательство, не раскрытое в ходе осуществления мероприятий налогового контроля и досудебного разрешения налогового спора в целях опровержения позиции налогоплательщика и подтверждения обоснованности правомерности принятого решения¹².

Принимая во внимание, что в соответствии с п. 8 ст. 101 НК РФ в решении о привлечении к ответственности излагаются обстоятельства совершенного налогового правонарушения, так как они установлены проведенной проверкой, со ссылкой на документы и иные сведения, подтверждающие указанные обстоятельства, а суд проверяет законность оспариваемого ненормативного акта налогового органа в пределах установленных им фактических обстоятельств, послуживших основанием для его принятия и отраженных в решении Инспекции, то судам следует отказывать в удовлетворении заявленных ходатайств.

С учетом положений ст. 198, 200, 201 АПК РФ, а также исходя из позиции Конституционного Суда РФ, сформулированной в постановлении от 14 июля 2005 г. № 9-П¹³ (п. 3.2), суд не может и не должен в рамках рассмотрения дела о признании недействительным решения о привлечении к налоговой ответственности подменять собой налоговый орган, воспол-

¹⁰ По жалобе открытого акционерного общества «Востоксибэлектросетьстрой»... : определение КС РФ от 12 июля 2006 г. № 267-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2006. № 6.

¹¹ Определение КС РФ от 12 июля 2006 г. № 267-О (п. 3.3).

¹² Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью... : определения КС РФ от 24 марта 2015 г. № 614-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «Консультант-Плюс».

¹³ По делу о проверке конституционности положений... : постановление КС РФ от 14 июля 2005 г. № 9-П // Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 4.

нять недостатки и устранять нарушения, допущенные Инспекцией при проведении выездной налоговой проверки. Иное свидетельствовало бы о нарушении принципа состязательности сторон, закрепленного в ст. 9 АПК РФ.

Вместе с тем отметим случаи, когда суд вопреки вышеизложенному назначает проведение экспертизы по ходатайству налогового органа. Такая практика сложилась в Арбитражном суде Вологодской области при поддержке Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда¹⁴ и молчаливом согласии Арбитражного суда Северо-Западного округа.

Л. Н. Майкова, будучи председателем Федерального арбитражного суда Московского округа, еще в 2006 г. в интервью «Ведомостям» говорила о несостоявшейся состязательности по налоговым спорам и парадоксе: «...в административно-правовых отношениях одна сторона слабая, а другая – сильная. Сильная – это государство, и, чтобы защитить интересы слабого, суд запрашивает дополнительные материалы, чтобы помочь подтвердить права налогоплательщика на льготу. Но на практике получается наоборот, и суд как бы предоставляет налоговому органу возможность исправить ошибку, найти дополнительные доказательства своей правоты. Выходит, что суд и здесь содействует выполнению функций исполнительной власти, а в ряде случаев их выполняет. <...> В сложившейся ситуации суды фактически превращены в придаток налоговых органов»¹⁵.

Проблема восполнения недостатков и пробелов акта налоговой проверки и итогового решения порождает другую проблему – проблему *независимого арбитра*.

Сентенция «*neto iudex in propria causa*» – «никто не может быть судьей в своем деле» очевидно применима не только к судебному, но и к административному процессу. Это базовый принцип в механизме разрешения спора; он направлен на обеспечение беспристрастного и справедливого разбирательства. Требование беспристрастности к арбитру является отражением принципа полного, всестороннего и объективного рассмотрения дела.

Ни руководитель налогового органа, рассматривающий возражения по акту налоговой проверки, ни вышестоящий налоговый орган, рассматривающий апелляционную жалобу, *a priori* не могут оценивать результаты деятельности проверяющих объективно и беспристрастно, решая вопрос о законности и обоснованности выводов в акте проверки.

Они связаны *единым централизованным* характером системы налоговых органов (п. 1 ст. 30 НК РФ, ст. 1–2 Закона РФ от 21 марта 1991 г.

¹⁴ Дело Арбитражного суда Вологодской области № А13-590/2016. URL: [http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2c00d0ff-0510-46ce-b147-4aabe63171be/a53787f7-11c0-42b6-ad34-741c73c237b1/A13-590-2016_20171108_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii_\(dopolnitelnoe\).pdf](http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2c00d0ff-0510-46ce-b147-4aabe63171be/a53787f7-11c0-42b6-ad34-741c73c237b1/A13-590-2016_20171108_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii_(dopolnitelnoe).pdf) (дата обращения: 10.09.2018).

¹⁵ Интервью Людмилы Майковой, председателя Федерального арбитражного суда Московского округа // Ведомости. 2006. 5 авг. URL: <http://www.arbitr.ru/press-centr/smi/2445.html> (дата обращения: 09.09.2018).

№ 943-1 «О налоговых органах Российской Федерации»). Системное функционирование предполагает единообразие применяемых механизмов реализации возложенных на налоговые органы функций и задач, а также применение единого методологического подхода к применению норм законодательства о налогах и сборах. Это, в свою очередь, создает условия принятия решения «с оглядкой» на вышестоящий налоговый орган, а само рассмотрение возражений, жалоб налогоплательщика независимо от ведомственной инстанции всегда находится под пристальным вниманием ФНС России.

В том случае, когда решение вышестоящего налогового органа изменяет положение налогоплательщика в благоприятную для него сторону, само такое решение не выводится из сферы ведомственного контроля: ФНС России, усматривающая вследствие отмены решения нижестоящего налогового органа нарушение публичных интересов, может по собственной инициативе отменить принятое (отменяющее) решение.

Объясняется это как раз централизованным характером системы налоговых органов. Вышестоящий налоговый орган вправе осуществлять контроль над нижестоящими налоговыми органами не только в рамках налоговых отношений, т. е. проведения контрольных налоговых мероприятий, предусмотренных НК РФ (в виде повторных выездных налоговых проверок, когда проверке подвергается и налогоплательщик, и полнота мероприятий налогового контроля, осуществленных налоговым органом), но и в порядке подчиненности в рамках контроля за деятельностью нижестоящих налоговых органов (когда оценивается только законность решения налогового органа без участия налогоплательщика).

Пункт 3 ст. 31 НК РФ допускает отмену вышестоящим налоговым органом решения нижестоящего (без жалобы налогоплательщика) в том случае, когда оно, по его мнению, принято в нарушение требований законодательства о налогах и сборах. Такая возможность отмены решения существует, несмотря на то что сама процедура (сроки) отмены не предусмотрена ни Законом РФ «О налоговых органах Российской Федерации»¹⁶, ни Налоговым кодексом РФ. Подобное решение имеет целью восстановление в *административном порядке* законности, нарушенной неправомерным актом нижестоящего органа, по инициативе самого вышестоящего налогового органа, осуществляющего текущий контроль за деятельностью нижестоящих органов¹⁷.

Независимый арбитр осуществляет свою деятельность свободно и независимо от позиции той или иной стороны. Он руководствуется только законом, без оглядки на вышестоящее руководство и ведомственный интерес.

¹⁶ О налоговых органах Российской Федерации : закон РФ от 21 марта 1991 г. № 943-1 // Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 15. Ст. 492.

¹⁷ См., например: Определение Верховного Суда РФ от 31 октября 2017 г. № 305-КГ17-5672 по делу № А40-101850/2016. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

С объективностью и беспристрастностью арбитра, который в качестве руководителя налогового органа выносит решение по делу, не согласуется наделение его в этом же процессе полномочиями инициировать дополнительные мероприятия налогового контроля с целью получения дополнительных доказательств противоправности налогоплательщика.

Рассмотрение уполномоченным на принятие решений лицом, возражений на акт налоговой проверки и апелляционных жалоб обречено на односторонний подход, предвзято-негативное отношение к налогоплательщику и необъективность. Руководитель налогового органа охотно принимает доводы, свидетельствующие не в пользу налогоплательщика и принимает меры к устранению процедурных нарушений. Он заинтересован, как и проверяющие должностные лица, в доначислениях налогов, пени, штрафов.

Так, рассматривая апелляционную жалобу на решение о привлечении налогоплательщика к ответственности за совершение налогового правонарушения, Управление пришло к выводу о несоблюдении Инспекцией процедуры рассмотрения материалов выездной налоговой проверки, а именно: уведомление о вызове налогоплательщика на рассмотрение материалов выездной налоговой проверки направлено в адрес налогоплательщика на день позже, чем само рассмотрение было назначено и проведено.

В связи с этим решение Инспекции отменено решением Управления и вынесено новое решение о привлечении к ответственности за совершение налогового правонарушения с тем же размером штрафа, недоимки и пени в соответствии с подп. 4 п. 2 ст. 140 НК РФ.

Управление указало, что уведомлением налогоплательщик приглашался в Управление на рассмотрение материалов выездной налоговой проверки и жалобы Общества на решение Инспекции и тем самым процедура рассмотрения материалов выездной налоговой проверки налогоплательщика восстановлена Управлением в ходе рассмотрения жалобы Общества. Решением ФНС России решение Управления оставлено без изменения¹⁸.

Представляется, что в роли административного арбитра должен выступать внешний (независимый) медиатор. Например, на это место В. А. Кашин предлагает уполномоченного по защите прав налогоплательщиков (служащий государственного агентства, не входящего в состав налоговых органов, как, например, уполномоченный (омбудсмен) по правам человека или уполномоченный по защите прав детей). Такой путь избрала Великобритания¹⁹.

¹⁸ Решение ФНС России от 2 октября 2013 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы общества с ограниченной ответственностью «АРТ-СОКОЛ»... : определение КС РФ от 27 октября 2015 г. № 2429-О. Документ официально не опубликован. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: *Кашин В. А.* Права налогоплательщиков : декларируемые и реальные // Налоговая политика и практика. 2010. № 7. С. 30.

В Южно-Африканской Республике досудебным разрешением налоговых споров занимается Налоговый совет, формируемый министром финансов. Этот орган состоит из председательствующего, назначаемого из числа адвокатов, сертифицированного бухгалтера и представителя предпринимательского сообщества²⁰.

Административный порядок восстановления законности порождает у налогоплательщика законный интерес в наиболее полной административной ревизии вышестоящим налоговым органом обжалуемого акта нижестоящего налогового органа на предмет соответствия закону. Такая проверка должна стать обязательной, т. е. безусловной для выполнения, в механизме административного (ведомственного) контроля в порядке подчиненности. Она должна осуществляться независимо от заявленных доводов налогоплательщиком и всегда в полном объеме, даже если налогоплательщик обжалует часть решения или по какому-то эпизоду его аргументация не является достаточно обоснованной. Жалоба для вышестоящего органа – это сигнал к действию, административной ревизии. И поскольку вышестоящий орган призван восстановить законность, он не должен свое ревизионное решение ставить в зависимость от заявленных доводов налогоплательщика. К этому вышестоящий налоговый орган обязывают требования законности. Особенное значение ревизионная функция должна приобретать в проверке соблюдения налоговым органом существенных условий процедуры рассмотрения материалов налоговой проверки (п. 14 ст. 101 НК РФ).

Однако текущая практика пошла в ином направлении: Пленум ВАС РФ указал, что суд может рассматривать доводы на нарушение налоговым органом существенных условий процедуры рассмотрения материалов налоговой проверки только при условии заявления их в жалобе, направленной в вышестоящий налоговый орган (п. 68 постановления Пленума ВАС РФ от 30 июля 2013 г. № 57).

Разработчики данного положения исходили из доктрины «исцеления» дефектного решения нижестоящего органа вышестоящим. Получается, что если налогоплательщик не заявляет о допущенных нарушениях, то он либо злоупотребляет правом, либо этих нарушений нет. Такой подход поддержал и А. А. Иванов, указавший, что в противном случае придется признавать решение незаконным только лишь по процедурным основаниям²¹.

Однако для налогоплательщика не имеет значения, по каким мотивам решение будет признано недействительным: материальным или процессуальным. Оно в любом случае не может считаться законным поскольку никто не может быть привлечен к ответственности за соверше-

²⁰ См.: Янкевич С. В. Порядок разрешения налоговых споров в Южно-Африканской Республике // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2015. № 4. С. 174.

²¹ Заседание Президиума ВАС РФ от 18 января 2013 г. URL: <https://www.youtube.com/watch?v=6Q1A8qqVHfQ> (дата обращения: 10.09.2018).

ние налогового правонарушения иначе, как по *основаниям и в порядке*, которые предусмотрены Налоговым кодексом РФ (п. 1 ст. 108 НК РФ).

Проблема состоит и в другом: административное исцеление процессуальных пороков нижестоящего налогового органа, по сути, заместило, а точнее исключило *правозащитную функцию* вышестоящего налогового органа.

Такая практика диссонирует с теорией права. А. Б. Зеленцов утверждает, что «вопрос о том, что целью деятельности юрисдикционных органов при разрешении споров о праве в системе административной юстиции является не только контроль законности, но и защита субъективных прав и законных интересов граждан и организаций, в современной теории административного права *сомнений не вызывает*»²².

Подытоживая вышеизложенное, отметим, что требования правовой определенности в купе с презумпцией правоты налогоплательщика накладывают вето на восполнение пробелов и недочетов оформления результатов налоговой проверки в процессе досудебного обжалования и в судебном порядке. Отсутствие доказательств виновности, а равно неполучение их в процессе проверки, должно толковаться в пользу налогоплательщика. Иными словами, у налогового органа нет права на ошибку в налоговопроверочной деятельности, поскольку в противном случае это исправление будет происходить за счет ущемления прав и законных интересов налогоплательщика.

²² Зеленцов А. Б. Субъективные права и законные интересы как предмет правовой защиты в системе административной юстиции : юридическая природа и виды // Административное право и процесс. 2017. № 6. С. 74.

Северо-Западный институт (филиал) Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА)

Ядрихинский С. А., кандидат юридических наук, доцент

E-mail: Syadr@yandex.ru

North-West Institute (Branch) of the University named after O. E. Kutafin (MSLA)

Yadrikhinskiy S. A., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor

E-mail: Syadr@yandex.ru

РОЛЬ ПРАВИЛА «СУЩЕСТВО НАД ФОРМОЙ» В ПРИМЕНЕНИИ УСЛОВИЯ О БЕНЕФИЦИАРНОМ СОБСТВЕННИКЕ ДОХОДА И В ПРЕДОТВРАЩЕНИИ УКЛОНЕНИЯ ОТ СТАТУСА ПОСТОЯННОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА ПРИ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ПЛАНА BEPS*

А. В. Николаев

Юридический институт Сибирского федерального университета
(г. Красноярск)

Поступила в редакцию 1 февраля 2019 г.

Аннотация: за десятилетия, прошедшие с момента утверждения модельной конвенции ОЭСР возросла роль такой цели налоговых соглашений, как предотвращение уклонения от уплаты налогов и избежания налогообложения. В этих обстоятельствах правило «существо над формой» перестает быть только внутренним антиуклонительным правилом. Длительное время в правовых порядках многих государств оно служит инструментом реализации договорного условия о бенефициарном собственнике пассивных доходов. Имплементация плана BEPS делает эту роль весомее, а также придает правилу новую роль: инструмента предотвращения некоторых способов уклонения от статуса постоянного представительства для получения ненадлежащего доступа к договорным преимуществам.

Ключевые слова: антиуклонительные правила, экономический подход в налоговом праве, правило «существо над формой», бенефициарный собственник дохода, статус постоянного представительства, план BEPS.

Abstract: in the decades that have passed from the approval of the OECD model convention, the role of such a goal of tax agreements as preventing tax evasion and tax avoidance has increased. In these circumstances, the rule of substance over form ceases to be only the anti-avoidance of national law. In many states for many years this rule serves as a tool for implementing the test of the beneficial owner of passive income from tax agreements. The implementation of the BEPS plan, firstly, makes this role more significant, and secondly, makes the rule a tool to prevent evasion from the status of permanent establishment as provided for by tax agreements.

Key words: anti-avoidance rules, economic approach in tax law, substance over form rule, beneficial owner of income, permanent establishment status, BEPS plan.

Антиуклонительные правила, к которым относится правило «существо над формой», придают правовое значение экономической составляющей в действиях налогоплательщика, оценивают его экономическую добросовестность в рамках спора о полноте исполнения налоговой обязанности. Это итог процесса проникновения экономических подходов

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00012.

в сферу, некогда целиком заполненную юридическим формализмом. Отраслью права, производной от экономических отношений, является цивилистика, поэтому со стороны процесс виделся как проникновение гражданского права в налоговое, что оправдывалось следующим образом: налоговое право, как и гражданское, регулирует отношения по распределению благ, и налоговое законодательство заимствует цивилистический инструментарий (с учетом отраслевой специфики) для создания четкой и стройной системы налогообложения¹. Налоговое право приписывает определенные фискальные последствия гражданско-правовым отношениям или их результатам², тогда обход налогового законодательства трактуется как введение фискальных властей в заблуждение о реальных фактах экономической деятельности налогоплательщика, что не может ограничиваться только налоговым правом и не имеет значения с точки зрения права гражданского. Налоговые последствия хозяйственной операции связаны с фактическими обстоятельствами сделки, одновременно имеющими определенную оценку с точки зрения гражданского права. Фискальные последствия обхода налогового законодательства достигаются манипулированием гражданско-правовыми инструментами, и когда мы сталкиваемся с налоговыми проблемами, верное их понимание (и последующее разрешение) может лежать в интерпретации и анализе соответствующих отношений с точки зрения цивилистики.

Отечественные арбитражи дают развернутые формулировки, лежащие в русле такого подхода: налоговые обязательства, будучи прямым следствием деятельности в экономической сфере, неразрывно с ней связаны. Их возникновению, как правило, предшествует вступление лица в гражданские правоотношения, т. е. налоговые обязательства базируются на гражданско-правовых отношениях либо тесно с ними связаны. Предпринимательские отношения хозяйствующих субъектов в гражданском

¹ См.: *Пепеляев С. Г.* О налоговых правоотношениях // *Налоговый эксперт*. 2001. № 4. С. 12. Но проникновение также может вызвать отторжение. *А. В. Брызгалин* отмечает, что российское налоговое право тесно связано с гражданским и отдельно от него существовать не может. В основу системного правового регулирования налоговых отношений конца 80-х – начала 90-х гг. положено обширное заимствование гражданско-правового инструментария, которому в ряде случаев придавалось «особенное налоговое значение», отличное от цивилистического. Результатом стала коллизия и конкуренция норм гражданского и налогового права в конкретных практических ситуациях, за прошедшие десятилетия существования «бок о бок» современного гражданского и налогового права степень конфликтности между ними ослабла, но не намного (см.: *Брызгалин А. В.* Авторская рубрика. *Налоги и гражданское право : есть ли конфликт и что делать?* // *Налоги и финансовое право*. 2009. № 2. С. 17–24).

² На заре современной российской налоговой доктрины писали: налоговые обязательства субъектов предпринимательской деятельности обычно являются прямым следствием их предпринимательской деятельности и воспринимаются как неразрывно с ней связанные (см.: *Витрянский В. В., Герасименко С. А.* *Налоговые органы, налогоплательщик и Гражданский кодекс : арбитражно-судебная практика*. М., 1995. С. 4).

обороте оформляются сделками между ними. Оценка добросовестности налогоплательщика в спорах о получении налоговых выгод предполагает оценку сделок с его участием, по которым им задекларированы и заявлены налоговые выгоды, особенно в тех случаях, когда они не имеют деловой цели либо налоговая цель превалирует в них над экономической³. В налоговых правоотношениях недопустима фикция, которая позволяла бы недобросовестным налогоплательщикам (налоговым агентам) с помощью инструментов, используемых в гражданско-правовых отношениях, и искусственной юридической конструкции создавать ситуацию формального наличия права на получение налоговых выгод. Сделки в обход налогового закона подразумевают действия, имеющие целью сознательное создание налогоплательщиками определенного фактического состава (или же воздержание от его создания) с целью обеспечить по отношению к себе действие одного правового предписания и (или) не допустить действие другого⁴.

Правило «существо над формой» (*substance over form*) порождено судебной системой США, прецедентами Верховного Суда США о том, что свобода налогоплательщика ограничена трактовкой его действий по существу преследуемой цели и исходя из духа налоговых законов (ключевыми стали дела 1918 г. *United States v. Oregon-Washington Railroad & Navigation Co.*, 1935 г. *Gregory v. Helvering*, 1939 г. *Helvering v. F & R Lazarus & Co.* и 1945 г. *Commissioner v. Court Holding Co.*⁵). Поддерживаемые судом, фискальные органы разорвали пути формальных договоренностей сторон и документального оформления сделок, получив право оценивать существо и реальность операций.

В других странах общего права правило распространяется со второй половины прошлого века. Соединенное Королевство длительное время держалось приоритета формы, заложенного в 1869 г. делом *Partington v. Attorney General* и подтвержденного Палатой лордов в 1935 г. в деле *Duke of Westminster v. CIR*. Лишь в 1981 г. в деле *W. T. Ramsay Ltd. v. IRC* британское правосудие пересмотрело эту позицию, признав возможным

³ Постановление Восемнадцатого ААС от 17.11.2015 № 18АП-10426/15. Доступ из информ.-правовой системы «Гарант»; Постановление АС Уральского округа от 13.04.2017 № Ф09-1221/17 по делу № А76-22633/2016. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

⁴ Постановление Восемнадцатого ААС от 14.04.2016 по делу № А76-25518/2015. URL: <http://sudact.ru/arbitral/doc/jnKjL3BiUGLA/> (дата обращения: 27.01.2019); Решение АС Удмуртской Республики от 07.03.2018 по делу № Ф71-17434/2017. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/102228762/116586229/> (дата обращения: 27.01.2019).

⁵ *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/293/465/> (дата обращения: 27.01.2019); *Helvering v. F. & R. Lazarus & Co.*, 308 U.S. 252 (1939). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/308/252/> (дата обращения: 27.01.2019); *Commissioner v. Court Holding Co.*, 324 U.S. 331 (1945). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/324/331/> (дата обращения: 27.01.2019).

игнорировать юридическое значение каждой отдельной сделки, если их совокупность преследует единственную цель – уменьшить налоговую обязанность⁶.

Правило известно современной правовой системе Канады, пример тому дело *OSFC Holdings Ltd. v. The Queen*. Компания, продав закладные по цене ниже учетной стоимости, вложила вырученные средства в 99 % долей товарищества, которые позднее реализовала с прибылью, сохранив право на налоговый вычет в связи с убытком от продажи закладных. Суд отказал ей в этом по правилу «существо над формой», исходя из следующих общих принципов: налоговая выгода получена в результате транзакций, преследовавших не добросовестную деловую цель, а получение налоговой льготы; размер налоговых вычетов в разы превысил полученную прибыль и можно разумно полагать, что сделки связаны с неправильным использованием положений закона или со злоупотреблением законом в целом⁷. Применение правила австралийским судом повлекло изменение закона о подоходном налоге, обязавшее при анализе действий налогоплательщика квалифицировать сделки исходя из их существа⁸.

Правило проникло также в европейские страны континентальной системы права, в Японии оно восполнило правовой пробел в борьбе с кондуитными компаниями, налоговые акты КНР предписывают его использование при квалификации бенефициарного собственника и кондуитных компаний⁹. Аргентинские суды прибегли к правилу «существо над формой» и условию о бенефициарном собственнике дохода при их отсутствии в тексте применимого СИДН (дело *Molinos Rio de la Plata S.A.*¹⁰).

⁶ W. T. Ramsay Ltd v Inland Revenue Commissioners : Parliamentary Achieves, HL/PO/JU/18/241, 12 Mar. 1981. URL: <https://www.casemine.com/judgement/uk/5a8ff8ca60d03e7f57ecd7b8> (дата обращения: 27.01.2019).

⁷ Tax Court of Canada Judgments: OSFC Holdings Ltd. v. The Queen. URL: <https://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/item/22907/index.do?r=AAAAAQAST1NGQyBIb2xkaW5ncyVMdGQuAQ> (дата обращения: 27.01.2019) ; Federal Court of Appeal Decisions: OSFC Holdings Ltd. v. Canada. URL: <https://decisions.fca-caf.gc.ca/fca-caf/decisions/en/item/31904/index.do?r=AAAAAQAST1NGQyBIb2xkaW5ncyVMdGQuAQ> (дата обращения: 27.01.2019).

⁸ См.: Петросян О. Ш., Артемьева Ю. А. Судебные доктрины налоговой оптимизации в зарубежных странах // *Налого*. 2008. № 5. С. 24–27.

⁹ См.: Виницкий Д. В., Савицкий А. И. Российская правовая система и проблемы структурирования бизнеса и сделок с участием низконалоговых юрисдикций // *Закон*. 2013. № 4. С. 38–45 ; Фатхутдинов Р. С. Существо и форма в налоговых отношениях // *Вестник ВАС РФ*. 2012. № 9. С. 41–42 ; Dongmei Qiu The Concept of «Beneficial Ownership» in China's Tax Treaties – The Current State of Play // *Bulletin of International Taxation*. Vol. 67, № 2. February 2013. P. 100.

¹⁰ Alvarez M., García F., Marziali N. Aproximacion al concepto de beneficiario efectivo. P. 21–26. URL: http://fcea.edu.uy/Jornadas_Academicas/2016/Ponencias/Contabilidad/Marziali,%20Alvarez%20y%20Garcia.pdf (дата обращения: 27.01.2019). Изложение дела см.: Демин А. В., Николаев А. В. Фактическое право на доход в налоговом праве : комментарий законодательства и судебной практики. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Российские суды¹¹, разбирая дела о применении льгот, предусмотренных соглашениями об избежании двойного налогообложения (далее – СИДН), исходят из того, что при рассмотрении налоговых дел применяется правило «существо над формой», закрепленное в постановлении ВАС РФ № 53: если операции учтены налогоплательщиком для целей налогообложения не в соответствии с их действительным экономическим смыслом, суд определяет объем прав и обязанностей налогоплательщика исходя из подлинного экономического содержания соответствующей операции¹².

Проникновение правила «существо над формой» во все большее число правовых систем не осталось незамеченным Организацией экономического сотрудничества и развития (далее – ОЭСР): с 1992 г. правило рассматривается в Комментариях к ст. 1 Модельной конвенции ОЭСР относительно налогов на доходы и капитал (далее – МК ОЭСР) в контексте проблемы совместимости внутренних и договорных антиуклонительных правил. Помимо этого, правило «существо над формой» играет самостоятельную роль в реализации самих СИДН, а имплементация плана BEPS¹³ расширяет его «репертуар».

Начнем с первой роли правила в реализации налоговых соглашений, конкретно – условия о бенефициарном собственнике дивидендов, процентов, роялти в ст. 10–12 МК ОЭСР и сходных статьях СИДН.

Бенефициарная собственность – концепт трастового права, который стараниями США и Соединенного Королевства в 40–60-е гг. XX в. попал в двусторонние международные налоговые отношения, а упорство представителей «туманного Альбиона» в ходе рассмотрения проекта МК ОЭСР сделало его практически стандартом СИДН¹⁴. Но если страны общего права за столетия выработали способы квалификации лиц в качестве бенефициарного собственника, то цивилистика стран других семей права, за редким исключением, таким инструментарием не располагала и не могла помочь налоговому праву. Не удивительно, что в ходе обсуждения в 2011–2013 гг. проекта реформы Комментариев ст. 10–12 МК ОЭСР эта проблема не была обойдена стороной: в одном случае при квалификации бенефициарного собственника предлагалось использовать данные о вознаграждении лиц, управляющих доходными

¹¹ К примеру: Постановление Девятого ААС от 07.02.2017 № 09АП-63463/2016 по делу № А40-113217/16. URL: <http://sudact.ru/arbitral/doc/SxbJYmyfJAo8/> (дата обращения: 27.01.2019) ; решение АС г. Москвы от 11.10.2017 по делу № А40-73573/17-20-612. URL: https://kad.arbitr.ru/PdfDocument/41664513-ba00-4a1b-aa0c-7cd1b73eb6fc/%D0%9040-73573-2017__20171011.pdf (дата обращения: 27.01.2019).

¹² Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды : постановление Пленума ВАС РФ от 12.10.2006 № 53 // Вестник ВАС РФ. 2006. № 12.

¹³ OECD: Action Plan on base Erosion and Profit Shifting (Jul. 2013). URL: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> (дата обращения: 27.01.2019).

¹⁴ Подробнее см.: Демин А. В., Николаев А. В. Указ. соч.

активами (так как величина вознаграждения коррелирует с уровнем ответственности и управленческой компетенцией)¹⁵, в другом – применять правила платежеспособности Банка международных расчетов, так называемая Базель II и Базель III¹⁶. Предложения не встретили интереса, и вот почему.

Год за годом практика применения условий СИДН о бенефициарном собственнике дохода сложилась так, что суды разных стран сошлись на двух способах квалификации бенефициарного собственника: на так называемом техническом тесте или тесте на бенефициарность и на правиле «существо над формой». Технический тест выявляет ограничения права на доходы: кто в конечном счете пользуется соответствующим доходом, кто свободно распоряжается им, не будучи связанным императивными указаниями другого лица. Исследуются юридические и фактические полномочия получателя дохода, характер платежей, взаимосвязь между полученными и выплаченными денежными средствами и т. п. Но по ходу дела возникают вопросы, выходящие за рамки «технической» трактовки юридической стороны отношений. Насколько глубоко должно отслеживаться влияние третьих лиц? Независима ли компания, связанная кредитным договором и обязательствами по облигациям (дело *Indofood*)? Можно ли считать бенефициарным собственником дохода холдинговую компанию, если руководство компании, стоящей относительно ее на более высоком уровне, имеет возможность вмешаться в ее операционную деятельность (дело *Prévost Car Inc.*)?

Альтернатива тесту на бенефициарность не формализуется настолько, насколько формализован технический тест, можно лишь общим образом описать направление, в котором реализуется подход. Например, его суть – изучение экономической сущности отношений сторон независимо от юридической формы, в которую отношения облечены, когда, среди прочего, оцениваются цели, преследуемые сторонами: не руководствовались ли они в первую очередь стремлением получить необоснованные налоговые льготы – сниженную ставку налога на репатриацию в одной стране или налоговый кредит в другой¹⁷. Или технический тест рассматривает шаги, посредством которых реализуется операция, а правило «существо над формой» основано на предположении, что налоговые последствия

¹⁵ Popov Sergey (Contentive Consulting LLC) : Clarification of the Meaning of «Beneficial Owner» in the OECD Model Tax Convention (5 May 2011). URL: <http://www.oecd.org/tax/treaties/47816865.pdf> (дата обращения: 27.01.2019).

¹⁶ M L.L. van Bladel: Commentary on OECD Model tax convention : Revised proposals concerning the meaning of «Beneficial Owner» in articles 10, 11 and 12 (19 October 2012 to 15 December 2012) (30 January 2013). URL: http://www.oecd.org/ctp/treaties/BENOWNMLL_vanBladel.pdf (дата обращения: 27.01.2019).

¹⁷ См., например: *Серветник А.* Кто такие «бенефициарные владельцы» в Налоговом кодексе. URL: <https://delo.ua/special/kto-takie-beneficiarnye-vlade-151410/> (дата обращения: 27.01.2019).

операции гораздо лучше определяются на основе оценки ее внутреннего содержания и сделки, приводящие к тождественному результату, не должны облагаться различным образом лишь по причине того, что результат достигнут различными юридическими средствами¹⁸.

Симбиоз лица, имеющего фактическое право на доход, и правило «существо над формой» все в большей степени должны быть востребованы российскими фискальными властями, полагающими использовать механизм фактического права на доход для установления фактов неправомерного использования СИДН в отношении не только пассивных доходов, но и различных видов доходов, выплачиваемых иностранной организацией (письмо ФНС РФ от 17.05.2017 № СА-4-7/9270@), а также для борьбы со злоупотреблениями СИДН при размывании налоговой базы и выведении доходов из-под налогообложения, т. е. при BEPS (письмо ФНС РФ от 28.04.2018 № СА-4-9/8285@). Сделать лицо, имеющее фактическое право на доход, универсальным инструментом против злоупотребления СИДН во всех случаях вовлечения кондуитной компании возможно, сочетая его с правилом «существо над формой»¹⁹, поскольку оно позволяет в соответствующих ситуациях перекалвалифицировать как правосубъектность отдельных участников отношений (тогда доктрина бенефициарной собственности как бы «проткнет корпоративную завесу»), так и комплекс различных операций налогоплательщиков²⁰.

Следующая роль правила «существо над формой» в реализации условий СИДН связана с противодействием в рамках плана BEPS уклонению от статуса постоянного представительства (далее – ПП) ст. 5 МК ОЭСР и сходных статей СИДН.

Действие 7 плана BEPS предусматривало корректировку определения ПП, поскольку прежнее предоставляло возможность выстраивать корпоративную структуру так, что: 1) дочерние предприятия переводятся в статус комиссионера, позволяя выводить прибыль из страны без изменения их функций в данной стране и 2) транснациональные компании искусственно дробят операции между большим числом субъектов своей группы, добиваясь тем их исключения из статуса ПП. Результат имплементации действия 7 плана BEPS воплотился в итоговом отчете по дан-

¹⁸ Подробнее см.: *Винницкий Д. В.* Международное налоговое право : проблемы теории и практики. М., 2017. С. 177–196.

¹⁹ Это не единственный способ, другой подход см.: *Николаев А. В.* Бенефициарная собственность в условиях BEPS : между «неудачным экспериментом» и «универсальным инструментом» // *Законы России : опыт, анализ, практика.* 2018. № 12. С. 46–51.

²⁰ См. об этом: *Тимофеев Е. В.* Налоговое право России – практическое и увлекательное. Полутом I: От основ к источникам и основным принципам. М., 2017. С. 278 ; *Hagmann Fr.* Beneficial Ownership – a concept in identity crisis: Graduate Thesis, Master of Laws program. Faculty of Law, Lund University. Lund, 2017. P. 14.

ному действию²¹, затем в новой редакции ст. 5 и Комментария к ней МК ОЭСР 2017 г.²²

Определение ПП изначально несет «родовые пятна» внутреннего и договорного права конца XIX – первой половины XX в. разных стран. Само выражение – из прусского налогового закона: появившись в 1885 г. и приобретя нынешнее фискальное значение в 1891 г., термин попал в прусский налоговый договор с Австро-Венгрией 1899 г., затем был перенят германским Double Taxation Act 1909 г. Концепция повлияла на внутреннее право Нидерландов (с 1941 г.), Канады (с 1957 г.), Австралии (с 1959 г.), Японии (с 1962 г.), Швеции (с 1987 г.), Бельгии (с 1989 г.), Италии (с 2004 г.) и Соединенного Королевства (с 2003 г.). Наконец, совпадения обнаруживаются между германским термином и определением ОЭСР: так, на немецком законе основывался список примеров ПП в п. 2 ст. 5 МК ОЭСР, утвержденной в 1977 г.²³

Далее, 12-месячное правило для строительных площадок родилось в германо-швейцарском договоре 1928 г., проникло во внутреннее право (Германии в 1934 г., Японии в 1962 г.) и попало в проект МК ОЭСР. Исключение из ПП закупочного офиса появилось в законодательстве Соединенного Королевства 1860 г., распространилось по империи (Новая Зеландия, Канада) и за ее пределы (в США), затем появилось в договорах (Данцинга с Польшей 1924 г.; Франции с Бельгией 1931 г. и Бельгии с Нидерландами 1933 г.; Франции со Швецией 1936 г., Швейцарией 1937 г. и с США 1939 г.; США со Швецией 1939 г. и с Канадой 1942 г.), а в 1960 г. – в проекте МК ОЭСР. Пункт 4 ст. 5 МК ОЭСР воспринял подход Лиги Наций, рассматривавшей современное ей законодательство европейских и северо-американских государств, Японии. Сходные *reminiscentia* есть в п. 5 и 6 ст. 5 МК ОЭСР²⁴.

Подход тех времен состоял в предпочтительности обложения доходов лица по месту его резидентства с допущением обложения доходов у источника строго в оговоренных редких случаях. Тем самым фискальные возможности государства источника дохода изначально приносились в жертву возможностям страны резидентства, это служило подспорьем тем, кто желал всеми возможными (и не всегда допустимыми) способами уйти от налогообложения дохода по месту его извлечения. Такие «родо-

²¹ OECD: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/preventing-the-artificial-avoidance-of-permanent-establishment-status-action-7-2015-final-report_9789264241220-en#page1 (дата обращения: 27.01.2019).

²² OECD Model Tax Convention on Income and on Capital. Condensed Version (21 November 2017). URL: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1 (дата обращения: 27.01.2019).

²³ Подробнее см.: Jones J. F. A., Broe L. De, Ellis M. J. et al. The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States // Tax Treaty Monitor. 2006. June. P. 233–234.

²⁴ Ibid. P. 234–238.

вые пятна» наложились на то, что определение ПП (как и любой другой категории МК ОЭСР) отражает сложившийся баланс двух базовых, но разнонаправленных целей налогового соглашения: устранение двойного налогообложения, с одной стороны, и недопущение уклонения от уплаты налогов и избежания налогообложения – с другой (Комментарий к ст. 1 МК ОЭСР). Заложенный в проекты моделей СИДН подход Лиги Наций, унаследованный Организацией европейского экономического сотрудничества и ее правопреемницей – ОЭСР, «сместил чашу весов» в пользу устранения двойного налогообложения.

Риск двойного налогообложения тем меньше, чем более формальны требования к налогоплательщику. Чем формальнее требования к налогоплательщику, тем слабее возможности фискальных властей ограничить гибкие схемы избежания налогообложения, обходящие строго очерченные формальные рамки. Это и продемонстрировала история концепции ПП из МК ОЭСР и СИДН²⁵.

Дрейф в сторону цели СИДН препятствовать избежанию налогообложения выражается в проникновении антиуклонительных правил, базирующихся на экономическом подходе, оценивающих экономическую добросовестность налогоплательщика в споре о полноте исполнения налоговой обязанности. Реформа ст. 5 МК ОЭСР и Комментария к ней в ходе имплементации действия 7 плана BEPS пошла в этом направлении. Для борьбы с обходом п. 3 ст. 5 путем дробления контрактов вводится правило проверки основной цели: имеет ли такое дробление экономическое обоснование или оно осуществляется с целью воспользоваться договорными льготами без какого-либо иного экономического смысла. Борьба с обходом п. 4–6 ст. 5 предполагает отход от «формы» в пользу «существа» отношений: отход от формального факта ведения работ на строительной площадке или, соответственно, от территориальной принадлежности лица, заключающего комиссионные (агентские) договоры, к оценке характера выполняемых работ (подготовительные и вспомогательные) или, соответственно, значения функций, выполняемых комиссионером (агентом) для бизнеса комитента (принципала) в государстве источника дохода.

В контексте предотвращения уклонения от статуса ПП в перечисленных формах правило фокусируется: 1) на физическом месте осуществления действий; 2) используемых при этом фактических средствах; 3) лицах, осуществляющих приносящую доход деятельность независимо от используемых правовых механизмов. От господства статуса резидентства налогоплательщика принцип переходит к налогообложению по месту создания стоимости в случае таких уловок, как дробление контрактов, 12-месячные преимущества для строительных площадок, заключение комиссионных договоров и договоров с независимыми агентами, якобы осуществляющими отдельную деятельность, не носящую основного ха-

²⁵ Подробнее см.: *Jiménez A. M.* Preventing avoidance of permanent establishment status. In: *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*. Edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka. New York: United Nations, 2013. P. 376–409.

рактера для бизнеса реального получателя договорных преимуществ и льгот.

Итак, подход, на котором базируется правило «существо над формой», оперирует высокоабстрактными понятиями, принципами и оценочными категориями из числа *anti-abuse standards*, которые, с одной стороны, увеличивают неопределенность налогово-правовой регламентации, а с другой – делают налоговое право более гибким, динамичным, приспособляемым к недобросовестным налоговым стратегиям злоупотребления буквой закона вопреки принципам права, продуцирующим налоговые последствия, не предусмотренные налоговым законодательством²⁶.

Неопределенность – доминирующий мотив протеста бизнес-сообщества против этого правила. Как пример: именно опасение ассимиляции концепта с правилом «существо над формой» и вытекающего из этого права фискальных властей на широкое усмотрение при применении СИДН было аргументом против предложенных ОЭСР в 2011 и 2012 гг. формулировок Комментариев к ст. 10–12 МК ОЭСР, определяющих бенефициарную собственность на доход²⁷. Однако уход от юридического формализма в направлении придания правового значения экономической составляющей в действиях налогоплательщика отражает происходящее изменение баланса между целями налоговых соглашений: от господства цели устранения двойного налогообложения к большему акценту на цели недопущения уклонения от уплаты налогов и избежания налогообложения.

Динамика видна при сравнении пути, пройденного от стартовых вех – докладов ОЭСР о базовых компаниях, о кондуитных компаниях, о вредоносной налоговой конкуренции²⁸ и других до нынешних вех – плана BEPS и итоговых документов его имплементации. Это путь от констатации слабости позиций МК ОЭСР в противодействии злоупотреблениям СИДН к приданию договорным концептам значения антиуклонительных правил (так, в МК ОЭСР 2014 г. бенефициарная собственность ясно

²⁶ О недостатках и преимуществах подхода см.: Демин А. В. Диспозитивность в налоговом праве. Красноярск, 2017. С. 110–111.

²⁷ Изложение дискуссии вокруг проектов см.: Демин А. В., Николаев А. В. Указ. соч.

²⁸ Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies, adopted by the OECD Council on 27 November 1986. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-5-double-taxation-conventions-and-the-use-of-base-companies_9789264239081-98-en#page1 (дата обращения: 27.01.2019) ; Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, adopted by the OECD Council on 27 November 1986. URL: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010/r-6-double-taxation-conventions-and-the-use-of-conduit-companies_9789264175181-99-en#page1 (дата обращения: 27.01.2019) ; Harmful Tax Competition: an Emerging Global Issue, adopted the OECD Council on 9 April 1998. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en#page1 (дата обращения: 27.01.2019).

поставлена в контекст этих правил), а также путь от спора о первенстве договорных или внутренних антиуклонительных правил к их синхронизации в рамках имплементации плана BEPS, иногда даже к их симбиозу. В рамках отмеченной тенденции правило «существа над формой» перестает быть просто внутренним антиуклонительным правилом: в правоприменении многих государств оно служит инструментом реализации условия СИДН о бенефициарном собственнике дохода, и благодаря действию 7 плана BEPS оно становится инструментом предотвращения некоторых способов уклонения от статуса постоянного представительства ст. 5 МК ОЭСР и сходных норм СИДН.

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

*Николаев А. В., старший преподава-
тель кафедры предпринимательского,
конкурентного и финансового права
E-mail: nikolaev_aleksei@mail.ru*

*Law Institute of the Siberian Federal
University (Krasnoyarsk)*

*Nikolaev A. V., Senior Lecturer of the
Entrepreneurial, Antitrust and Financial
Law Department*

E-mail: nikolaev_aleksei@mail.ru

УДК 343

СОГЛАСОВАННОСТЬ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО
КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ:
ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО ИЗМЕНЕНИЮ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

В. В. Трухачев, Г. Г. Белоконь

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 25 августа 2019 г.

Аннотация: *исследуются вопросы, касающиеся согласованности отдельных норм Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Обосновывается ряд предложений по внесению изменений в нормы Особенной части УК РФ с целью достижения указанной согласованности. Основное внимание уделено преступлениям, включенным в главу 31 УК РФ «Преступления против правосудия».*

Ключевые слова: *согласованность, преступление, правосудие.*

Abstract: *the article is devoted to questions, concerning issues to the consistency of the Criminal code of the Russian Federation and the Criminal-procedure Code of the Russian Federation. A number of proposals to amend the norms of the Special part of the Criminal code in order to achieve this consistency are substantiated. The main attention is paid to the crimes included in chapter 31 Criminal code of the Russian Federation «Crimes against justice».*

Key words: *consistency, crime, justice.*

Необходимость достижения согласованности уголовного и уголовно-процессуального закона не нуждается в особой аргументации. Наличие противоречий и разногласий между указанными нормативными актами неизбежно влечет затруднение их реализации на практике. Это негативным образом сказывается на общей эффективности борьбы с преступностью, а также на уровне законности деятельности субъектов, осуществляющих предварительное расследование и судебное разбирательство уголовных дел. Проблема достижения такой согласованности является актуальной на протяжении ряда лет¹. Однако ряд положений

¹ См.: Павлов Н. Е. Уголовно-процессуальное законодательство и уголовный закон : проблемы соотношения и применения : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1999; Шадрина Е. Г. Взаимосвязь российского уголовного, уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального права (проблемы рассогласования и согласования) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003 ; Ожжало В. В. Проблема взаимосвязей и согласования уголовно-процессуального, уголовного и оперативно-розыскного законодательства : автореф. дис. ... канд. юрид. наук.

Уголовного и Уголовно-процессуальных кодексов Российской Федерации продолжают диссонировать и в настоящее время.

Такой диссонанс особенно недопустим, когда он касается основополагающих понятий и принципов, распространяющих свое действие на уголовно-правовую сферу.

Рассмотрим законодательное закрепление и интерпретацию некоторых из таких понятий и принципов подробнее. К числу основополагающих понятий уголовного и уголовно-процессуального законов относится понятие «преступление». Согласно ч. 1 ст. 14 УК РФ преступлением признается виновно совершенное общественно опасное деяние, запрещенное УК РФ под угрозой наказания.

Статья 38 УК РФ устанавливает, что не является преступлением причинение вреда лицу, совершившему преступление при его задержании с соблюдением определенных условий правомерности такого задержания. В ч. 2 ст. 108 УК РФ уголовно наказуемым признается совершение убийства при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление. Аналогично термин «преступление» используется законодателем при конструировании состава в ч. 2 ст. 114 УК РФ, где предусмотрена ответственность за причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью.

Использование в данных нормах термина «преступление», по крайней мере, некорректно. На момент причинения смерти, тяжкого или средней тяжести вреда лицу в ходе задержания в большинстве случаев нельзя утверждать, что задерживался именно преступник. Речь может и должна идти только о правомерном причинении вреда лицу, совершившему общественно опасное деяние (ст. 38 УК РФ), или превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего общественно опасное деяние (ст. ст. 108, 114 УК РФ).

Использование термина «преступление» в ст. 108 и 114 УК РФ противоречит принципиальному положению ч. 2 ст. 8 УПК РФ, что никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут уголовному наказанию иначе, как по приговору суда и в порядке, установленном УПК РФ. Более того, согласно ст. 14 УПК РФ «Презумпция невиновности» даже обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном УПК РФ порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Данное положение основано на конституционной норме, а именно ст. 49 Конституции РФ.

На момент фактического задержания лица, связанного с необходимостью применения физической силы либо оружия, процесс доказывания вины в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом, в ряде случаев по объективным причинам не был и не мог быть начат.

Речь идет о задерживаемых лицах, которые до этого вовсе не попадали в поле зрения органов расследования, а их немедленное задержание было необходимо для пресечения совершаемых ими общественно опасных действий, предотвращения особо тяжких последствий и т. д. Естественно, в таких случаях никакие процессуальные действия в отношении задерживаемых лиц, направленные на доказывание их вины, тем более судебное разбирательство, не осуществлялись. Использование в УК РФ термина «преступление» в общепринятом и распространенном значении, без учета требований, закрепленных в Конституции и УПК РФ, недопустимо. Отметим, что законодатель некоторых стран считал необходимым включить в число принципов уголовной ответственности положение о том, что не совершает преступления лицо, совершившее запрещенное деяние, если нельзя вменить ему в вину содеянное на момент его совершения (параграф 3 ст. 1 УК Республики Польша)².

Отметим также, что в ходе расследования факта смерти задерживаемого лица может быть установлена его невменяемость. В таких случаях отсутствует вина как обязательный признак состава преступления, следовательно, задерживался не преступник, а невменяемое лицо, совершившее общественно опасное деяние. Аналогичным образом можно говорить о задержании лиц, не достигших возраста уголовной ответственности.

С учетом изложенного предлагается внесение изменений в ст. 38, 108 и 114 УК РФ путем замены слов «лицо, совершившее преступление» на «лицо, совершившее общественно опасное деяние». Законодательный опыт применения указанного словосочетания имеется в ст. 101 УК Республики Узбекистан. Она дословно именуется «Умышленное причинение смерти при превышении необходимых мер задержания лица, совершившего общественно опасное деяние»³.

Следует отметить, что предложение по замене законодательной формулировки ст. 38 УК РФ высказывались в литературе С. Ф. Милюковым. Обосновывалось это целесообразностью насильственного задержания лиц, совершивших некоторые административные правонарушения, например мелкое хулиганство (ст. 20.1 КоАП РФ), стрельба из оружия в населенных пунктах или в других неотведенных для этого местах (ч. 2 ст. 20.13 КоАП РФ) и др.⁴

По нашему мнению, в УК РФ не полностью восприняты положения Конституции РФ и уголовно-процессуального закона, касающиеся субъектов правосудия в Российской Федерации. Глава 31 УК РФ именуется «Преступления против правосудия». Между тем согласно ч. 1 ст. 118

² Уголовный кодекс Республики Польша. СПб., 2001.

³ Уголовный кодекс Республики Узбекистан. СПб., 2001.

⁴ См.: Милюков С. Ф., Никуленко А. В. Причинение вреда при задержании лица, совершившего общественно опасное деяние. СПб., 2015. С. 73–82; Милюков С. Ф. Причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление // Энциклопедия уголовного права. Т. 7: Обстоятельства, исключющие преступность деяния. СПб., 2007. С. 181–182.

Конституции РФ правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом. В соответствии с ч. 2 указанной нормы судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Положения ч. 1 ст. 18 Конституции РФ воспроизведены в ст. 8 УПК РФ, посвященной принципу уголовного судопроизводства, именуемой «Осуществление правосудия только судом». Такая однозначная и категорическая трактовка субъекта правосудия, на наш взгляд, исключает его расширительные толкования. Между тем ряд статей рассматриваемой главы УК РФ вовсе не касается защиты уголовно-правовыми средствами осуществления судебной власти. Особенно наглядно это видно на примере ст. 305 «Заведомо ложный донос», ст. 310 «Разглашение данных предварительного расследования», ст. 316 «Укрывательство преступлений».

В большинстве статей указанной главы речь одновременно идет как о судебной, так и иных смежных видах деятельности: предварительном расследовании и оперативно-розыскной деятельности. Такая расширительная трактовка субъектов, осуществляющих различные виды деятельности, не согласуется с наименованием главы «Преступления против правосудия». Такое смешение различных видов деятельности ведет к принижению судебной деятельности, дезориентации правоприменителей и граждан. В силу конституционных положений и принципов уголовно-процессуального закона судебная деятельность носит исключительный и особо важный характер. В частности, «предварительное расследование» именуется в законодательстве предварительным, потому что за ним следует судебное производство, в ходе которого проверяется обоснованность и законность произведенных в ходе предварительного расследования процессуальных действий и решений, и принимается окончательное решение. Не могут служить достаточными обоснованиями ссылки на исторические традиции употребления термина «Преступления против правосудия» в уголовном законе России, его распространенности в законодательстве зарубежных стран, на возможность опосредованного достижения целей правосудия путем проведения предварительного расследования и т. п.

С учетом изложенного считаем необходимым изменение наименования главы 31 УК РФ. На наш взгляд, оптимальным является такой вариант наименования главы 31 УК РФ, который отражал бы уголовно-правовую охрану как интересов правосудия, так и иных видов деятельности, осуществляемых в рамках уголовного судопроизводства. Не нуждается в подробной аргументации утверждение, что законные интересы предварительного расследования и оперативно-розыскной деятельности требуют их эффективной и действенной охраны уголовно-правовыми средствами.

По нашему мнению, более точно отразит содержание уголовно-правовых запретов в охраняемой сфере использование формулировки «преступления против уголовного судопроизводства» либо «преступления в сфе-

ре уголовного судопроизводства». Отметим, что согласно ст. 5 УПК РФ, уголовное судопроизводство относится к основным понятиям, используемым в УПК РФ. Под ним понимается досудебное и судебное производство по уголовному делу.

Проявлением несогласованности уголовного и уголовно-процессуального законов, по нашему мнению, является нереагирование в УК РФ на закрепление в УПК РФ новых процессуальных фигур, являющихся профессиональными участниками уголовного судопроизводства. Так, в ч. 2 ст. 294 УК РФ установлен уголовно-правовой запрет вмешательства в какой бы то ни было форме в деятельность прокурора, следователя или лица, производящего дознание, в целях воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела. Процессуальная фигура руководителя следственного органа в диспозицию состава не включена. Между тем согласно ст. 39 УПК РФ руководитель следственного органа наделен широким кругом полномочий по организации предварительного следствия и контролю следователей. Так, руководитель следственного органа уполномочен проверять материалы проверки сообщения о преступлении или материалы уголовного дела, отменять незаконные или необоснованные постановления следователя (п. 2 ч. 1 ст. 39 УПК РФ). Он вправе давать следователю указания о направлении расследования, производстве отдельных следственных действий, привлечении лица в качестве обвиняемого, об избрании в отношении подозреваемого, обвиняемого меры пресечения, о квалификации преступления и объеме обвинения, лично рассматривать сообщения о преступлении, участвовать в проверке сообщений о преступлении. Помимо этого, он наделен и рядом других полномочий, которые делают руководителя следственного органа самостоятельной процессуальной фигурой, деятельность которой должна быть защищена уголовно-правовыми средствами.

В сфере дознания широким объемом полномочий наделены процессуальные фигуры начальника подразделения дознания и начальника органа дознания. Их руководящая роль и процессуальный статус в предварительном расследовании в форме дознания закреплены соответственно в ст. 40.1 и 40.2 УПК РФ. Тем не менее они не указаны в ч. 2 ст. 294 УК РФ в качестве субъектов, деятельность которых охраняется уголовным законом. Деятельность указанных субъектов с учетом важности их процессуального статуса целесообразно выделить в отдельную группу, в отдельную часть рассматриваемой нормы, как это сделано в отношении деятельности суда.

С учетом самостоятельности и важности в уголовно-процессуальном законе процессуальных фигур руководителя следственного органа, начальника подразделения дознания и начальника органа дознания они должны быть включены в диспозицию ряда иных статей УК РФ. Прежде всего, имеется в виду ст. 295 УК РФ, в которой предусмотрена ответственность за посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие

или предварительное расследование. В данной статье в перечне субъектов, посягательство на жизнь которых наказывается вплоть до пожизненного лишения свободы или смертной казнью, такие процессуальные фигуры не указаны. Между тем в данный перечень включены эксперты, специалисты, судебные приставы, судебные исполнители, а равно их близкие, хотя все перечисленные лица не осуществляют ни правосудие, ни предварительное расследование.

То же самое можно сказать о ст. 296 УК РФ, где установлена уголовная ответственность за угрозу или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования.

Указание на руководителя следственного органа, начальника подразделения дознания и начальника органа дознания должно содержаться и в ст. 298.1 УК РФ «Клевета в отношении судьи, присяжного заседателя, прокурора, следователя, лица, производящего дознание, судебного пристава».

Разумеется, указанные процессуальные фигуры должны быть включены в перечень субъектов в нормах главы 31 УК РФ, где установлена ответственность за превышение или злоупотребление своими полномочиями. Их, наряду с прокурором, следователем, лицом, производящим дознание, следует включить в диспозицию ст. 300 УК РФ «Незаконное освобождение от уголовной ответственности», ст. 302 УК РФ «Принуждение к даче показаний», ч. 2 ст. 303 УК РФ «Фальсификация доказательств и оперативно-розыскной деятельности».

По нашему мнению, о несогласованности уголовного и уголовно-процессуального закона следует говорить и в случаях, когда законодатель при конструировании норм материального права не учитывает необходимость уголовно-правовой охраны интересов уголовного судопроизводства на всех его этапах.

Одним из наиболее существенных пробелов уголовного закона такого рода является отсутствие уголовно-правового запрета на деяния, совершенные определенными лицами против интересов уголовного судопроизводства в ходе проверок сообщений о преступлении.

Так, согласно ч. 1 ст. 144 УПК РФ дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа наделены достаточно широким объемом процессуальных полномочий в ходе проверок сообщений о преступлении. Они вправе получать объяснения, образцы для сравнительного исследования, истребовать документы и предметы, изымать их, назначать судебную экспертизу, принимать участие в ее производстве и получать заключение эксперта, производить осмотр места происшествия, документов, предметов, трупов, освидетельствование и т. д. Не исключены случаи, когда в ходе доследственных проверок следователи, лица, производящие дознание, а также другие лица с ведома или молчаливого согласия следователя или лица, производящего дознание, осуществляют принуждение к даче показаний лиц, обладающих доказательственной

информацией, путем применения угроз, шантажа или иных незаконных действий. Однако указанные действия на стадии проверки сообщения о преступлениях в главе 31 УК РФ не защищены уголовно-правовыми мерами. По нашему мнению, для исправления ситуации необходимо ввести в ст. 302 УК РФ «Принуждение к даче показаний» положение о том, что указанные действия распространяются и на лиц, от которых отбираются объяснения в ходе проверок сообщений о преступлениях.

Отметим далее, что дознаватель, орган дознания, следователь, руководитель следственного органа в ходе проверки сообщения о преступлениях имеют возможность, в том числе руководствуясь корыстной либо личной заинтересованностью, фальсифицировать предметы и иные объекты, которые являются носителями доказательственной информации. Более того, такие доказательства, как протокол осмотра места происшествия, заключение эксперта, протокол освидетельствования, уголовно-процессуальный закон рассматривает как доказательства, формирование которых возможно и законно до возбуждения уголовного дела. Напомним, что протоколы следственных действий, заключения эксперта непосредственно указаны в ст. 74 УПК РФ как доказательства. Более того, согласно п. 1.2 ст. 144 УПК РФ, сведения, полученные в ходе проверки сообщения о преступлении, могут быть использованы в качестве доказательств при условии соблюдения положений ст. 75 и 89 УПК РФ.

Между тем законодатель в ч. 3 ст. 303 УК РФ говорит о фальсификации доказательств только по уголовному делу. Однако фальсификация доказательственной информации и доказательств в ходе доследственных проверок в ряде случаев направлена именно на принятие решения об отказе в возбуждении уголовного дела. Уголовного дела в данном случае вовсе не существует и не существовало: проводилась лишь проверка сообщения о преступлении. На наш взгляд, следует использовать законодательный опыт некоторых стран. Так, согласно ст. 230.1 УК Республики Узбекистан уголовно наказуемой является фальсификация (подделка) доказательств при собирании, проверке и оценке доказательств не только уголовных дел, но и доследственных проверок⁵.

Объективности ради следует отметить, что и в ст. 74 УПК РФ законодатель дает понятие и называет виды доказательств, используя термин «Доказательства по уголовному делу». Такое положение может являться примером внутренней несогласованности уголовно-процессуального закона.

На наш взгляд, пробелом в уголовно-правовой охране интересов уголовного судопроизводства является закрепление в ст. 307 УК РФ уголовно-правового запрета на дачу заведомо ложных показаний только свидетелей и потерпевших. Лица, которые дают заведомо ложные показания в ходе проверок сообщения о преступлении во время получения от них объяснений, под действие указанной нормы не подпадают. Процессуальные фигуры свидетеля и потерпевшего в соответствии с уголовно-про-

⁵ Уголовный кодекс Республики Узбекистан. СПб., 2001.

цессуальным законом появляются лишь после возбуждения уголовного дела. Согласно ч. 1 ст. 86 УПК РФ свидетелем является лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела и которое вызвано для дачи показаний. Что касается потерпевшего, то в ч. 1 ст. 42 УПК РФ прямо указано, что решение о признании потерпевшим принимается незамедлительно с момента возбуждения уголовного дела и оформляется постановлением дознавателя, следователя, судьи или определением суда. Согласно ч. 1 ст. 188 УПК РФ свидетель и потерпевший вызываются на допрос повесткой, в которой указывается, кто и в каком качестве вызывается.

Законодатель особо указал, что лицам, участвующим в производстве процессуальных действий при проверке сообщения о преступлении, разъясняются их права и обязанности. В числе этих прав законодатель указал право не свидетельствовать против самого себя, своего супруга (своей супруги) и других близких родственников, пользоваться услугами адвоката, приносить жалобы на действия (бездействие) и решения дознавателя, органа дознания, следователя, руководителя следственного органа (ч. 1 ст. 144 УПК РФ). Однако уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний в отношении лиц, дающих объяснения в ходе проверки сообщений о преступлениях, в ст. 307 УК РФ не предусмотрено, что нарушает баланс прав и обязанностей указанных участников уголовного судопроизводства.

Отметим также, что определение направлений расследования, его стратегия во многом зависят от получения первоначальных доказательств именно на стадии, предшествующей принятию решения о возбуждении либо отказе в возбуждении уголовного дела. Получение объективных показаний в ходе отображения объяснений от лиц на первоначальном этапе уголовного судопроизводства необходимо и имеет особое значение. В этот период действует несколько факторов, способствующих получению таких показаний: фактор внезапности; сохранения следов на материальных объектах и их объем. С течением времени исчезает фактор внезапности; материальные следы преступлений утрачиваются вследствие природных причин, а также направленного противодействия лиц, заинтересованных в сокрытии преступления и т. д.

В связи с этим предлагается использовать в ст. 307 следующую формулировку: «Заведомо ложные показания лиц, дающих объяснения в ходе проверки сообщения о преступлении, свидетеля, потерпевшего в ходе допросов».

Отметим далее, что уголовно-правовой запрет на отказ от дачи показаний в ходе проверки сообщения о преступлениях также отсутствует. Соответственно предлагается изложить наименование ст. 308 УК РФ в следующей редакции: «Отказ от дачи показаний лица, дающего объяснения в ходе проверки сообщения о преступлении, свидетеля или потерпевшего».

Частным случаем проявления рассогласованности уголовно-процессуального и уголовного закона, по нашему мнению, является установление законодателем уголовной ответственности за незаконное принятие процессуальных решений определенного вида и отказ от выделения уголовной ответственности за принятие незаконных уголовно-процессуальных решений, имеющих с ними тесную взаимосвязь и сходный процессуальный режим. Речь, в частности, идет о возбуждении уголовного дела и отказе в возбуждении уголовного дела. Так, согласно ч. 3 ст. 299 УК РФ уголовно наказуемым считается незаконное возбуждение уголовного дела, если это деяние совершено в целях воспрепятствования предпринимательской деятельности либо из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло прекращение предпринимательской деятельности либо причинение крупного ущерба.

Между тем в данном случае уголовно наказуемый незаконный отказ в возбуждении уголовного дела из корыстной либо иной личной заинтересованности не менее общественно опасен и влечет не меньший вред государственным, общественным и личным интересам, чем уголовно наказуемое возбуждение уголовного дела. Если говорить о количественной стороне, то незаконные или необоснованные отказы в возбуждении уголовного дела более распространены, чем незаконное или необоснованное возбуждение уголовного дела. Об этом прямо свидетельствуют данные прокурорского надзора. Так, с января по июнь 2019 г. прокурорами в Российской Федерации отменено 7317 постановлений следователей и дознавателей о возбуждении уголовного дела. В то же время за указанный период прокурорами отменено 1 046 621 постановление об отказе в возбуждении уголовного дела⁶.

Попутно отметим, что действие указанного уголовно-правового запрета должно быть распространено на случаи принятия указанных процессуальных решений из корыстной либо иной личной заинтересованности в отношении всех лиц, а не только тех, кто осуществляет предпринимательскую деятельность. Интересы уголовного судопроизводства, а не профессиональной принадлежности тех, в отношении кого принимаются данные решения, должны быть приоритетными.

К числу пробелов законодательства, по нашему мнению, следует отнести отсутствие в УК РФ уголовно-правового запрета на разглашение данных закрытого судебного разбирательства.

В УК РФ в главе «Преступления против правосудия» (ст. 310) содержится лишь запрет на разглашение данных предварительного расследования лицом, предупрежденным в установленном законом порядке о недопустимости их разглашения, если оно совершено без согласия следователя или лица, производящего дознание. Таким образом, законодатель оставляет без внимания необходимость такого запрета применительно к стадии судебного разбирательства, проводимого в закрытом режиме.

⁶ Основные результаты прокурорской деятельности за I полугодие 2019 г. URL: <http://www.genproc.gov.ru> (дата обращения: 15.08.2019).

Между тем в ходе закрытого судебного разбирательства участвующие в нем лица могут стать носителями сведений, которые не были им известны в ходе предварительного расследования, а их разглашение имеет отрицательные последствия для иных участников уголовного судопроизводства. Существующее положение не способствует и общему авторитету судебной власти при рассмотрении уголовных дел в закрытом режиме.

Речь, прежде всего, идет о тех сведениях, конфиденциальность которых жизненно важна для определенных лиц, но их разглашение уголовно не наказуемо, поскольку эти сведения не составляют охраняемой законом тайны. Напомним, что закрытое судебное разбирательство допускается при рассмотрении уголовных дел о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста шестнадцати лет; о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях, в случаях, когда открытое судебное разбирательство может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство (п. 2, 3 ст. 241 УПК РФ). В закрытом судебном разбирательстве исследуется и оглашается переписка, запись телефонных и иных переговоров, телеграфных, почтовых и иных сообщений лиц, которые не согласны с их оглашением в открытом судебном заседании (ч. 4 ст. 241 УПК РФ).

Отметим, что в законодательстве некоторых стран запрет разглашения данных закрытого судебного разбирательства в уголовном законе закреплен. Так, согласно ст. 407 УК Республики Беларусь под угрозой уголовного наказания запрещено разглашение данных дознания, предварительного следствия или закрытого судебного заседания⁷. Аналогичный запрет содержится в параграфе 2 ст. 241 УК Республики Польша⁸. Он распространяется на тех лиц, которые публично разгласили данные закрытого судебного разбирательства.

Итак, в УК РФ и УПК РФ существуют разногласия, которые можно назвать с учетом их содержания «орфографическими». Данные разногласия не носят принципиального характера, не определяют стратегии указанных законов. Тем не менее их наличие не способствует общему авторитету правильности, незыблемости, безусловности положений законов в уголовно-правовой сфере.

Имеется в виду различное написание термина «оперативно-розыскная деятельность». В УК РФ используется термин «оперативно-розыскная деятельность» (ст. 303). В УПК РФ применяется термин «оперативно-розыскная деятельность» (ст. 89). Данная несогласованность явилась предметом исследований в литературе⁹. Полагаем, что правильность написа-

⁷ Уголовный кодекс Республики Беларусь 1999 г. СПб., 2001.

⁸ Уголовный кодекс Республики Польша. СПб., 2001.

⁹ См.: *Красинский В. В.* О соотношении понятия оперативно-розыскная деятельность и оперативно-разыскная деятельность // Современное право. 2012. № 8. С. 34–38.

ния указанного термина относится к компетенции экспертов-филологов. Здесь же отметим, что рассогласованность законов в данном случае не лучшим образом сказывается на качестве подготовки студентов-юристов как будущих правоприменителей Уголовного и Уголовно-процессуального кодексов РФ, которые должны выступать как гармоничные части российского права.

Воронежский государственный университет

Трухачев В. В., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права

E-mail: v.trukhachev@low.vsu.ru

Белоконь Г. Г., старший преподаватель кафедры уголовного права

E-mail: belokon@law.vsu.ru

Voronezh State University

Trukhachev V. V., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Criminal Law Department

E-mail: v.trukhachev@low.vsu.ru

Belokon G. G., Senior Lecturer of the Criminal Law Department

E-mail: belokon@law.vsu.ru

О ПРИМЕНЕНИИ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ ЗАПРЕТОВ,
СКОНСТРУИРОВАННЫХ С ИСПОЛЬЗОВАНИЕМ
АДМИНИСТРАТИВНОЙ ПРЕЮДИЦИИ

С. А. Маркунцов

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики» (г. Москва)*

Поступила в редакцию 18 июля 2019 г.

Аннотация: рассматриваются вопросы поэтапного введения и применения уголовно-правовых запретов, сконструированных с использованием административной преюдиции. В зависимости от особенностей правоприменительной практики предлагается их авторская классификация. Более детально анализируются сложности применения запрета розничной продажи несовершеннолетним алкогольной продукции.

Ключевые слова: уголовно-правовой запрет, административная преюдиция, Уголовный кодекс РФ, правоприменительная практика, розничная продажа несовершеннолетним алкогольной продукции.

Abstract: the article deals with the issues of the phased introduction and application of criminal law prohibitions designed using administrative prejudice. Depending on the specifics of the law enforcement practice, their author's classification is proposed. The complexity of the prohibition of retail sales of alcohol to minors is analyzed in more detail.

Key words: criminal law prohibition, administrative prejudice, Criminal Code of the Russian Federation, law enforcement practice, retail sale of alcoholic beverages to minors.

Уголовно-правовые запреты, сконструированные с использованием административной преюдиции, существуют в действующем российском уголовном законе немногим более 10 лет. В данном случае речь идет о «классическом» варианте административной преюдиции, т. е. не рассматриваются случаи так называемой преюдиции в «скрытом» виде, которые выделяются некоторыми учеными, в частности А. В. Иванчиным, Э. Л. Сидоренко и др. Конструктивной особенностью уголовно-правовых запретов со «скрытой» преюдицией является наличие признаков злостности либо неоднократности совершения деяний (в качестве примера приведем запреты, содержащиеся в ст. 154 «Незаконное усыновление (удочерение)», 180 «Незаконное использование средств индивидуализации товаров (работ, услуг)» Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ))¹.

¹ Об этом, например, см.: *Иванчин А. В.* О целесообразности построения составов преступлений с административной преюдицией // Библиотека криминалиста. 2013. № 2. С. 99 ; *Сидоренко Э. Л.* Особенности квалификации преступлений преюдиционного характера // Общество и право. 2016. № 1. С. 61 ; и др.

За указанный период введение запретов, сконструированных с административной преюдицией, в УК РФ происходило с различной степенью интенсивности и носило циклический характер. Если с июля 2009 г. по июль 2011 г. в УК РФ было добавлено только два таких запрета, содержащихся в ст. 178 (статья введена Федеральным законом от 29 июля 2009 г. № 216-ФЗ) и ст. 151.1 (введена Федеральным законом от 21 июля 2011 г. № 253-ФЗ), то в период с июля 2014 г. по июль 2016 г. эта деятельность существенно активизировалась и административная преюдиция появилась еще в восьми уголовно-правовых запретах, закрепленных в ст. 212.1 (введена Федеральным законом от 21 июля 2014 г. № 258-ФЗ), 314.1 (ч. 2) (данная редакция соответствующей части статьи введена Федеральным законом от 31 декабря 2014 г. № 514-ФЗ), 264.1 (введена Федеральным законом от 31 декабря 2014 г. № 528-ФЗ), 284.1 (введена Федеральным законом от 23 мая 2015 г. № 129-ФЗ), 215.4 (введена Федеральным законом от 30 декабря 2015 г. № 441-ФЗ), 116.1, 157, 158.1 (в указанных редакциях статьи введены в соответствии с Федеральным законом от 3 июля 2016 г. № 323-ФЗ) УК РФ. Отметим, что согласно Федеральному закону от 8 марта 2015 г. № 45-ФЗ ст. 178 УК РФ была изложена в новой редакции уже без использования административной преюдиции. После июля 2016 г. введение уголовно-правовых запретов с конструкцией административной преюдиции временно затормозилось. Возможно, отчасти это было связано с тем, что активно стал обсуждаться вопрос введения в уголовно-правовую «материю» института уголовного проступка и последующим появлением проекта федерального закона «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации в связи с введением понятия уголовного проступка», по вопросу внесения которого в Государственную Думу Федерального Собрания РФ принято постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 2017 г. № 42². По мнению отдельных ученых, проблема административной преюдиции прямо связана с проблемой введения уголовного проступка. В частности, в ходе обсуждения вышеуказанного законопроекта Р. О. Долотов отметил, что «придется выбрать – использовать административную преюдицию или институт уголовного проступка. Одно из двух, если использовать в правоприменительной практике и то и другое, мы потеряем границы – где начинается преступление, а где административное правонарушение. Ни одна из стран не использует административную преюдицию и институт уголовного проступка одновременно»³. Так или иначе следующий уголовно-правовой запрет с административной преюдицией был введен только через год (в июле 2017 г.), а спустя год появились еще три таких запрета. В частности, конструкция административной преюдиции появилась в ст. 171.4 (введена Федеральным законом от 26 июля 2017 г. № 203-

² Текст документа официально опубликован не был.

³ Бизнес против коррупции : станет ли преступление «уголовным проступком»? URL: <https://pasm.ru/archive/160776/> (дата обращения: 18.07.2019).

ФЗ), 215.3 (в данной редакции статья введена Федеральным законом от 29 июля 2018 г. № 229-ФЗ), 315 (ч. 1) (в указанной редакции данная часть статьи введена Федеральным законом от 2 октября 2018 г. № 348-ФЗ), 282 (в данной редакции статья введена Федеральным законом от 27 декабря 2018 г. № 519-ФЗ). Как долго продлится очередной этап деятельности по введению уголовно-правовых запретов с административной преюдицией – покажет время.

Таким образом, факт наличия уголовно-правовых запретов, сконструированных с административной преюдицией, и постепенного расширения их числа в УК РФ – это существующая реальность. В доктрине уголовного права существует достаточно много предложений по использованию административной преюдиции при конструировании отдельных уголовно-правовых запретов. Возможно, расширение круга уголовно-правовых запретов с административной преюдицией постепенно нивелирует «границу» между уголовным и административным (административно-деликтным) правом и позволит со временем утвердиться концепции уголовного права в «широком» смысле. Использование конструкции административной преюдиции будет способствовать сближению административно-правовых и уголовно-правовых запретов, а в идеале – содержательному расширению их предупредительного воздействия. Однако это в теории. На практике же в этой части нередко происходит обратный эффект.

С реализацией некоторых уголовно-правовых запретов с административной преюдицией возникают существенные проблемы в правоприменительной практике. Так, положения ст. 151.1 «Розничная продажа несовершеннолетним алкогольной продукции» УК РФ должны были применяться только в случае, когда назначенное лицу административное наказание по ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ не дало должного исправительного эффекта. Логично, что карательное воздействие наказания в такой ситуации должно увеличиваться. Вместе с тем, исходя из анализа правоприменительной практики⁴, этого не происходит. Напомним, что согласно ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ розничная продажа несовершеннолетнему алкогольной продукции, если это действие не содержит уголовно наказуемого деяния, влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от тридцати до пятидесяти тысяч рублей; на должностных лиц – от ста до двухсот тысяч рублей; на юридических лиц – от трехсот до пятисот тысяч рублей. На практике же достаточно многочисленны случаи назначения наказания в виде штрафа по ст. 151.1 УК РФ в фиксированной сумме или в размере заработной платы или иного дохода осужденного, т. е. значительно ниже, чем тридцать тысяч рублей.

В частности, приговором и. о. мирового судьи судебного участка № 2 Первомайского района г. Ижевска от 21 декабря 2015 г. М. признана

⁴ Подробнее см.: *Маркунцов С. А., Одоев О. С.* Назначение справедливого наказания за преступления, составы которых сконструированы с использованием административной преюдиции (на основе анализа судебной практики по ст. 151.1 УК РФ) // Уголовное право. 2016. № 3. С. 69–77.

виновной в совершении преступления, предусмотренного ст. 151.1 УК РФ. Ей назначено наказание с применением ст. 64 УК РФ в виде штрафа в размере пятнадцати тысяч рублей. При этом суд, квалифицируя действия осужденной как неоднократные, отметил, что М. в пределах указанного в законодательстве срока уже привлекалась к административной ответственности по ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ, и ей был назначен административный штраф в размере тридцати тысяч рублей⁵.

В ряде случаев размер уголовного штрафа был ниже размера административного штрафа за счет того, что мировые судьи назначали штраф в размере заработной платы или иного дохода осужденного.

В частности, приговором мирового судьи судебного участка № 1 по Хайбуллинскому району Республики Башкортостан от 22 марта 2016 г. гражданин К. признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ст. 151.1 УК РФ, ему назначено наказание в виде штрафа в размере заработной платы в сумме шесть тысяч девятьсот рублей. При назначении наказания суд учел, что смягчающими обстоятельствами являются признание вины, раскаяние в содеянном. К. положительно характеризуется в быту, имеет малолетнего ребенка (в данном случае ст. 64 УК РФ не применялась)⁶.

На первый взгляд, такой размер уголовного штрафа является низким – он в несколько раз меньше размера административного штрафа, предусмотренного для граждан санкцией ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ. Однако в данной ситуации оценка не может быть однозначной, вопрос здесь сложнее.

Так, если смоделировать ситуацию, когда мировой судья назначил бы осужденному К. формально наиболее строгое наказание из предусмотренных санкцией ст. 151.1 УК РФ, т. е. исправительные работы на максимально возможный срок с наибольшим размером удержания из заработной платы осужденного, т. е. на 1 год с удержанием 20 % заработной платы, то вышло бы, что в случае исполнения такого наказания из заработной платы осужденного было бы удержано всего на 20 % (или на 1380 рублей) больше суммы, назначенной ему согласно рассмотренному выше приговору суда, – всего 16 560 рублей. При этом формально было бы назначено самое строгое из числа возможных наказание в максимальном размере.

Однако возможен вариант, при котором исправительные работы могли быть назначены на минимальный срок, предусмотренный санкцией ст. 151.1 УК РФ, то есть на 2 месяца с минимально возможным процентом удержания из заработной платы осужденного (5 %). В случае исполнения такого смоделированного приговора с осужденного было бы удержано

⁵ Сайт «Росправосудие». URL: <https://rospravosudie.com/court-sudebnyj-uchastok-2-pervomajnskogo-rajona-g-izhevskaja-udmurtskoj-respubliki-s/act-225102822/> (дата обращения: 20.02.2016).

⁶ Сайт «Росправосудие». URL: <https://rospravosudie.com/court-sudebnyj-uchastok-1-po-hajbullinskomu-rajonu-respubliki-bashkortostan-s/act-228622297/> (дата обращения: 20.02.2016).

всего 690 рублей. При этом формально осужденному было бы назначено самое строгое наказание в пределах санкции ст. 151.1 УК РФ. Насколько было бы справедливым такое наказание? Какое предупредительное воздействие оно несет? Вопросы риторические.

Приведенные примеры относятся к периоду 2015–2016 гг. Анализ статистики Судебного департамента при Верховном Суде РФ (формы № 10.3 «Отчет о видах наказания по наиболее тяжкому преступлению (без учета сложения)» и № 10.3.1 «Отчет о сроках лишения свободы и размерах штрафов (приложение к отчету формы № 10.3)»⁷) за последние годы показывает, что, на первый взгляд, ситуация с правоприменительной практикой по ст. 151.1 УК РФ стала меняться в лучшую сторону. Так, если в 2012 г. из 261 случая назначения штрафов в 139 (53 %) случаев он был менее 5 тысяч рублей, в 120 (46 %) случаев – от 5 до 25 тысяч рублей и только в 2 случаях – выше 25 тысяч рублей. В 2013 и 2014 гг. ситуация несколько изменилась в сторону увеличения штрафов, назначаемых за совершение преступления по ст. 151.1 УК РФ, но не существенно. В эти годы штраф назначался в размере менее 5 тысяч рублей соответственно примерно в 40 и 32 % случаев; в размере от 5 до 25 тысяч рублей – в 53 и 54 % приговоров, в которых осужденный приговорен к данному виду наказания; в размере свыше 25 тысяч рублей только в 7 и 13 % случаев соответственно⁸. В 2015 г. из 175 случаев назначения штрафа по ст. 151.1 УК РФ только в 19 случаях (11 %) он был менее 5 тысяч рублей; в 48 (27,5 %) случаях – от 5 до 25 тысяч рублей; в 108 (61,5 %) случаях – выше 25 тысяч рублей. В последние три года соответствующие статистические показатели стабилизировались на относительно приемлемом уровне. В 2016, 2017 и 2018 гг. соответственно из 266, 295 и 296 случаев назначения штрафа по указанной статье соответственно только в 5 (2 %), 9 (3 %) и 12 (4 %) случаях он был менее 5 тысяч рублей; в 69 (26 %), 53 (18 %) и 59 (20 %) случаях – от 5 до 25 тысяч рублей; в 192 (72 %), 233 (79 %) и 225 (76 %) случаях – более 25 тысяч рублей. Одновременно растет число осужденных по ст. 151.1 УК РФ, которым назначается наиболее строгий вид наказания, предусмотренный санкцией соответствующей статьи УК РФ, – исправительные работы. Так, если ранее этот вид наказания назначался сравнительно нечасто: в 2012 г. – 16 раз (5,7 %); в 2013 г. – 28 раз (7,7 %); в 2014 г. – 51 раз (17 %), то в 2015 г. – 76 раз (25 %); в 2016, 2017 и 2018 гг. соответственно 192, 197 и 195 раз, что составило примерно 34 % приговоров. Представляется, что во многих случаях эти цифры отнюдь не свидетельствуют о существенном усилении карательного воздействия в случае неоднократного совершения розничной продажи несовершеннолетним алкогольной продукции. С учетом того что в последнее время

⁷ Официальный сайт Судебного департамента при Верховном Суде РФ : данные судебной статистики. URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79> (дата обращения: 18.07.2019).

⁸ См.: *Одоев О. С.* Административная преюдиция в уголовном праве России и государств СНГ. М., 2018. С. 127.

наблюдается тенденция увеличения числа приговоров по ст. 151.1 УК РФ, в которых в качестве наказания назначается либо штраф в нефиксированном размере, либо исправительные работы («штраф в рассрочку»), необходимо устранить «рассогласованность» санкций ч. 2.1 ст. 14.16 КоАП РФ и ст. 151.1 УК РФ. Представляется вполне логичным с учетом существующих социально-экономических реалий (прежде всего, реального уровня заработных плат и доходов осужденных лиц) вывод о том, что необходимо не только скорректировать в сторону увеличения нижние и, пожалуй, верхние границы наказаний, предусмотренных санкцией ст. 151.1 УК РФ, но и дополнить санкцию данной статьи еще одним альтернативным наказанием, карательное воздействие которого не состояло бы в ограничении имущественных интересов осужденного (например, в виде обязательных работ).

Анализ статистических данных числа зарегистрированных преступлений, запреты которых сконструированы с использованием административной преюдиции, приведенный для наглядности в виде таблицы, указывает на неоднозначность ситуации с правоприменительной практикой.

Т а б л и ц а

Количество зарегистрированных преступлений, запреты которых сконструированы с использованием административной преюдиции, за период 2009–2017 гг.

Статьи УК РФ с запретами с административной преюдицией	Год регистрации								
	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
178	8*	9	13	5	9	9	–	–	–
151.1	–	–	20*	462	394	405	516	655	703
212.1	–	–	–	–	–	0*	4	0	0
314.1 (ч. 2)	–	–	–	–	–	–	6045*	7304	8533
264.1	–	–	–	–	–	–	41030*	85257	81171
284.1	–	–	–	–	–	–	0*	0	0
215.4	–	–	–	–	–	–	–	0*	0
116.1	–	–	–	–	–	–	–	64*	1742
157	–	–	–	–	–	–	–	27563*	54759
158.1	–	–	–	–	–	–	–	464*	9250
171.4	–	–	–	–	–	–	–	–	76*
215.3	–	–	–	–	–	–	–	–	–
315 (ч. 1)	–	–	–	–	–	–	–	–	–
282	–	–	–	–	–	–	–	–	–

Примечание. Звездочкой в таблице отмечены данные по числу преступлений, зарегистрированных в год введения соответствующего запрета, сконструированного с использованием административной преюдиции (часто это даже не целый календарный год), которые не отражают реальной картины регистрируемых преступлений по соответствующей статье УК РФ.

В зависимости от особенностей правоприменительной практики все упомянутые выше уголовно-правовые запреты, сконструированные с использованием административной преюдиции, следует разделить на четыре группы. Первая группа – это так называемые «мертвые» запреты (статистика применения которых, как правило, менее 10 случаев в год и стремится к нулю). К этой группе запретов следует отнести, прежде всего, уголовно-правовые запреты, закрепленные в ст. 212.1, 215.4, 284.1 УК РФ, а также ранее конструировавшийся с использованием административной преюдиции запрет, закрепленный в ст. 178 УК РФ. Вторая группа – это уголовно-правовые запреты, имеющие значительную правоприменительную практику (исходя из числа зарегистрированных преступлений) как в их первоначальной редакции, так и после того, как они были сконструированы с использованием административной преюдиции. К данной группе запретов следует отнести, прежде всего, уголовно-правовые запреты, закрепленные в ст. 157 УК РФ. До введения действующей редакции ст. 157 УК РФ, сконструированной с использованием административной преюдиции, число регистрируемых преступлений по данной статье значительно превышало аналогичные показатели за последующие два года. Так, в 2013 г. по данной статье было зарегистрировано 68 967 преступлений; в 2014 г. – 73 053; в 2015 г. – уже 73 800. Полагаем, что к обозначенной группе преступлений возможно отнести также запрет, закрепленный в ст. 264.1 УК РФ, если исходить из положения о том, что она во многом схожа со ст. 211.1 УК РСФСР 1960 г. Третья – относительно небольшая группа новых для УК РФ достаточно активно применяемых запретов (имеющих стабильную правоприменительную практику). К данной группе запретов следует, прежде всего, отнести уголовно-правовые запреты, предусмотренные ст. 151.1 и ч. 2 ст. 314.1 УК РФ. Наконец, четвертая группа – это как новые, так и ранее существовавшие в рамках уголовного закона запреты, сконструированные в действующей редакции с использованием административной преюдиции, имеющие незначительную правоприменительную практику, оценить которую на современном этапе представляется затруднительным. К этой группе следует отнести все иные уголовно-правовые запреты, сконструированные с использованием административной преюдиции. В частности, это запреты, предусмотренные ст. 116.1, 158.1, 171.4, 215.3, 282, 315 (ч. 1) УК РФ. Подчеркнем, что данная классификация предложена исходя из имеющихся статистических данных по числу зарегистрированных преступлений. Выделение указанных групп является достаточно условным. Так, в частности, запрет, закрепленный в рамках ст. 215.4 УК РФ, можно отнести как к первой, так и к четвертой группе в рамках предложенной классификации. Вместе с тем даже такая схематичная классификация (группировка) уголовно-правовых запретов, сконструированных с использованием административной преюдиции, позволяет получить общее представление об их применении.

Итак, несмотря на то что уголовно-правовые запреты, сконструированные с административной преюдицией, существуют в рамках УК РФ уже более десяти лет, практика их применения носит неоднозначный, противоречивый характер и не дает однозначного ответа на вопрос об эффективности использования данной конструкции в рамках уголовного закона.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (г. Москва)

*Маркунцов С. А., доктор юридических наук, доцент, профессор департамента дисциплин публичного права
E-mail: smarkuntsov@hse.ru*

National Research University «Higher School of Economics» (Moscow)

*Markuntsov S. A., Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Public Law Disciplines Department
E-mail: smarkuntsov@hse.ru*

ДОБРОВОЛЬНЫЙ ОТКАЗ В НАУЧНОМ ТВОРЧЕСТВЕ
ПРОФЕССОРА КОНСТАНТИНА АЛЕКСАНДРОВИЧА ПАНЬКО
И СОВРЕМЕННЫЙ ЗАКОН

А. Е. Маслов

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 12 марта 2019 г.

Аннотация: *статья посвящена основным положениям института добровольного отказа от совершения преступления, изложенным в публикациях профессора К. А. Панько.*

Ключевые слова: *Панько К. А., публикации Панько К. А., институт добровольного отказа.*

Abstract: *the article is devoted to the basic provisions of the Institute of voluntary refusal to commit a crime, set out in the publications of the Professor. K. A. Panko.*

Key words: *Panko K. A., publications Panko K. A., Institute of voluntary refusal.*

*Посвящается
памяти профессора
Панько Константина Александровича*

Среди наиболее известных советских и российских ученых-правоведов, исследовавших институт добровольного отказа, особое место занимает заслуженный юрист, доктор юридических наук, профессор Константин Александрович Панько, первый заведующий кафедрой уголовного права юридического факультета Воронежского государственного университета.

Константин Александрович обогатил отечественную юридическую науку глубоким и оригинальным анализом понятия и признаков добровольного отказа, оснований освобождения от уголовной ответственности и наказания при добровольном отказе. Опираясь на общепризнанные положения в теории советского уголовного права, ученый исследовал и разрешал вопросы о зависимости и особенностях проявления добровольного отказа на разных стадиях совершения умышленных преступлений, конструкции состава преступления и формы преступной деятельности, сформулировал дефиницию, близкую к современному законодательному определению добровольного отказа от преступления, фактически впервые провел фундаментальные исследования по механизму формирования побуждений к добровольному отказу. Основные теоретические положения исследования профессором К. А. Панько были изложены в ряде научных статей¹ и монографической работе «Добровольный отказ от

¹ См.: *Слуцкий И. И., Жданов А. А., Панько К. А. Обстоятельства, исключаящие уголовную ответственность.* Л., 1956 ; *Святохин П., Панько К. О доброволь-*

преступления по советскому уголовному праву», изданной в г. Воронеже в 1975 г.²

Русскому и российскому уголовному праву институт добровольного отказа от доведения преступления до конца известен давно, и законодатель всегда поощрял указанные проявления, должным образом оценивая и соотнося содеянное и воздаяние за него.

В первых писаных источниках русского права (Русская правда, Соборное уложение и др.) уже имеются нормы о прекращении начатой преступной деятельности, но однозначного понимания регламентации добровольного отказа мы не находим, и только в ряде норм Петровского Артикула Воинского совершенно очевидно обнаруживаем нормы о добровольном отказе, например отказ от завершения дуэли.

Хотя и без выхода на дефиницию, вместе с тем наиболее полно положение о добровольном отказе было сформулировано в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. В Уложении довольно четко были сформулированы и закреплены положения, созвучные современному понятию института добровольного отказа от совершения преступления. Лицо не подлежало наказанию, «...когда учинивший приготовление к преступлению или уже и покусившийся на оное остановился при том и по собственной воле не совершал преднамеренного, то он подвергается наказанию лишь в том случае, если содеянное им при сем приготовлении и покушении есть само по себе преступление» (ст. 119)³.

Проблемы добровольного отказа от преступления исследуются с середины XIX в. такими учеными, как С. М. Будзинский, Н. С. Таганцев, С. В. Познышев и другие. В работах этих ученых мы обнаруживаем уже углубленную дифференциацию добровольного прекращения преступных действий. Так, Н. С. Таганцев развивает положение об окончательности преступной деятельности, исключая простую приостановку деятельности ввиду изменения планов субъекта⁴.

Первые советские кодексы, не отрицая возможности добровольного отказа от преступления, не раскрывали его содержания. Так, согласно УК 1922 г. добровольным отказом признавалось «покушение, не доведенное до конца по собственному побуждению покушавшегося». Таким образом, добровольный отказ считался видом неоконченного преступления, но неоконченного по воле «покушавшегося» лица. Такое, не доведенное до конца «покушение», каралось как «преступление, которое фактически им совершено» (ст. 14).

В ст. 19 УК РСФСР 1926 г. речь также шла об отказе от преступления в контексте неоконченного приготовления или покушения: «Покушение на какое-либо преступление, а равно и приготовительные к преступле-

ном отказе при оконченном покушении // Советская юстиция. 1974. № 6. С. 20–21 ; и др.

² См.: *Панько К. А.* Добровольный отказ от преступления по советскому уголовному праву. Воронеж, 1975.

³ Российское законодательство X–XX веков. М., 1988.

⁴ См.: *Таганцев Н. С.* Русское уголовное право. Часть Общая. Тула, 2001. Т. 1.

нию действия... преследуются так же, как совершенное преступление... В случаях, если преступление не было совершено по добровольному отказу лица, намеревавшегося совершить это преступление, от его совершения, суд устанавливает соответствующую меру социальной защиты за те действия, которые фактически были совершены покушавшимся или приготавливавшимся»⁵.

Положение о добровольном отказе в уголовном кодексе РСФСР 1960 г. было сформулировано в ст. 16, где отмечалось, что при добровольном отказе лицо подлежит уголовной ответственности в том случае, если фактически совершенное им деяние содержит состав иного преступления⁶.

К сожалению, и в науке советского уголовного права должного внимания положениям о добровольном отказе не уделялось. В советский период добровольный отказ рассматривали в рамках изучения стадий преступления Н. Д. Дурманов, В. Д. Иванов, Н. Ф. Кузнецова, Н. В. Лясс, А. В. Наумов, А. А. Пионтковский, В. В. Сверчков, И. С. Тишкевич. Лишь незначительное число научных работ было посвящено непосредственно добровольному отказу от преступления. Среди них следует отметить работы И. И. Слуцкого⁷, Н. Ф. Кузнецовой⁸, Н. В. Лясс⁹, С. В. Дьякова¹⁰, Д. Е. Дядько¹¹, А. Сахарова¹².

И. И. Слуцкий относил добровольный отказ от преступления к группе обстоятельств, характеризующих общественную полезность и правомерность поведения человека. К ним же он относит и необходимую оборону, крайнюю необходимость и некоторые другие¹³.

Н. В. Лясс под добровольным отказом понимала «окончательный отказ лица от продолжения и доведения до конца задуманного им преступления при осознании объективной возможности продолжения начатой преступной деятельности»¹⁴.

⁵ URL: https://ru.wikisource.org/wiki/Уголовный_кодекс_РСФСР_1926_года/Редакция_05.03.1926 (дата обращения: 28.02.2019).

⁶ Уголовный кодекс РСФСР : утв. ВС РСФСР 27 октября 1960 г. (в ред. от 30.07.1996) // Ведомости ВС РСФСР. 1960. № 40. Ст. 591.

⁷ См.: *Слуцкий И. И.* Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность / отв. ред. М. Д. Шаргородский. Л., 1956.

⁸ См.: *Кузнецова Н. Ф.* Добровольный отказ от преступления в советском уголовном праве // Вестник МГУ. Сер. 11, Право. 1955. Вып. 1. С. 99–109.

⁹ См.: *Лясс Н. В.* Добровольный отказ от совершения преступления // Советская юстиция. 1963. № 22. С. 16–18.

¹⁰ См.: *Дьяков С.* Добровольный отказ от совершения преступления // Социалистическая законность. 1973. № 10. С. 51–52.

¹¹ См.: *Дядько Д. Е.* Добровольный отказ соучастников преступления // Там же. 1974. № 2. С. 61–64.

¹² См.: *Сахаров А.* Ответственность за приготовление и покушение. Добровольный отказ // Советская юстиция. 1961. № 21. С. 1012.

¹³ См.: *Слуцкий И. И., Жданов А. А., Панько К. А.* Указ. соч.

¹⁴ *Лясс Н. В.* Понятие и основания наказуемости приготовления и покушения. Л., 1956. С. 13.

Впервые и наиболее полное изучение данного института было осуществлено профессором Константином Александровичем Панько.

Исходным для исследования, проведенного К. А. Панько, было закрепленное в УК 1960 г. определение: «...лицо, добровольно отказавшееся от доведения преступления до конца, подлежит уголовной ответственности лишь в том случае, если фактически совершенное им деяние содержит состав иного преступления» (ст. 16). Оценивая в целом положительно факт закрепления в УК РСФСР и Основах уголовного законодательства Союза ССР института добровольного отказа от преступления, К. А. Панько отметил ограниченный характер дефиниции с позиции понятия и юридической природы добровольного отказа, механизма формирования мотивов, особенностей добровольного отказа соучастников преступления, не высокой профилактической значимости нормы о добровольном отказе. Поскольку в глазах населения существующая норма о добровольном отказе (ст. 16 УК РСФСР) создавала видимость наказуемости и того преступления, от совершения которого лицо отказалось.

В результате глубокого и всестороннего исследования К. А. Панько пришел к следующим выводам.

Добровольный отказ от преступления в советском уголовном праве можно определить как окончательный отказ лица по собственной воле в силу любых мотивов от доведения преступления до конца при сознании объективной возможности продолжения начатой преступной деятельности.

Необходимыми условиями, которые присущи добровольному отказу и при которых он возможен, являются: во-первых, действительное и добровольное оставление преступного намерения, а не приостановление его осуществления в силу внешних обстоятельств, которые сделали невозможным дальнейшее продолжение преступной деятельности и возникли помимо воли виновного. Во-вторых, лицо должно сознавать фактическую (объективную) возможность успешного завершения начатого преступления.

Для признания отказа добровольным безразлично, какими мотивами руководствовалось лицо, отказываясь от продолжения и завершения начатой преступной деятельности. Мотивы добровольного отказа могут быть различными: жалость к потерпевшему, раскаяние, страх наказания, утрата интереса к результату преступления. Однако у лица должно сохраняться понимание того, что оно способно завершить начатое преступление.

Отсутствие в законе указания о том, что добровольный отказ имеет место только лишь при наличии определенных мотивов, свидетельствует, что для закона все мотивы равны, поскольку они приводят к отказу от совершения преступления.

Характеризуя основания уголовной ответственности и основания освобождения от уголовной ответственности в связи с добровольным отказом, исследователь приходит к заключению, что взаимосвязь и взаимозависимость указанных оснований таковы, что если основанием уголовной ответственности является состав преступления, то основанием, исключаящим уголовную ответственность является отсутствие такового. Лицо,

добровольно отказавшееся от совершения преступления, освобождается от уголовной ответственности в силу отсутствия в его действиях состава того преступления, которое оно намеревалось совершить.

Профессор К. А. Панько спрогнозировал закрепление в законе ряда оснований освобождения от уголовной ответственности, таких как деятельное раскаяние, примирение с потерпевшим, специальные основания освобождения за отдельные составы, предусмотренные Особенной частью УК, и разграничил их с основаниями освобождения при добровольном отказе, указав, что эти основания не идентичны. В случаях освобождения от уголовной ответственности при изменении обстановки, влекущей отпадение общественной опасности деяния или лица, отсутствие состава преступления в действиях субъекта вызвано объективными факторами. При добровольном же отказе отсутствие состава преступления в действиях субъекта вызвано субъективным фактором – волей субъекта. В первом случае освобождение от уголовной ответственности носит условный характер. Освобождение от уголовной ответственности при добровольном отказе носит безусловный характер, а это означает, что независимо от дальнейшего поведения лица оно не может быть привлечено к уголовной ответственности за преступление, от которого оно добровольно отказалось.

По обоснованному мнению К. А. Панько, нельзя приравнивать добровольный отказ от совершения преступления к необходимой обороне и крайней необходимости, так как действия, совершенные в состоянии необходимой обороны и крайней необходимости, общественно полезны от начала до конца, а добровольный отказ представляет собой прекращение общественно опасной деятельности, погашающей уголовную ответственность.

Характеризуя механизм формирования мотивов к добровольному отказу, ученый приходит к заключению, что добровольный отказ от совершения преступления обусловлен моральным и правовым барьерами, которые способствуют возникновению борьбы мотивов, заканчивающейся победой тех мотивов, которые заставляют субъекта добровольно отказаться от совершения преступления. Эффективность правового барьера зависит от ряда обстоятельств и, в первую очередь, от своевременной раскрываемости каждого преступления, неотвратимости и справедливости уголовного наказания; постоянной информированности граждан о требованиях закона и необходимости его исполнения. Эффективность правового барьера зависит от степени и качества искажения правосознания личности, прежде всего правовой психологии личности. Эти искажения порождаются неправильным правовым воспитанием, находятся в прямой зависимости от применения уголовных законов, охраняющих правопорядок, от того, насколько неотвратимо и справедливо применяются наказание и меры общественного воздействия к лицам, совершающим правонарушения и преступления. Эффективность правового барьера зависит от того, как практика применения законов доводится до сведения личности и общества в целом, от стабильности карательной практики. Эти положения исключительно актуальны и в современных условиях.

Анализируя возможность и реальность добровольного отказа на разных этапах развития преступления, К. А. Панько приходит к убеждению, что добровольный отказ от совершения преступления возможен лишь при приготовлении к совершению преступления и неоконченном покушении на преступление.

На стадии приготовления к преступлению добровольный отказ выражается как в форме действия, так и в форме бездействия.

Совершение активных действий на этой стадии может быть обязательным лишь тогда, когда приготовление к совершению преступления выражается в форме подстрекательства или содействия совершению преступления. Для признания возможности добровольного отказа от осуществления преступления в этих случаях необходимо предотвратить совершение преступления исполнителем.

При неоконченном покушении добровольный отказ возможен и выражается обычно в воздержании от дальнейших действий, за исключением преступлений, осуществляемых путем бездействия, где добровольный отказ проявляется в действии. Отличительной особенностью добровольного отказа при неоконченном покушении, по сравнению с таким же отказом при приготовлении к преступлению, является то, что отказ происходит от дальнейших действий, непосредственно направленных на охраняемый уголовным законом объект. Эта особенность вытекает из различий между приготовлением и покушением как стадиями предварительной преступной деятельности.

Добровольный отказ от совершения преступления при оконченом покушении невозможен. При оконченом покушении возможен добровольный отказ только от повторения посягательства, что является лишь смягчающим вину обстоятельством, но не основанием для освобождения от уголовной ответственности.

При оконченом преступлении добровольный отказ невозможен.

В процессе исследования профессор К. А. Панько выявил особенности реализации добровольного отказа в зависимости от конструкции состава преступления. В преступлениях с материальным составом (за исключением тех случаев, когда к объективным признакам оконченого состава преступления отнесена возможность наступления определенных последствий), совершаемых действием, возможны все стадии: и приготовление, и покушение (оконченное и неоконченное). Однако добровольный отказ возможен лишь на стадии приготовления и неоконченного покушения.

Добровольный отказ возможен и в тех случаях, когда к объективным признакам оконченого состава преступления отнесены не только наступление определенных последствий, но одновременно и сама возможность их наступления.

В преступлениях с материальным составом, совершаемых путем бездействия, как правило, возможны приготовление к совершению преступления и покушение на преступление. В тех случаях, когда состав данного преступления считается оконченом не только при наступлении определенных последствий, но и при создании угрозы их наступления,

– покушение невозможно. Добровольный отказ возможен на стадии как приготовления, так и покушения (там, где оно возможно). Если субъект начинает действовать (совершает действия, которые он обязан совершить) до наступления преступного результата и итогом таких действий будет не наступление преступного результата, эти действия следует оценивать как добровольный отказ от совершения преступления.

Исследователь не ограничился констатацией общего правила о добровольном отказе в случае с формальным составом преступления, а провел более углубленную дифференциацию различных комбинаций конструкции составов. В частности, доказал, что преступления с формальным составом, совершаемые путем действия, подразделяются на три подгруппы в зависимости от того, как они описаны законодателем. Одну подгруппу составляют преступления, при совершении которых возможны все стадии предварительной преступной деятельности. В этих случаях добровольный отказ возможен на стадии приготовления к совершению преступления и неоконченного покушения на преступление, т. е. так же как и в преступлениях с материальным составом, совершаемых путем действия, за исключением тех случаев, когда к объективным признакам оконченого состава преступления отнесена возможность наступления определенных последствий. Другую подгруппу составляют преступления, которые являются оконченными либо на стадии приготовления к преступлению, либо на стадии покушения на преступление. В преступлениях, составы которых законодателем описаны таким образом, что они будут окончены на стадии приготовления к совершению преступления (составы так называемой «повышенной опасности»), добровольный отказ возможен до окончания приготовительных действий, в процессе их совершения, так как окончание приготовительных действий является тем моментом, с которым законодатель связывает наличие оконченого состава преступления. В тех случаях, когда преступление описано законодателем так, что оно будет окончено на стадии покушения, добровольный отказ возможен на стадии приготовления к совершению преступления.

Третью подгруппу составляют преступления, к которым нельзя ни готовиться, ни покушаться на их совершение и, следовательно, невозможен и добровольный отказ.

Преступления с формальным составом, совершаемые путем бездействия, профессор К. А. Панько также подразделяет на две подгруппы. Одну из них составляют преступления с формальным составом, к совершению которых можно готовиться, но невозможно покушаться на их совершение, так как законодателем они описаны таким образом, что являются оконченными уже на стадии покушения. В связи с этим добровольный отказ возможен лишь на стадии приготовления к совершению преступления.

Другую подгруппу составляют преступления, к совершению которых невозможно ни готовиться, ни покушаться, так как уже первый акт не совершения необходимых действий образует состав оконченого преступления и, следовательно, добровольный отказ также невозможен.

Особое внимание исследователем было уделено разработке положений о добровольном отказе при соучастии в преступлении. Эти вопросы к моменту исследования не имели отражения в законе и не были глубоко проработаны в теории уголовного права. Вместе с тем добровольный отказ при соучастии имеет свои особенности по сравнению с добровольным отказом индивидуально действующего субъекта.

Профессор К. А. Панько приходит к заключению, что добровольный отказ имеет строго индивидуальный характер, от уголовной ответственности при соучастии освобождается только то лицо, которое добровольно отказалось от совершения преступления.

Для исполнителей добровольный отказ проявляется, как правило, в пассивной форме поведения, в несовершении или недоведении до конца обусловленного договором преступления. Добровольный отказ исполнителей по своей форме совпадает с добровольным отказом индивидуально действующего субъекта. При соучастии добровольный отказ исполнителя не освобождает других соучастников от уголовной ответственности за замышляемое или совершенное преступление, если исполнителей было несколько, а добровольный отказ имел место только у одного из них. Если добровольный отказ исполнителя является результатом воздействия со стороны организатора или подстрекателя, то и в их действиях также будет добровольный отказ. Если исполнитель в результате воздействия на него организатора и подстрекателя не отказывается от совершения преступления, последние от ответственности могут быть освобождены лишь тогда, когда своими активными действиями они смогли воспрепятствовать наступлению вредных последствий. В таких случаях для организатора и подстрекателя будет добровольный отказ, а исполнитель должен нести ответственность либо за приготовление к совершению преступления, либо за покушение на совершение преступления.

Если деятельность организатора и подстрекателя не увенчалась успехом, и им не удалось предотвратить наступление вредных последствий совершенного исполнителем преступления, то будет иметь место деятельное раскаяние, которое является смягчающим вину обстоятельством, но не добровольным отказом.

Добровольный отказ пособника, как правило, выражается в активных действиях, своим вмешательством пособник должен уничтожить свой вклад в преступление. Путем несовершения действий пособник может добровольно отказаться от преступления только в том случае, когда он обещал исполнителю содействие, без которого последний не в состоянии совершить преступление, но никаких конкретных действий для выполнения обещанного не предпринял.

Особой формой добровольного отказа соучастников, общей для организатора, подстрекателя и пособника, является их сообщение органам власти о начатом совершении преступления. Необходимо, чтобы сообщение органам власти было сделано своевременно, т. е. чтобы имелась возможность предотвратить совершение преступления, в результате чего ущерб общественным отношениям причинен не был.

По результатам исследования профессором К. А. Панько сформулированы предложения по совершенствованию нормы о добровольном отказе в части установления специфики добровольного отказа соучастников. Предлагаемая им норма сформулирована следующим образом: «Организаторы, подстрекатели и пособники, добровольно отказавшиеся от преступной деятельности, начатой с их участием, освобождаются от уголовной ответственности лишь в том случае, если они своими действиями воспрепятствовали исполнителю довести преступление до конца».

Как представляется, выдвинутые положения в значительной степени восприняты законодателем и закреплены в действующем уголовном законе Российской Федерации.

Вместе с тем проблема добровольного отказа от преступления была, есть и, очевидно, еще долгое время будет дискуссионной.

В заключение следует отметить, что именно профессор Константин Александрович Панько внес исключительный вклад в развитие института добровольного отказа от преступления. Безусловно, благодаря его усилиям Уголовный кодекс, теперь уже Российской Федерации, значительно расширил положения о добровольном отказе. В действующем УК норма о добровольном отказе подверглась существенным изменениям. Она включает не одну, как ранее, а пять частей, где предусмотрены основные условия добровольного отказа.

Современная норма (ст. 31 УК РФ) содержит понятие добровольного отказа, определяет его правовую природу, а также уточняет терминологию и регламентирует добровольный отказ соучастников.

Воронежский государственный университет

*Маслов А. Е., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права
E-mail: maslovalevg@yandex.ru*

Voronezh State University

*Maslov A. E., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Law Department
E-mail: maslovalevg@yandex.ru*

УДК 343.1

**КРИМИНАЛИСТИЧЕСКОЕ ОБЕСПЕЧЕНИЕ
СУДЕБНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА В РОССИИ:
СОВРЕМЕННОЕ ПОНИМАНИЕ И НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ**

С. Н. Махина

Воронежский государственный университет

О. Ю. Цурлуй

*Российский государственный университет правосудия
Центральный филиал*

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: *центральный институт судебного разбирательства является доказывание, которое в большинстве случаев обеспечивается криминалистическими средствами и способами. Собираение и исследование доказательств в рамках любого из видов российского судопроизводства осуществляется посредством использования специальных знаний и проведения различного рода судебных экспертиз, что также охватывается понятием криминалистического обеспечения. В статье обосновывается важность криминалистического обеспечения для каждого из видов судебного разбирательства в целях эффективного рассмотрения и разрешения уголовных, гражданских, арбитражных, административных дел или дел об административных правонарушениях.*

Ключевые слова: *криминалистическое обеспечение, доказывание, судебная экспертиза, судопроизводство.*

Abstract: *the Central institution of judicial proceedings is evidence, which in most cases is provided by forensic means and methods. The collection and investigation of evidence in any of the types of Russian legal proceedings is carried out through the use of special knowledge and various kinds of forensic examinations, which is also covered by the concept of forensic support. The article substantiates the importance of forensic support for each type of trial in order to effectively consider and resolve criminal, civil, administrative and arbitration cases.*

Key words: *forensic support, forensic examination, proving, legal proceedings.*

Для современной правовой науки криминалистическое обеспечение судебного разбирательства по делу не является новым институтом, однако на протяжении не одного десятилетия он с «завидным постоянством» подвергается множественным дискуссиям и, соответственно, многочисленным исследованиям¹. Такое положение объективно, поскольку криминалисти-

273

¹ См.: Ароцкер Л. Е. Использование данных криминалистики в судебном разбирательстве уголовных дел. М., 1964 ; Гарин К. Криминалистику – на службу судебному следствию // Социалистическая законность. 1955. № 9. С. 13–15 ; Корневский Ю. В. Криминалистика и судебное следствие // Советское государство и право. 1987. № 4. С. 56–64 ; Егоров К. С. Проблемы криминалистического обеспечения судебного следствия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994 ; Кисленко С. Л. Тактика судебного следствия и ее место в системе криминалистики : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002 ; Кобылинская С. В. Криминалистические проблемы

ческое обеспечение судебного разбирательства, его качество и эффективность в современный период приобретают все более весомое значение не только для уголовного судопроизводства, но и для гражданского (арбитражного), административного судопроизводства, а также для производства по делам об административных правонарушениях. Складывающаяся правовая действительность доказывает несостоятельность того, что «криминалистика долгое время рассматривалась как техническая, прикладная наука относительно уголовного процесса»², создавалась как «наука для предварительного следствия, судебное разбирательство традиционно оставалось вне поля зрения большинства ученых-криминалистов»³. Очевидно, что сегодня в криминалистических познаниях, наработках, опыте, методиках, экспертизах и т. п. нуждаются все виды судопроизводства, т. е. складывается весьма интересная ситуация, когда наука криминалистика становится (по критерию востребованности) как бы межотраслевой и выступает в определенной степени «универсальным» процессуальным инструментом. Думается, что такая тенденция будет неуклонно развиваться.

По мере формирования и изменения понятийного аппарата криминалистики претерпевал изменения и предмет данной науки. Первоначально в предмет изучения криминалистики включались «наиболее целесообразные способы и приемы применения методов естественных наук и технических знаний к исследованию преступлений и установлению личности преступника»⁴. Однако ввиду объективных причин (процессов активного развития традиционных и появления и становления новых отраслей науки, трансформации российской государственности, усложнения социальных связей и общественных отношений, усложнения правовой системы и др.) ее предмет претерпел значительные изменения и был существенно расширен⁵.

организации судебного разбирательства уголовных дел в суде первой инстанции : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2009 ; *Корчагин А. Ю.* Криминалистические проблемы судебного разбирательства уголовных дел // Вестник криминалистики / отв. ред. А. Г. Филиппов. М., 2007. Вып. 1 (21). С. 27 ; *Сычёва О. А.* Тактика судебного следствия : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2009 ; *Айрапетян А. Г.* О необходимости интеграции криминалистического и оперативно-розыскного обеспечения судебных стадий уголовного судопроизводства // Криминалистика и судебная экспертиза : наука, обучение, практика / под общ. ред. С. П. Кушниренко. СПб., 2012. С. 457–460.

² *Баев О. Я.* К дискуссии об объекте, предмете и субъектной системе современной криминалистики // Воронежские криминалистические чтения : сб. науч. трудов. Вып. 15 / под ред. О. Я. Баева. Воронеж, 2013. С. 21.

³ *Корчагин А. А.* К вопросу о понятии криминалистической характеристики судебного следствия по делам об убийствах и ее значении // Рос. следователь. 2011. № 1. С. 17.

⁴ *Жижина М. В., Ищенко Е. П.* История развития и современные представления об объекте и предмете криминалистики // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2012. № 3. С. 15.

⁵ Подробнее о предмете криминалистики см.: *Баев О. Я.* Указ. соч. С. 25–338 ; *Жижина М. В., Ищенко Е. П.* Указ. соч. С. 14–26 ; *Карагодин В. Н.* Формирование и развитие современных представлений об объекте и предмете криминалистики

Исследование предмета криминалистики хотя и не является нашей целью в рамках данной статьи, однако без краткого указания на его эволюцию не представляется возможным проанализировать понятие криминалистического обеспечения судебного разбирательства и обосновать правомерность постановки вопроса об активизации исследования проблем применения криминалистических знаний в процессе судебного разбирательства не только уголовных дел, но и дел гражданских, арбитражных, административных, об административных правонарушениях.

Процессуальная деятельность в рамках судебного разбирательства дел любой отраслевой принадлежности не менее многогранна, сложна и существенна для реализации целей защиты, обеспечения, гарантированности прав личности, чем деятельность, осуществляемая в ходе предварительного расследования. В рамках судебного разбирательства задействованы процессуально равноправные стороны и независимый судья (суд), который наделен действующим процессуальным законодательством достаточными полномочиями, в том числе в процессе доказывания (см., например, п. 7 ст. 6 КАС РФ и др. статьи).

Судья, как верно отмечает С. А. Ялышев, принимающий дело к своему производству, «должен произвести анализ собранных по делу материалов, организовать судебное следствие, провести его, а затем оценить полученные результаты. Знания в области криминалистики и рекомендации криминалистов для него не менее значимы, чем знания в области уголовного права и процесса»⁶.

Для уголовного процесса особое значение имеет и то, что «тактика проведения судебных действий следственного характера в судебном заседании отличается от предварительного следствия. Необходимым условием объективного познания события преступления в суде является знание тактики проведения следственных действий, умение планировать проведение как отдельных следственных действий, так и тактику поддержания государственного обвинения и защиты в целом, методов, направленных на всестороннее исследование обстоятельств преступления»⁷.

Исследование обстоятельств в рамках рассмотрения судом гражданских, арбитражных, административных дел и дел об административных правонарушениях аналогично сопровождается доказыванием своей позиции спорящими сторонами, а это часто связано с необходимостью проведения различного рода специальных исследований, т. е. судебных экспертиз. С учетом этого участники гражданского, арбитражного, административного судопроизводства, производства по делам об администра-

// Библиотека криминалиста : науч. журнал. С. 47–58 ; Кустов А. М. Научный взгляд на предмет и объекты российской криминалистики // Там же. С. 59–63 ; Смахтин Е. В. Предмет криминалистики : соотношение с материальным и процессуальным уголовным правом // Рос. следователь. 2009. № 1. С. 2–4 ; и др.

⁶ Ялышев С. А. О некоторых нерешенных проблемах современной российской криминалистики // Рос. следователь. 2012. № 12. С. 14–16.

⁷ Корчагин А. А. К вопросу о понятии криминалистической характеристики судебного следствия по делам об убийствах и ее значении. С. 18.

тивных правонарушений и, в большей степени, суд (а в определенных случаях – должностное лицо, рассматривающее дело об административном правонарушении) нуждаются в криминалистических познаниях и грамотном использовании криминалистических средств и методов для качественного обоснования своей позиции.

Вышеизложенное позволяет констатировать необходимость и важность исследования криминалистического обеспечения судебного разбирательства с нового ракурса, в первую очередь – определения данного понятия в соответствии с реалиями настоящего времени с целью «адаптации» криминалистического института к различным видам юридического процесса, попытка чего предпринята в данной статье.

Прежде всего отметим, что под определением обычно понимается логический прием, позволяющий: а) отличать, отыскивать, строить интересующий нас предмет; б) уточнять значение уже введенного в науку термина, а также формировать значение вновь выведенного термина⁸. Для нашего исследования мы используем первую часть пункта б) этого логического приема.

Кроме того, построение определения должно отвечать правилам литературности (быть ясным, без фигуральных и метафизических выражений) и логичности (быть однозначным, непротиворечивым).

С учетом научно-практического предназначения искомого определения оно должно отвечать на вопрос, что определяется, т. е. быть реальным, указывать на объект, описанный через его существенные признаки – быть семантическим, отражать, что определяется и посредством чего определяется – быть явным, и создаваться в сфере научно-теоретического познания, т. е. быть теоретическим.

Основываясь на вышеприведенных критериях, полагаем, что начать уточнять определение «криминалистическое обеспечение» следует с выяснения того, что представляет собой понятие «обеспечение» в широком смысле.

Толкование понятия «обеспечение» с точки зрения русского языка определяет его как снабжение чем-либо в нужном количестве, создание всех необходимых условий для осуществления чего-либо, придание чему-либо возможного, действительного, реального выполнения, гарантирование надежности, прочности, сохранности чего-либо⁹.

В экономике под обеспечением понимается совокупность мер и средств, создание условий, способствующих нормальному протеканию экономических процессов, реализации намеченных планов, программ, проектов, поддержанию стабильного функционирования экономической

⁸ См.: *Войшвилло Е. К.* Понятие. М., 1967. С. 115–117; *Горский Д. П.* Определение. М., 1974. С. 87–89; *Строгович М. С.* Логика. М., 1949. С. 62–64.

⁹ См.: *Большой толковый словарь русского языка* / сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб., 1998. С. 666; *Ожегов С. И.* Толковый словарь русского языка / под ред. Н. Ю. Шведовой. Изд. 4-е, доп. М., 1997. С. 427; *Толково-энциклопедический словарь.* СПб., 2006. С. 1212.

системы и ее объектов, предотвращению сбоев, нарушений законов, нормативных установок, контрактов¹⁰.

Социальное обеспечение представляет собой мероприятия, фонды по оказанию материальной помощи и обслуживанию населения, социальные гарантии по реализации социальных прав членами общества¹¹.

Психологическое обеспечение включает комплекс мероприятий, направленных на оценку характера и выраженности определяющих профессиональную пригодность и работоспособность профессионально значимых психологических и психофизиологических качеств в той мере, в которой они такими качествами определяются, на поддержание необходимого уровня этих качеств в процессе профессиональной деятельности, коррекцию возникающих психофизиологических нарушений, предотвращение расстройств психического и соматического здоровья¹².

Математическое обеспечение осуществляется посредством совокупности математических методов, моделей и алгоритмов обработки информации, используемых при решении функциональных задач и в процессе автоматизации проектировочных работ БИС¹³.

Программное обеспечение – это совокупности программ и программных комплексов, посредством которых происходит преобразование алгоритмов программы пользователя, записанных на алгоритмических языках высокого уровня, в последовательность команд, понимаемых электроникой ЭВМ, организуется автоматическое прохождение задач пользователем на ЭВМ, обеспечивается эффективное использование оборудования ЭВМ¹⁴.

Следует отметить, что понятие обеспечения встречается и в различных отраслях российского права, при этом разные юридические отраслевые дефиниции включают некоторые из вышеназванных характеристик «обеспечения», выработанных другими науками. Например, в гражданском и арбитражном процессах предусмотрен институт обеспечения доказательств, который представляет собой закрепление и сохранение для судебного разбирательства сведений, имеющих значение для дела; обеспечение иска, т. е. принятие судом мер, которые гарантируют возможность реализации исковых требований в случае удовлетворения иска; обеспечение исполнения обязательств – система средств, предоставляющих кредитору дополнительные гарантии получения им либо надлежа-

¹⁰ См.: Райзберг Б. А., Лозовский Л. Ш., Стародубцева Е. Б. Современный экономический словарь. 2-е изд. М., 2006. С. 287.

¹¹ См.: Фролов С. С. Словарь ключевых социологических терминов. М., 1999. С. 256.

¹² См.: Большой психологический словарь / под ред. Б. Г. Мещерякова, В. П. Зинченко М., 2003, С. 398–399.

¹³ См.: Прохоров Ю. В. Математический энциклопедический словарь. М., 1988. С. 398–399.

¹⁴ См.: Саймон Р. Энциклопедия программиста. ДиаСофтЮП, 2004. С. 603–604.

щего исполнения обязательства, либо возмещения убытков¹⁵. Информационное право, определяя обеспечение информационной безопасности (ИБ), определяет, что обеспечение ИБ – комплексная задача, которая решается параллельно по целому ряду направлений (правовому, организационному и техническому) и представляет собой систему обеспечения ИБ, охватывающую все направления деятельности и функционирующую на всех уровнях управления (стратегическом, тактическом и оперативном)¹⁶.

Проведенный анализ правовых определений «обеспечение» позволил констатировать, что, несмотря на определенные различия, «обеспечение» в каждой из отраслей суть важная гарантия (их совокупность) защиты прав и интересов граждан и юридических лиц, предусмотренных законодательством.

Обобщив изложенное, можно сделать вывод, что в юридическом смысле «обеспечение» представляет собой совокупность средств и условий, создающих реальную возможность осуществления чего-либо, какого-либо процесса, гарантирующих его надежность и эффективность. Данные средства, методы и условия вырабатываются именно в рамках науки, которая тот или иной процесс обеспечивает, а также разрабатывает наиболее эффективные способы использования указанных средств и методов.

Вторым элементом понятия «криминалистическое обеспечение» выступает его определяющий признак – «криминалистический», позволяющий употреблять термин «обеспечение» именно в рамках криминалистической деятельности. Следовательно, снова возвращаемся к понятию криминалистики.

Общее понимание криминалистики, представленное в энциклопедических изданиях, изложено следующим образом. Криминалистика произошла от латинского слова «*criminalis*», означающего «относящийся к преступлению», и представляет собой науку, разрабатывающую систему специальных приемов, методов и средств собирания, фиксации, исследования и использования судебных доказательств¹⁷. Криминалистика является областью научных знаний о преступной деятельности и деятельности по выявлению, раскрытию и расследованию преступлений, установлению истины в процессе судопроизводства¹⁸.

В специальной отраслевой литературе, посвященной науке криминалистике, она определяется как «наука о закономерностях механизма преступления, возникновения информации о преступлении и его участниках, закономерностях собирания, исследования, оценки и использования доказательств и основанных на познании этих закономерностей специальных методах и средствах судебного исследования и предотвра-

¹⁵ См.: Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С. 613 ; Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. М., 2001. С. 635.

¹⁶ См.: *Гатчин Ю. А., Климова Е. В.* Основы информационной безопасности : учеб. пособие. СПб., 2009.

¹⁷ См.: Российская юридическая энциклопедия. М., 1999. С. 479.

¹⁸ См.: Юридическая энциклопедия / отв. ред. Б. Н. Топорнин. С. 472.

щения преступлений»¹⁹. По общепринятому, сложившемуся в рамках криминалистики представлению, исследуются «уголовно-релевантные закономерности преступной деятельности, возникновения и существования информации в результате совершения преступлений, ее собирания, исследования, использования и оценки и основанные на познании этих закономерностей средства и методы информационно-познавательной деятельности дознавателя, следователя, специалиста, эксперта, прокурора и адвоката, каждым в соответствии со своей процессуальной функцией и полномочиями»²⁰.

Содержание же криминалистической науки составляют криминалистические знания. Они «представляют собой результат познания ею закономерностей, составляющих предмет криминалистики, и материализации этого результата в виде предлагаемых практике средств, методов и рекомендаций по раскрытию и расследованию преступлений»²¹.

Следует также привести выработанное в отраслевых исследованиях в отношении расследования преступления, деятельности органов предварительного расследования понятие криминалистического обеспечения. Так, А. Ф. Волынский дает следующее определение: «Криминалистическое обеспечение – это система действий, направленная на формирование условий постоянной готовности правоохранительных органов к применению криминалистических методов в раскрытии и расследовании преступлений». Он же подчеркивает, что именно криминалистика отвечает не только за разработку новых методов, но и за их внедрение в практическую деятельность»²².

Анализ данного понятия способствовал также выявлению существенных характеристик и отличительных признаков криминалистического обеспечения судебного разбирательства, что позволило сформулировать и предложить для обсуждения его «обновленное» определение.

Итак, обобщив приведенные в научной литературе дефиниции, а также имеющиеся исследования, в том числе посвященные криминалистическому обеспечению рассмотрения дела судом первой инстанции, отметим следующие принципиальные положения:

¹⁹ Криминалистика : учеб. для вузов / под ред. Р. С. Белкина. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 42. См. также: Криминалистика : учебник / под ред. Е. П. Ищенко. М., 2011. С. 12 ; *Смахтин Е. В., Толстолужинская Е. М.* Криминалистика : учеб. пособие. Тюмень, 2012. С. 28.

²⁰ *Баев М. О., Баев О. Я.* Тактика уголовного преследования и профессиональной защиты от него : прокурорская тактика. Адвокатская тактика : науч.-практ. пособие. М., 2005. С. 57.

²¹ *Ефимова С. А.* Информационно-криминалистическое обеспечение в системе криминалистического обеспечения предварительного расследования // Рос. следователь. 2010. № 16. С. 12.

²² См.: X Всероссийский научно-практический круглый стол «Криминалистическое обеспечение раскрытия и расследования преступлений» : обзор выступлений участников. URL: <https://www.iaaj.net/node/2133>

– деятельность, осуществляемая в рамках судебного разбирательства уголовного, гражданского, арбитражного, административного дела или дела об административном правонарушении, является специфической, что вызывает необходимость разработки наукой криминалистикой специальных средств и методов ее осуществления участниками рассмотрения дела в суде;

– имеет важное значение складывающаяся новая познавательная ситуация, зависящая «от правовых форм доказывания на стадии судебного разбирательства, от особых познавательных задач, предмета исследования, характера ожидаемой информации, особых процессуальных условий и способов использования криминалистических средств и методов»²³.

Как отмечают М. В. Беляев и С. Ю. Якушин, «криминалистическое обеспечение судебного следствия в целом представляет собой систему криминалистических знаний, основанных на них навыков и умений производящих судебное разбирательство лиц использовать научные криминалистические рекомендации, применять криминалистические средства, методы и технологии в целях успешного решения задач уголовного судопроизводства»²⁴.

Однако, на наш взгляд, современное понимание криминалистического обеспечения должно быть применимо к процессу любого судебного разбирательства, поэтому следует его определять более широко – *как совокупность криминалистических средств, методов, приемов и рекомендаций, используемых сторонами по делу, а также судом в ходе судебного разбирательства в целях реализации целей судопроизводства.*

Предлагаемый нами «дуализм» субъектов криминалистического обеспечения обоснуем следующим:

во-первых, качество судебного разбирательства зависит не только от деятельности суда, но и от активной деятельности сторон, что в ряде случаев не представляется возможным без применения ими требующихся в конкретных случаях для целей доказывания своей позиции общих криминалистических познаний;

во-вторых, деятельность суда по рассмотрению и разрешению уголовного, гражданского, арбитражного, административного дела или дела об административном правонарушении, принятию итогового решения по делу часто немыслима без использования научно обоснованных знаний науки криминалистики.

Подведем краткие итоги:

– криминалистическое обеспечение судебного разбирательства как совокупность средств, методов и приемов, разработанных в рамках криминалистики, может быть использовано участниками судебного рассмотрения не только уголовных, но и гражданских, арбитражных, административных дел и дел об административных правонарушениях;

²³ Егоров К. С. Проблемы криминалистического обеспечения судебного следствия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 1994.

²⁴ Беляев М. В., Якушин С. Ю. Тактические задачи и средства их решения при исследовании доказательств в суде // Рос. судья. 2011. № 11. С. 9.

– такой подход способен обеспечить наиболее эффективную доказательственную деятельность сторон и полновесное обеспечение процессуального принципа состязательности;

– элементы института криминалистического обеспечения могут быть использованы судом при организации, планировании и проведении судебного разбирательства, что будет способствовать более точной и объективной оценке доказательств, представляемых сторонами уголовного, гражданского, арбитражного, административного процессов и производства по делам об административных правонарушениях, и вынесению правосудного решения по существу.

Таким образом, криминалистические знания в ходе судебного разбирательства должны применяться как участниками судебного процесса (их профессиональными представителями), так и судом, что позволит реализовать цели судопроизводства и гарантирует эффективность правосудия.

Проведенный анализ судебной практики, связанной с использованием криминалистических знаний в рамках судебного разбирательства, позволяет сделать общий вывод о целесообразности и необходимости расширения понятия «криминалистическое обеспечение» и осуществления в данном ракурсе более интенсивных исследований деятельности участников судопроизводства и суда при рассмотрении уголовных, гражданских, арбитражных, административных дел и дел об административных правонарушениях судом в рамках криминалистической науки.

Полагаем, что выводы, сделанные авторами статьи, не бесспорны, однако они обосновываются проведенным исследованием поставленной проблемы, основанным на анализе теоретико-методологических источников и складывающейся в настоящее время правовой практики.

Воронежский государственный университет

Махина С. Н., доктор юридических наук, профессор кафедры административного и административного процессуального права

E-mail: svetlana_mahina@mail.ru

Российский государственный университет правосудия, центральный филиал

Цурлуй О. Ю., кандидат юридических наук, доцент кафедры судебной экспертизы и криминалистики

E-mail: kijalis@yandex.ru

Voronezh State University

Makhina S. N., Doctor of Legal Sciences, Professor of the Administrative and Administrative Procedural Law Department
E-mail: svetlana_mahina@mail.ru

Central Branch of Russian State University of Justice

Curley O. Yu., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Forensic Expertise and Criminalistics Department
E-mail: kijalis@yandex.ru

**КАТЕГОРИЯ СОВЕСТИ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ
СУДОПРОИЗВОДСТВЕ И ЕЕ СООТНОШЕНИЕ С ПРОБЛЕМОЙ
УСТАНОВЛЕНИЯ ИСТИНЫ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ**

Н. К. Панько

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 8 апреля 2019 г.

Аннотация: рассматриваются понятия истины и совести в уголовном судопроизводстве. Предпринимается попытка осмысления того, что такое совесть как категория жизнедеятельности индивида, общества и как понятие уголовного процесса, заложенное законодателем в принцип свободы оценки доказательств. Анализируется соотношение понятий истина, совесть. Проведенное исследование позволяет сделать вывод, что совесть в уголовном процессе как инструмент оценки доказательств не должна использоваться законодателем.

Ключевые слова: уголовный процесс, оценка доказательств по уголовному делу, совесть, истина.

Abstract: the concepts of truth and conscience in criminal proceedings are considered. An attempt is made to understand what conscience is as a category of the individual's life activity, of society, and as a concept of criminal procedure laid down by the legislator in the principle of freedom of evidence. The relationship between the concepts of truth and conscience is analyzed. The conducted study allows to conclude that the conscience in the criminal process as a tool for evaluating evidence should not be used by the legislator.

Key words: criminal process, evaluation of evidence in a criminal case, conscience, truth.

В отрыве от истины совесть – не более чем глупость, она достойна сожаления, но никак не уважения.

Уинстон Черчилль

В отличие от действующего УПК РФ установление истины представляло собой цель доказывания в советском уголовном процессе. В соответствии со ст. 243 УПК РСФСР 1960 г. «председательствующий руководит судебным заседанием, принимая все предусмотренные настоящим Кодексом меры к всестороннему, полному и объективному исследованию обстоятельств дела и установлению истины, устраняя из судебного разбирательства всё, не имеющее отношение к делу, и обеспечивая воспитательное воздействие судебного процесса»¹.

Доказывание есть процесс познания истины по расследуемому и рассматриваемому уголовному делу. Чтобы правильно разрешить дело, необходимо установить, найти по делу истину – объективную истину, т. е. установить в полном и точном соответствии с действительностью само со-

¹ Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

бытие преступления, виновность определенного лица в совершении этого преступления и все обстоятельства, определяющие степень ответственности этого лица за содеянное, или же убедиться в обратном². Это познание истины представляет собой сложный процесс: доказательства собираются и проверяются, затем происходит их оценка. Понятие «истина», как уже было сказано, в уголовном процессе Российской Федерации не употребляется. Закон прямо не ставит задачу выявления истины по делу, не обязывает суд устанавливать объективную истину по каждому уголовному делу. Ряд ученых и практиков отмечают, что отступление от установления объективной истины при производстве по уголовному делу имеет весьма порочные последствия, такие как: 1) возможное осуждение лиц, не виновных в совершении преступления; 2) возможный способ оправдания нерадивого, халатного отношения к исполнению соответствующими должностными лицами своих служебных обязанностей; 3) формирование у граждан негативного отношения к правоохранительным органам, неверия в их способность раскрывать преступления, устанавливать и изобличать виновных лиц³. Председатель Следственного комитета РФ А. И. Бастрыкин предложил ввести в УПК РФ институт установления объективной истины и по этому поводу пояснил корреспонденту «Российской газеты» следующее: «Введение в УПК РФ института установления объективной истины по уголовному делу позволит обеспечить гарантии конституционного права на справедливое правосудие и повысит степень доверия граждан к правосудию. Но этот традиционный институт уголовного судопроизводства, доказавший свою ценность на протяжении многих лет, остался в стороне от внимания разработчиков УПК РФ, который вступил в силу в 2002 г. Основные доводы сторонников исключения объективной истины из уголовного процесса сводились к тому, что этот институт является пережитком прошлого; в уголовном процессе, в отличие от научного познания, объективная истина недостижима и наконец, в условиях состязательной модели уголовного судопроизводства этот вид истины вообще становится не нужным»⁴. С этой позицией сложно согласиться; представляется правильной иная точка зрения, согласно которой «...установление истины ни в коей мере не идет вразрез с принципом состязательности сторон. Напротив, построение судебной системы на основе такого принципа способствует установлению истины. Состязательность позволяет в наибольшей мере выявить, исследовать все обстоятельства, имеющие значение для дела. Она помогает исключить однонаправленность исследования преступления, рассмотреть одно и то же деяние под разными углами зрения, что и позволяет суду составить правильное представление о существовании дела, установить истину. Утверждать же, что

² См.: *Строгович М. С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 295.

³ См.: *Зинатуллин З. З.* Сколько же истин (и каких) надлежит устанавливать по одному уголовному делу? // Уголовное судопроизводство. 2011. № 2. С. 26–27.

⁴ Рос. газета. Федер. вып. № 58(5731). 2012. 16 марта. URL: <https://rg.ru/2012/03/15/bastrykin-site.html>

суд не способен на это, значит оправдывать осуждение невиновных лиц, а также снижать стандарты доказанности обвинения»⁵. Представляется верным, направленным на реальное (а не формальное) эффективное функционирование уголовного судопроизводства, следующий подход к проблеме: «Отрицание необходимости установления истины в уголовном процессе подрывает основные устои судопроизводства, делает его не только бессмысленным, но и бесполезным. Отсутствие в УПК определения истины как цели доказывания указывает на изначально обвинительный уклон законодательства»⁶.

В настоящее время можно вести речь об установлении по уголовному делу не объективной (материальной) истины, которая как достоверное знание достигается с помощью доказательств, а формальной (юридической) истины, которая заключается в соответствии выводов суда материалам уголовного дела. Доказывание невозможно без определения необходимых критериев, на основании которых производится оценка доказательств по уголовному делу.

Выявилась, на наш взгляд, алогичная законодательная комбинация: УПК РСФСР 1960 г. предписывал устанавливать истину по каждому уголовному делу, оценивая доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности, руководствуясь законом и социалистическим правосознанием (ст. 71 УПК РСФСР), а в соответствии с УПК РФ истину устанавливать не надо, но при оценке доказательств необходимо руководствоваться не только законом, но и такой нравственно-этической категорией, как совесть.

В ч. 1 ст. 17 УПК РФ закреплено, что судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь при этом законом и совестью.

Проанализируем каждый критерий оценки доказательств.

Убеждение, согласно толковому словарю русского языка, это прочно сложившееся мнение, уверенный взгляд на что-нибудь, точка зрения⁷.

Лица, оценивающие доказательства по уголовному делу должны быть твердо уверены в том, что то или иное действие или решение – правильно, т. е. полностью верно, соответствует действительности. Но отсутствие законодательной официальной трактовки внутреннего убеждения, механизмов его образования является источником для индивидуально-умозаключения каждого, кто сталкивается с уголовным процессом на практике и при изучении теоретических вопросов. Должностные лица,

⁵ Цит по: Судебная власть / под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 276.

⁶ Стародубова Г. В. Установление истины в уголовном процессе. Воронеж, 2010. С. 38.

⁷ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 821.

ведущие процесс, выполняют разные процессуальные функции; перед ними законодатель ставит неодинаковые задачи. В разделе 2 УПК РФ произведена классификация участников уголовного судопроизводства в зависимости от выполняемых ими процессуальных функций. Разделение форм участия в зависимости от основных направлений деятельности обусловлено положениями принципа состязательности сторон. В соответствии с ч. 2 ст. 15 УПК РФ функции обвинения, защиты и разрешения уголовного дела отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или на одно и то же должностное лицо. У должностных лиц, производящих расследование по делу и поддерживающих обвинение в суде, есть прямое назначение – привлечь виновное в совершении преступления лицо к уголовной ответственности. У суда же совершенно иная задача – очень внимательно взвесить все представленные доказательства и вынести юридически грамотное итоговое решение по делу. В соответствии с вышесказанным, можно вести речь о разнообразии внутренних убеждений в рамках уголовного судопроизводства.

Положение законодателя о руководстве законом при оценке доказательств по уголовному делу не вызывает сомнений и является бесспорным с точки зрения законодательной регламентации (ст. 7 УПК). Здесь речь идет не о качестве закона (пробелы, коллизии и т. д.), и не о правоприменительной практике, а о существовании вполне устойчивой и конкретной правовой конструкции. Ясность в этом вопросе абсолютно не исключает споров между сторонами уголовного судопроизводства по толкованию и применению норм материального и процессуального права. Более того, разница в правовой оценке конкретной жизненной ситуации (обстоятельств и процессуального оформления, квалификации совершенного преступления) сторонами защиты и обвинения и пытается обеспечить реализацию важнейшего принципа уголовного процесса РФ – состязательности.

Законодательное положение о руководстве должностными лицами, ведущими уголовный процесс совестью, не является таким же ясным и понятным. Законодатель дал определение таким понятиям, которыми мы оперируем в рамках уголовного судопроизводства, как «алиби», «близкие родственники, родственники и близкие лица», «ночное время» и т. д., но не определил что такое совесть, на которую **обязаны** опираться должностные лица, оценивающие доказательства и принимающие решения по уголовному делу.

Толковый словарь русского языка определяет совесть как чувство нравственной ответственности за свое поведение перед окружающими людьми, обществом⁸.

В ст. 28 Конституции РФ закреплено: «Каждому гарантируется свобода совести, свобода вероисповедания, включая право исповедовать индивидуально или совместно с другими любую религию или не исповедовать никакой, свободно выбирать, иметь и распространять религиозные

⁸ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Указ. соч. С. 741.

и иные убеждения и действовать в соответствии с ними»⁹. В Федеральном законе «О свободе совести и о религиозных объединениях» определение совести отсутствует¹⁰. Нельзя не заметить, что совесть, точнее имеющееся скудное упоминание о ней в законах, идет в тесном религиозном сопровождении. Законодатель рассматривает свободу совести только в качестве права исповедовать любую религию или быть атеистом, что также не проясняет весьма запутанную ситуацию с совестью, так как в соответствии со ст. 14 Конституции РФ – Российская Федерация является светским государством: никакая религия не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной; религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом. В таком государстве религия, ее каноны и догматы не вправе оказывать влияние на государственный строй, на деятельность государственных органов и их должностных лиц, а также другие сферы деятельности государства.

Во всех мировых религиях, несмотря на различия, выявляются общие постулаты, такие как: удерживаться от зла, не причинять вреда, жить праведной жизнью, относиться к другому человеку, как к себе; понимание того, что исходящее от человека зло и нечестность к нему рано или поздно вернутся. Видный религиозный деятель современности в своем обращении к жителям Архангельска сказал: «Богу было угодно так создать человека, что человек может развиваться как личность, и общество может совершенствоваться только в том случае, если законы общества и законы личной жизни человека соответствуют закону нравственности. Человек может не знать Библии, не прочитать ни одной священной книги, а жить по этому общему нравственному закону, потому что этот закон заявляет о себе голосом нашей совести. Совесть – это удивительное состояние. Ни одна философская концепция не может внятно объяснить происхождение совести. Все материалистические объяснения совести – абсолютно неудовлетворительны. Потому что совесть – это голос Бога. И совесть – есть показатель того, живет по нравственному, Божьему закону или он по нему не живет»¹¹.

Но как было сказано выше, Российская Федерация является светским государством, и оперировать религиозной концепцией в контексте определения понятия совести в сфере уголовного судопроизводства не представляется возможным.

Можно обратиться к профессиональной этике, которая зародилась в рамках конкретного вида деятельности, возникла как проявление повседневного морального сознания, создала и продолжает создавать стандарты профессионального поведения. Различные виды профессиональной

⁹ Конституция Российской Федерации : принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2014. № 31. Ст. 4398.

¹⁰ О свободе совести и о религиозных объединениях : федер. закон от 26 сентября 1997 г. № 125-ФЗ (в ред. от 05.02.2018). URL: legalacts.ru (дата обращения: 23.03.2019).

¹¹ Выступление Патриарха Московского и Всея Руси в Архангельске от 23 августа 2009 г. URL: <http://www.regnum.ru/news/1199055.html>

этики имеют свои традиции, которые основываются на общечеловеческих моральных нормах, но обязательно учитывая специфику отношений в каждой конкретной сфере профессионального труда. Уголовное судопроизводство является ответственной сферой профессионального труда, и «отдавать на откуп» общечеловеческим моральным нормам – оценку доказательств по уголовному делу должностными лицами – выглядит, по меньшей мере, несерьезно.

Стоит отметить, что ученые предпринимают попытки обозначить совесть как научную категорию. В статье, опубликованной в рамках Международной научно-практической конференции «В мире науки и искусства: вопросы филологии, искусствоведения и культурологии», обосновывается новая область знаний: «совестология», с ее структурными элементами. Автор предлагает рассматривать совестологию как подсистему философии и философии культуры¹². Им обосновывается позиция, согласно которой совестология – это самостоятельная область знаний, которая исследует наиболее общие проблемы совести в жизнедеятельности личности и общества. Совесть как онтологическое понятие и как духовное явление имеет свои историко-социальные истоки, существует и проявляется по собственному специфическому закону. Истоками совести изначально являются знания, присущие каждому народу. Как морально-ценностное явление совесть, по мнению автора, становится внутренним регулятором, мировоззрением; совесть есть социальное явление общества, индивиду дается через самопознание и познание системы табу. Совесть есть внутреннее отражение социальной организованности общества, внутренний порядок личности. По мнению автора, содержание и понятие совести, включаясь в общественные отношения, исключает вероломность, зло, жестокость, войны. Совесть – это такой социальный инструмент, который позволяет решать сложные вопросы человечества мирным путем. Словом, совесть – это концентрированное выражение добра, связанное с конкретной гуманной этикой. Эту социальную упорядоченность, направленность, это социальное соответствие в жизнедеятельности людей можно назвать законом совести¹³. Автор также указывает, что знание моральных и правовых норм жизни и их сознательное соблюдение есть проявление закона «социального соответствия» (совести), и этот закон открывает путь свободы, которая идет от общества к личности, сверху вниз. Такой процесс социальной эволюции, сопровождаемый самооценкой, рефлексией совершенного, можно назвать законом проявления совести, в рамках которого самооценка личности должна совпадать с оценкой общества. Обратное этому понятие есть «социальное несоответствие».

Наука «совестология» находится в рудиментарной форме и опереться на нее в вопросе определения совести пока не представляется возможным.

¹² См.: *Егоров А. В.* Совестология как научная область знаний (о культуре совести) // В мире науки и искусства : вопросы филологии, искусствоведения и культурологи : материалы XLIV Междунар. науч.-практ. конф. № 1 (44). Новосибирск, 2015.

¹³ См.: Там же.

В процессе поиска определения совести мы соприкасаемся с философскими, психологическими, социальными и религиозными учениями. Но для юриспруденции эта ситуация является безвыходной: для того чтобы принять решение по уголовному делу, должностное лицо обязано оценить доказательства с точки зрения совести, но определить, что такое совесть, законодатель не счел нужным. Более того, есть все основания сомневаться, что законодатель способен определить категорию совести применительно к уголовному судопроизводству. В связи с этим можно с уверенностью утверждать следующее: категория – совесть в уголовном процессе – это фикция, ложь, нечто не существующее. Конечно, имеется в виду не сама совесть как способность личности самостоятельно формулировать нравственные обязанности и реализовывать нравственный самоконтроль, требовать от себя их выполнения и производить оценку совершаемых ею поступков, а совесть как часть из арсенала средств, используемых наряду с законом для оценки доказательств по уголовному делу.

Одной из фундаментальных работ, посвященных совести и ее видам, является работа немецкого социолога, психоаналитика Эриха Фромма «Человек для себя. Исследование психологических проблем этики». В этом исследовании Э. Фромм разграничил совесть на «авторитарную» и «гуманистическую»¹⁴. Согласно этому разделению, авторитарная совесть – это голос интериоризованного внешнего авторитета, авторитета родителей, государства или кого бы то ни было, кто окажется авторитетом в той или иной культуре. Интериоризация (от фр. *interiorisation* – переход извне внутрь, от лат. *interior* – внутренний) – формирование внутренних структур человеческой психики посредством усвоения внешней социальной деятельности. Для психоаналитиков интериоризация – это психический процесс или ряд процессов, посредством которых взаимоотношения с реальными или воображаемыми объектами преобразуются во внутренние представления и структуры¹⁵. Если отношение людей к авторитетам остаются внешними, не имеющими этической санкции, мы едва ли сможем говорить о совести; такое поведение просто соотнобразится с требованием момента, так как регулируется страхом наказания и надеждой на вознаграждение. Хотя авторитарная совесть отличается от страха наказания и надежды на вознаграждение, их самое важное сходство заключается в том, что предписание авторитарной совести определяется не ценностными суждениями самого человека, а исключительно тем фактом, что ее повеления и запреты заданы авторитетами. Свое содержание авторитарная совесть получает из повелений и запретов авторитета; ее сила коренится в эмоциях страха перед авторитетом или в восхищении им. Чистая совесть – это сознание, что авторитет доволен тобой.

¹⁴ См.: Фромм Э. Человек для себя. Исследование психологических проблем этики / пер. Л. А. Чернышовой (Erich Fromm. Man for Himself. An Inquiry into the Psychology of Ethics Holt, Rinehart and Winston. New York, 1964. URL: <http://golubinski.ru/socrates/fromm/fromm4/txt09.htm>

¹⁵ См.: Популярная психологическая энциклопедия. М., 2005. С. 282.

Гуманистическая совесть, по мнению Э. Фромма, – это не интериоризованный голос авторитета, которому мы жаждем угодить и чьего неудовольствия страшимся; это наш собственный голос, данный каждому существу и не зависящий от внешних санкций и поощрений. Какова природа этого голоса? Почему мы слышим его и почему можем стать глухим к нему? С точки зрения ученого, авторитарная и гуманистическая совесть представлена по отдельности с тем, чтобы продемонстрировать их основные характерные свойства. В реальности они во всяком человеке не разделимы, не взаимоисключающие, напротив, каждый человек обладает обеими «совестями». Проблема в том, чтобы распознать силу каждой из них и их взаимоотношения. Гуманистическая совесть представляет не только выражение нашего подлинного Я; она вмещает также суть нашего морального опыта жизни. В ней заключено знание о цели нашей жизни, о принципах, посредством которых мы добиваемся ее; о тех принципах, которые мы открыли сами, и о тех, которым научились у других людей и признали истинными. Гуманистическая совесть – это выражение личного интереса и целостности человека, тогда как авторитарная совесть имеет дело с послушанием, долгом, самопожертвованием или «социальной приспособленностью» человека. Различие между гуманистической и авторитарной совестью не только в том, что первая развивается независимо, а последняя формируется культурной традицией. Конечно, у них много различий и для человека очень важно, чтобы общие элементы этих систем действовали наиболее слаженно.

Нельзя отрицать то, что в практике принятий решений в рамках уголовного судопроизводства любая декларативность, не ограниченная четкими, ясными определениями законодателя, открывает возможность вольному и индивидуальному толкованию, что в свою очередь практически безоговорочно повлечет за собой злоупотребления и нарушения. Возникает ряд вопросов, связанных с понятием совести в уголовном процессе. Например, допустимо ли в жалобах на промежуточные и итоговые решения должностных лиц, указывать на их «бессовестное» поведение или на принятие ими «бессовестных» постановлений, определений и приговоров? Другая проблема – наличие совести и желания, а то и возможности действовать в соответствии с ней. Эти понятия не идентичны, одно автоматически не вытекает из другого. В соответствии с приведенными выше определениями полагаем, что совесть является способностью субъекта к нравственному самоконтролю и моральной саморегуляции в соответствии с требованиями действующего уголовно-процессуального законодательства и нормами профессиональной этики (судебной, прокурорской и т. д.). Если рассматривать совесть в действии, в динамике (это представляется более актуальным по сравнению со статическим понятием), то наличие ее выражается в стабильном, неизменном и нравственном стремлении человека соответствовать моральным нормам поведения, которые сформировались в обществе.

Из всего вышесказанного можно сделать некоторые выводы:

– в юридической теории и в практике пока не удалось прийти к какому-то однозначному выводу, что такое совесть;

– тот понятийный аппарат, который вообще «держит» определить понятие совести, анализирует и синтезирует ее, не имеет никакого отношения к правовой науке. Этим понятием занимаются философы, социологи, психологи и религиозные деятели. В юриспруденции отсутствует понятие совести в отличие от, например, **правосознания**, которое определено как сфера общественного, группового и индивидуального сознания, отражающая правовую действительность в форме юридических знаний, оценочных отношений к праву и практике его применения, правовых установок и ценностных ориентаций, регулирующих человеческое поведение в юридически значимых ситуациях¹⁶;

– исходя из того, что фактически и **юридически** совесть является категорией неопределенной, то и руководствоваться ею при оценке доказательств по уголовному делу невозможно;

– проблема установления истины по уголовному делу получила свое разрешение в действующем УПК РФ как «неустановление истины». Выше были указаны точки зрения ученых и практических работников, которые рассматривают данное законодательное положение как порочное, подрывающее основные устои уголовного процесса, делающее его бессмысленным и бесполезным. Отсутствие в УПК РФ определения истины как цели доказывания указывает на изначально обвинительный уклон законодательства. И наличие ст. 15 УПК РФ не меняет ситуацию, так как стороны обвинения и защиты равноправны перед судом, но никак не равноправны в процессе доказывания, а именно в собирании, проверке и оценке доказательств по уголовному делу. Некоторые ученые-процессуалисты высказали мнение о том, что истина перестала быть целью уголовного процесса, установление ее по уголовным делам больше не требуется, а для постановления приговора достаточно вероятного знания¹⁷. Такой точки зрения придерживаются и большинство практических работников, ссылаясь на закон, который не обязывает их устанавливать объективную истину; суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. В контексте указанной законодательной и, следовательно, правоприменительной позиции по неустановлению объективной истины, употребление понятия совести при оценке доказательств по уголовному делу, на наш взгляд, выглядит неуместно.

Оценивать доказательства по уголовному делу, руководствуясь совестью, является утопичной идеей, что очевидно способствует проявлению отчуждения закона от интересов общества. Проявление разобщенности принимаемых законов и интересов общества наносит непоправимый урон законодательной деятельности государства. Совесть, являясь индивидуальной особенностью личности, переносится в таком же специфическом качестве и в правоприменительную деятельность, что вызы-

¹⁶ См.: Российская юридическая энциклопедия. С. 761.

¹⁷ Цит. по: Комментарий к УПК РФ (вводный) / под ред. В. Т. Томина. М., 2002. С. 36.

вает весьма негативные последствия для уголовного судопроизводства. Немецкий философ, автор труда «Философия права», Георг Вильгельм Фридрих Гегель выразил следующую мысль, которую невозможно оспорить: «Совесть в отличие от законов бесправна в государстве, ведь если человек взывает к своей совести, то у одного может быть одна совесть, а у другого – другая».

Воронежский государственный университет

Панько Н. К., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса

E-mail: nkpanko@mail.ru

Voronezh State University

Panko N. K., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Criminal Process Department

E-mail: nkpanko@mail.ru

**ПРАВСТВЕННЫЕ НАЧАЛА
В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ:
ДИНАМИКА, ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ
НАУЧНОГО ОСМЫСЛЕНИЯ**

И. И. Сухова

Академия управления МВД России

Поступила в редакцию 26 июля 2019 г.

Аннотация: рассматривается проблема связи исследований нравственных начал уголовного судопроизводства в науке уголовного судопроизводства с социально-экономическими и политическими отношениями в стране, а также влияние таких исследований на состояние уголовно-процессуального законодательства и правоприменения. Основная поставленная в статье проблема – недооценка значения исследований нравственных проблем уголовного процесса законодателем, недостаточное внимание к ним со стороны ученых, нередко ориентирующихся на решение частных проблем, в ущерб концептуальным, без позиции по которым уголовное судопроизводство не достигнет необходимой эффективности. С опорой на диалектический метод исследования (проблема рассматривается в развитии, в связи с вопросами социально-экономического, политического, общественного характера), путем использования общенаучных (исторического, логического, системного, генетического) и частнонаучных (историко-правового, сравнительно-правового, логико-правового) методов автор делает вывод о прямой зависимости качества как уголовно-процессуального законодательства, так и правоприменения от научных исследований нравственных начал уголовного процесса, актуальность которых возрастает в связи с отказом от ряда достижений социалистического этапа развития страны и переходом к общественным отношениям, свойственным капиталистическому устройству общества. Переход на такие отношения требует особых мер поддержки (возрождения) в уголовном процессе традиционных для россиян ценностей. Показана роль ряда отечественных ученых в развитии научного направления изучения нравственных начал в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: нравственные начала уголовного судопроизводства, принципы уголовного судопроизводства, справедливость, истина, Воронежская научная школа уголовного процесса, наука уголовного судопроизводства.

Abstract: the article deals with the problem of the connection of studies of moral principles of criminal justice in the science of criminal justice with socio-economic and political relations in the country, as well as the impact of such research on the state of criminal procedure legislation and law enforcement. The main problem posed in the article is the underestimation of the importance of investigations of moral problems of the criminal process by the legislator, insufficient attention to them from scientists, often guided by the solution of particular problems, to the detriment of conceptual problems without which the criminal justice process will not achieve the required efficiency. Based on the dialectical method of research (the problem is considered in development, in connection with issues

of socio-economic, political, and public nature), by using general scientific (historical, logical, systemic, genetic) and particular scientific (historical and legal - legal) methods, the author concludes that the quality of both the criminal procedure legislation and the law enforcement is directly dependent on the scientific research of the moral principles of the criminal process; nce which increases due to the refusal of a number of achievements of the socialist stage of development of the country and the transition to the social relations inherent in capitalist society functioning. The transition to such a relationship requires special measures to maintain (revive) in the criminal process traditional values for Russians. The role of a number of domestic scientists in the development of the scientific direction of the study of moral principles in criminal proceedings is shown.

Key words: *moral principles of criminal proceedings, principles of criminal proceedings, justice, truth. Voronezh Scientific School of Criminal Procedure, the science of criminal justice.*

И. И. Сухова. Правственные начала в уголовном судопроизводстве...

В настоящее время вряд ли удастся найти убедительные аргументы, позволяющие отрицать, что одной из причин несовершенства уголовно-процессуального законодательства России является игнорирование научных достижений в период его кардинальной реформы на рубеже XIX–XX вв.

Явно не в лучших традициях отечественной науки, для которой важнейшей опорой и беспрецедентной национальной ценностью являются, научные школы, в период создания нового уголовно-процессуального закона набрало обороты отрицание научных достижений советского периода¹. Между тем среди таких достижений были и настоящие научные прорывы и обоснование объективных закономерностей и перспективных идей, определяющих развитие науки в будущем. Именно в советский период была обоснована демократическая, гуманистическая сущность уголовного процесса; предложены действенные гарантии обеспечения законности в сфере уголовного процесса, разработаны концептуальные идеи о положении личности в уголовном судопроизводстве; определены основные пути совершенствования организации судопроизводства, повышение эффективности процессуальных средств решения задач правосудия, в том числе воспитательного характера².

Многие несправедливо забытые и дискредитированные в период реформы мысли, в том числе благодаря принципиальной позиции ряда отечественных ученых (Ю. В. Астафьев, В. П. Божьев, А. Д. Бойков, В. Н. Григорьев, З. З. Зинатуллин, В. А. Михайлов, Л. Д. Кокорев, В. Т. Томин и др.), спустя короткое или продолжительное время вернулись в уголовно-процессуальное законодательство³, доказав свою под-

¹ См. об этом: Панюшкин В. А. Чтобы помнили... // Проблемы теории и практики уголовного процесса : история и современность / под ред. В. А. Панюшкина. Воронеж, 2006. С. 3–15.

² См.: Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 3.

³ См.: Белкин А. Р. Еще одна реформа уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации или возврат на круги своя? // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2014. № 1. С. 106 ; Лавров В. П., Победкин А. В. Проверка сообщения

линную научность и выступив зримым обстоятельством стимулирования памяти об ученых, их породивших, обосновавших и отстаивших.

Очевидная политизированность многочисленных законодательных новелл в ущерб подлинной научности свидетельствует, что реформа уголовного судопроизводства принятием Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК) не только не закончилась, но, напротив, началась и активно продолжается. Не случайно вопросы совершенствования уголовно-процессуального законодательства остаются приоритетными на уровне высшего политического руководства страны, беспокоят ее жителей гораздо острее других многочисленных проблем⁴.

Верно и то, что неудовлетворенность общества непрерывными реформами уголовного судопроизводства уже невозможно нейтрализовать корректировками отдельных уголовно-процессуальных институтов, латанием «прорех» законодательной техники⁵. Причина слабости уголовно-процессуального закона гораздо глубже и имеет корни в еще непреодоленном забвении принципа научности законотворческой деятельности⁶.

Именно во второй половине прошлого века в трудах процессуалистов звучала убежденность, проигнорированная в пылу реформы, что исключительно правовые средства не могут быть достаточными для эффективного решения задач уголовного судопроизводства. Едва ли не более значимы вопросы нравственности, которая не только определяет содержание уголовно-процессуального закона, но и выступает прямым регулятором общественных отношений, складывающихся в ходе судопроизводства. Уголовно-процессуальный закон может быть эффективен, уважаем в обществе только при условии, что основан на отечественных нравственных ценностях и реализуется должностными лицами, воспитанными на таковых.

Период начала реформы уголовного судопроизводства в России сопровождался сломом нравственных ориентиров в обществе, забвением их роли. Уголовно-процессуальный закон перестали уважать сами пра-

о преступлениях : условия конституционности // Юрид. наука и практика : Вестник Нижегород. акад. МВД России. 2018. № 2 (42). С. 194–199.

⁴ См.: Выступление Президента России В. В. Путина на расширенном заседании коллегии МВД России 28 февраля 2019 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/569413> (дата обращения: 12.05.2019) ; Выступление Президента России В. В. Путина на расширенном заседании коллегии Генеральной прокуратуры Российской Федерации 19 марта 2019 г. URL: <http://kremlin.ru/events/president/news/60100> (дата обращения: 12.05.2019) ; Доклад о деятельности уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2018 г. URL: ombudsmanrf.org/content/doclad2018 (обращения: 12.06.2019).

⁵ См.: *Победкин А. В.* Уголовное производство как не востребовавшее средство воспитания человека // Вестник экономической безопасности. 2019. № 1. С. 40.

⁶ См.: *Зинатуллин З. З.* Российская уголовно-процессуальная наука : генезис развития и современные проблемы // Вестник Удмуртского ун-та. Серия «Экономика и право». 2018. Т. 28, вып. 1. С. 162–165.

воприменители, что же говорить о простых жителях страны, в которых усиленно размывалось «чувство законности», разрушалось представление о соблюдении его требований «как веления совести»⁷. Нравственные начала, по которым широкие слои населения сверяют свои намерения и действия, в период любых общественно-исторических преобразований⁸, на начальном этапе постсоветской эпохи оказались неэффективным регулятором именно ввиду того, что сами были поставлены под сомнение.

Пренебрежительное отношение к нравственным проблемам в уголовном процессе отразилось на приоритетах научных исследований: нравственные начала уголовного судопроизводства оказались в кильватерной струе уголовно-процессуальной мысли, которая в первую очередь озабочилась задачей адаптации непривычных для России идей УПК к реальной действительности судопроизводства. Возник замкнутый круг – безнравственный уголовно-процессуальный закон, не имея нравственной опоры в дезориентированном обществе, в первое время не стимулировал к осмыслению нравственных начал судопроизводства, не воспитывал своим содержанием правоприменителя и не ставил такой задачи (к сожалению, не ставит ее и сейчас). Трудно объяснить, чем препятствовало качественному уголовному судопроизводству положение УПК РСФСР 1960 г., согласно которому уголовное судопроизводство должно было способствовать воспитанию граждан в духе неуклонного исполнения законов и уважения правил социалистического общежития (здесь ключевое слово – *общежития*).

Впрочем, законодатель в тот период слишком торопился «вычистить» из уголовно-процессуального закона всё, что не было связано с «технологической теорией» уголовного судопроизводства⁹, в то время как государства-соседи подошли к достижениям советской науки в ряде случаев более бережно и до сих пор не спешат отказываться от воспитательной задачи уголовного процесса. Так, УПК Республики Казахстан ставит перед уголовным процессом задачу «способствовать укреплению законности и правопорядка, предупреждению уголовных правонарушений, формированию уважительного отношения к праву». Такое решение находится в полном соответствии с положениями Модельного уголовно-процессуального кодекса для государств – участников СНГ, принятого на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ в 1996 г. В этом документе (от которого Россия отказалась первой) подчеркивается, что уголовно-процессуальный закон призван

⁷ Кокорев Л. Д., Котов Д. П. Этика уголовного процесса : учеб. пособие. Воронеж, 1993. С. 56.

⁸ См.: Антонов И. А. Нравственно-правовые критерии уголовно-процессуальной деятельности следователя. М., 2003. С. 5.

⁹ См.: Мизулина Е. Б. О технологической теории уголовного процесса // Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие) // Сборник статей и материалов / под ред. Е. Б. Мизулиной, В. Н. Плигина ; науч. ред. Е. Б. Мизулина. М., 2006. С. 68–87.

способствовать формированию в обществе уважения к правам и свободам человека и гражданина, утверждению справедливости¹⁰.

В целом понятно, почему в УПК не нашлось места идеям, которым ошибочно приписали «советское» происхождение. Определяющими факторами в данном случае закономерно оказались социально-экономические. Переход на капиталистические общественные отношения не мог не сказаться на нравственной составляющей жизни общества в целом и уголовном процессе в частности. Впрочем, идеи, основанные на капиталистическом укладе общественной жизни, были провозглашены еще в Концепции судебной реформы в РСФСР¹¹, среди них: отказ от воспитания, борьбы с преступностью, народного представительства в форме народных заседателей, ориентация на примирение законности с целесообразностью и др.

Странно другое: строя новое уголовно-процессуальное законодательство на отрицании советских научных достижений, законодатель не считал нужным учесть и содержание «сокровищницы» русской правовой мысли, сформированной задолго до 1917 г.

Нравственность для России – понятие особое, достигающее уровня сакральности. В связи с этим философско-правовые направления исследований в России традиционно не обходились без обращения к нравственным проблемам. Нравственные основания стали глобальным оправданием и Судебной реформы 1864 г., и, в частности, содержания Устава уголовного судопроизводства. Суд скорый, правый, милостивый и равный для всех подданных, по замыслу Александра II и творцов судебной реформы, был призван возвысить судебную власть, дать ей надлежащую самостоятельность и вообще утвердить в народе то уважение к закону, без которого невозможно общественное благосостояние и которое должно быть постоянным руководителем действий всех и каждого: от высшего до низшего¹².

Нравственное содержание Устава уголовного судопроизводства 1864 г. стало стимулом одухотворения всей общественной жизни, средством воспитания Человека. Судебный ритуал, по мнению А. Ф. Кони, приобретал вкус, чувство меры и такт, «ибо суд есть не только судилище, но и школа»; центр тяжести переносился на развитие «истинного и широкого человеколюбия на суде, равно далекого и от механической нивелировки отдельных индивидуальностей, и от черствости приемов, и от чуждой истинной доброте дряблости воли в защите общественного правопорядка»¹³.

¹⁰ См.: *Победкин А. В.* Уголовное производство как не востребуемое средство воспитания человека // *Вестник экономической безопасности.* 2019. № 1. С. 43.

¹¹ О Концепции судебной реформы в РСФСР : постановление Верховного Совета РСФСР от 24 ноября 1991 г. № 1801 // *Ведомости съезда народных депутатов и Верховного Совета РСФСР.* 1991. № 44. Ст. 1435.

¹² Отчет Министерства юстиции за сто лет. 1801–1901 гг. (исторический очерк). СПб., 1902. С. 81 ; *Российское законодательство X–XX веков* : в 9 т. / под общ. ред. О. И. Чистякова. М., 1991. Т. 8.

¹³ *Кони А. Ф.* Нравственные начала в уголовном процессе // *Избр. произведения* : в 2 т. М., 1959. Т. 1. С. 123.

Принципиально важным итогом судебной реформы стало приближение правил судопроизводства к представлениям народа о том, каким должно быть правосудие, чтобы ему верили и принимали его решения. Уголовный процесс тесно связывался с народом, становился делом жителей страны, а не только ограниченной корпорации, присвоившей себе право решать человеческие судьбы¹⁴. Один из основоположников судебной реформы Д. А. Ровинский, обращаясь к молодым судебным следователям, напутствовал их замечательными нравственно одухотворенными и теперь уже классическими словами: «Опирайтесь на закон, но объясняйте его разумно... Домогайтесь одной награды – доброго имени общества, которое всегда отличит и оценит труд и способности...»¹⁵. Однако любой закон требует адекватного толкования, которого никогда не достичь, если безнравствен закон или толкователь.

Именно нравственное содержание Устава уголовного судопроизводства воспламенило духовность в самых разных сферах социальной жизни, даже косвенно соприкасавшихся с уголовным процессом, который как известно безразличен для любого нравственно здорового члена общества, даже не являющегося участником конкретного процесса.

На время именно суд стал средоточием справедливости и воспитания. Судейские чиновники, адвокаты, прокуроры (в меньшей степени, судебные следователи) в глазах общества стали не рутинными исполнителями «серенькой» тяжбы с предсказуемым результатом, а Личностями, которым народом (если не самим Богом) доверено дело нечеловеческой (в прямом смысле слова) важности и сложности.

Именно нравственные проблемы судопроизводства, ставшие особо актуальными в результате Судебной реформы середины XIX в., были использованы крупными отечественными писателями как арена для исследования психологии человека, его достоинств и слабостей¹⁶.

Исследование нравственных проблем судопроизводства было провидчески определено А. Ф. Кони как основное направление исследований в науке уголовного процесса. Полагаем, воспроизведение его классического текста не будет лишним: «...нравственным началам ...принадлежит в будущем первенствующая роль в исследовании условий и обстановки уголовного процесса. ...Законодательство под влиянием временных ослеплений может, конечно, ... возвращаться к устарелым и отжившим учреждениям, но на коренные начала правосудия – гласность, устность, непосредственность и свободную оценку доказательств – он серьезно посягнуть не решится. Эти приобретения человечества куплены слишком

¹⁴ См. об этом: *Победкин А. В.* Уголовное судопроизводство как форма диктатуры нравственно-здоровых сил // Современное уголовно-процессуальное право – уроки истории и проблемы дальнейшего реформирования : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (к 300-летию российской полиции) (Орел, 18–19 октября 2018 г.) / отв. ред. А. В. Гришин. Орел, 2018. С. 284.

¹⁵ Цит. по: *Кони А. Ф.* Отцы и дети Судебной реформы : к пятидесятилетию Судебных уставов. М., 2003. С. 152.

¹⁶ См. об этом: *Дулов А. В.* Судебная психология. Минск, 1975. С. 33.

дорогой ценой многовековых страданий и заблуждений, чтобы с ними можно было легко и надолго расстаться...»¹⁷. Запомним слово, употребленное А. Ф. Кони относительно возможных законодательных отступлений от завоеваний человечества – «ослепление». Иначе как «ослеплением ложными ценностями» действия российского законодателя на изломе XX и XXI вв. в сфере уголовного судопроизводства определить трудно.

С 1902 г. лекции А. Ф. Кони, в частности по судебной этике, стали выходить в печатном виде в журнале Министерства юстиции и именно их можно считать точкой отсчета для определения момента зарождения целого направления научных исследований в уголовном процессе – нравственность в уголовном процессе, судебная этика. При этом А. Ф. Кони смотрел на судебную этику широко, охватывая ею и свод определенных норм, принципов, регламентирующих юридическую деятельность, и практику взаимоотношений между участниками судопроизводства, и научную дисциплину, предметом которой является этический аспект профессиональных требований к юристу, и учебный курс, необходимый для подготовки юристов¹⁸. Без обеспечения принципов справедливости, беспристрастности и независимости, нет правосудия, не могут быть достигнуты суть и глубинный смысл юридической профессии¹⁹, убежденно писал А. Ф. Кони, и в этой убежденности человека, достойнейшим образом прошедшего через все тернии юридической профессии, нельзя усомниться.

Нравственные начала судопроизводства надолго становятся притягательной сферой научных исследований в России. Об этом, кроме А. Ф. Кони, пишут Н. П. Карабчевский, В. Е. Васьковский, Н. В. Муравьев и др.

Однако в должности генерал-прокурора России Н. В. Муравьев, видимо, под гнетом служебных обязанностей переоценил достижения Судебной реформы 1864 г., которые ранее видел как крупное достижение и добился от Александра III решения о пересмотре основных положений Устава уголовного судопроизводства²⁰. Отдельные достижения Судебной реформы были оценены Н. В. Муравьевым искаженно, в частности некоторые ценности, которые он называл западно-европейскими и непригодными для России (суд присяжных, элементы состязательности) вполне отвечали и российским нравственным представлениям о правосудии как деле народном, о важности истины и справедливости.

¹⁷ Кони А. Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (общие черты судебной этики) // Уголовный процесс : нравственные начала. Изд. 3-е. М., 2008. С. 5–6.

¹⁸ См. подробнее: Шаповалов А. В. Правовые взгляды А. Ф. Кони и их влияние на проводимую в России судебно-правовую реформу : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2005.

¹⁹ См.: Кони А. Ф. Собр. соч. : в 8 т. М., 1967. Т. 4. С. 33–69.

²⁰ См.: Халиулин А. Г. Н. В. Муравьев о деятельности лиц прокурорского надзора // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. 2017. № 6 (62). С. 106–107.

Именно это небесспорное основание, использованное Н. В. Муравьевым (хотя созревшее в некоторых умах гораздо раньше), полагаем, послужило причиной некоторого «ослепления» законодателя, который во многом вернулся к «устарелым учреждениям» (известные контрреформы конца XIX в.), и вопросы нравственности в науке уголовного процесса, к сожалению, вновь ушли с передовых позиций.

Конечно, проблемы справедливости, истины, законности, гуманности в уголовном судопроизводстве нельзя связывать только с уровнем развитости в науке исследований нравственных начал судопроизводства. Очевидно, что содержание и результаты уголовного процесса определяются социально-политической, экономической ситуацией, политическим режимом, нередко, к сожалению, волюнтаристскими попытками решить конкретные вопросы уродливыми формами законотворчества или правоприменения. Так, в период революционных событий 1917 г., гражданской войны, преодоления ее последствий уголовное судопроизводство не могло не реагировать на события в стране. Однако и в этих драматичных ситуациях уголовный процесс, по крайней мере, в его официальном формате имел в своей основе национальные нравственные ценности (участие народа и коллегиальность в отправлении правосудия, правильное установление обстоятельств по уголовному делу)²¹. Однако, полагаем, утрата научного интереса к нравственным аспектам уголовного судопроизводства надолго задержала развитие многих демократических начал послереволюционного уголовного процесса, что впоследствии отрицательно сказалось на устойчивости некоторых из них.

Научное обобщение государственно-правовой деятельности, в том числе и с точки зрения ее этики, включая уголовное судопроизводство, становится заметным с начала 30-х гг. XX в.

Труды А. Я. Вышинского, Н. Н. Полянского, М. А. Чельцова-Бebutова, М. С. Строговича, в той или иной степени, затрагивают отдельные вопросы нравственности уголовно-процессуальной деятельности, однако пока только в рамках рассмотрения общих или конкретных уголовно-процессуальных проблем (истины, состязательности, значения показаний обвиняемого и др.).

Нравственные начала в уголовном процессе в середине XX в. если и подвергаются научному осмыслению, то больше с точки зрения критики ложной «нравственности» отдельных уголовно-процессуальных институтов буржуазного уголовного судопроизводства, которые «априори» не могут быть направлены на защиту интересов трудящихся²² или в рамках

²¹ Особая тема – деятельность революционных и военных трибуналов, к которой нельзя подходить с общей меркой нравственности (как минимум в данном случае речь может идти о нравственности классовой, а не общей для россиян). Вопрос о нравственной оценке внесудебных расправ, ввиду очевидности ответа, не имеет смысла ставить.

²² См.: *Вышинский А. Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1950. С. 148. Отметим, что сама по себе идея о том, что общественный строй всегда предопределяет приоритетную защиту того или иного слоя населения (сознатель-

размышлений о допустимости выделения специальной «юридической», «судебной» этики в условиях действия общей социалистической морали²³. Системные исследования нравственных проблем в уголовном процессе еще не проводятся, публикуются лишь разрозненные статьи²⁴. Опыт исследования таких проблем в науке уголовного процесса был утрачен, а новый еще не приобретен, социологический материал в научный оборот в необходимом объеме не вовлекался²⁵. Бытовало ошибочное мнение о приоритетности правовых проблем.

Однако нельзя отрицать, что и несистемное изучение вопросов нравственности в уголовном процессе положительно сказалось на содержании Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и УПК РСФСР 1960 г. В этих нормативных актах в новых исторических условиях нашли преломление идеи Устава уголовного судопроизводства 1864 г., в том числе и нравственного содержания. Труды ученых дореволюционного периода тоже не «канули в Лету». Будучи реализованными в советском законодательстве, они стали и основной для преемственности научных исследований проблем нравственности уголовного судопроизводства, которые с 70-х гг. прошлого века проводятся уже достаточно активно и прочно становятся самостоятельным направлением научного поиска в области уголовного судопроизводства.

При этом принципиально новым становится предмет исследования: с точки зрения нравственности исследуются не только правовые процессуальные нормы, содержание уголовно-процессуального закона, но и собственно нравственные отношения, существующие в уголовном судопроизводстве наряду с правовыми отношениями и оказывающие на решение его задач отнюдь не меньшее влияние²⁶. Эта идея – принципиально важный новый этап в изучении нравственности в аспекте уголовного процесса, фактически научный прорыв, поскольку постепенно преодолевается взгляд на нравственные отношения как на отношения непроцессуальные, который неизбежно стеснял возможности опоры при решении процессуальных задач именно на нравственные ценности.

но избегаем термина – классы) не лишена оснований. Научные идеи А. Я. Вышинского длительное время примитивизировались и ошибочно тиражировались уже шаблонно (см. об этом: *Победкин А. В.* Формальная оценка доказательств в современном уголовном процессе России : «капкан захлопнулся»? (размышления над книгой академика А. Я. Вышинского) // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2015. № 2 (19). С. 172–182).

²³ См.: *Адвокат в советском уголовном процессе : пособие для адвокатов / И. Т. Голяков [и др.] ; под ред. И. Т. Голякова. М., 1954. С. 5.*

²⁴ См.: *Строев М.* Текущие вопросы этики защитника // *Революционная законность.* 1928. № 7–8 ; *Кошевалов А.* Несколько слов о судебной культуре // *Социалистическая законность.* 1939. № 6 ; *Элькинд П. С.* Адвокатская этика // *Советская юстиция.* 1940. № 3–4 ; *Ильичев А.* За культуру ведения уголовного процесса // *Там же.* 1958. № 7 ; и др.

²⁵ См.: *Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д.* Указ. соч. С. 81–82.

²⁶ См.: *Там же.* С. 83.

Л. Д. Кокорев первым именуется такие нравственные отношения процессуальными²⁷ и хотя пишет, что нравственные отношения сопутствуют правовым, фактически открывает новое направление научных исследований: нравственные процессуальные отношения, не совпадающие с правовыми (полагаем, что «сопутствуют», отнюдь не значит – «совпадают»).

Актуальными вопросами, подвергавшимися разработке в тот период становятся исследование моральных ценностей в уголовном судопроизводстве, содержание профессионального долга судьи, прокурора, следователя, адвоката, нравственных начал уголовно-процессуального доказывания, влияния общественного мнения, печати на судопроизводство, соотношения общественных и личных интересов в уголовном судопроизводстве и др.²⁸

В числе важнейших проблем судебной этики поднимается вопрос нравственного сознания должностных лиц, осуществляющих судопроизводство, требований, которым они должны соответствовать. Предпринимаются попытки решения актуального вопроса профессиональной деформации лиц, осуществляющих судопроизводство, развития в них подозрительности, равнодушия к людям, автоматизма, поспешности в работе и т. д.²⁹

При этом подчеркивается правильная мысль об обусловленности нравственных качеств судей, прокуроров, следователей, адвокатов характеристиками социалистического общественного строя. Решая насущные вопросы современного уголовного процесса, важно понимать, что в результате нравственные качества участников уголовного процесса формируются общественным строем, всеми присущими ему институтами, включая институт семьи, образовательные и воспитательные государственные и общественные институты. В связи с этим наивно ожидать в капиталистическом обществе автоматического формирования в человеке альтруизма, доброты, милосердия, жертвенности и других качеств, на формирование которых априори работала система социалистических общественных отношений.

Характер серьезной дискуссии приобрел вопрос о нравственной стороне следственных и судебных действий, о соответствии нравственным принципам так называемых «следственных хитростей» и «психологических ловушек»³⁰.

²⁷ См.: Кокорев Л. Д. Участники правосудия по уголовным делам. Воронеж, 1973. С. 118, 124, 136.

²⁸ См.: Алексеев Н. С., Даев В. Г., Кокорев Л. Д. Указ. соч. С. 83.

²⁹ См.: Ратинов А., Зархин Ю. Следственная этика. М., 1970. С. 38–39; Перлов И. Д. Судебная этика // Советское государство и право. 1970. № 12. С. 106; Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Котов Д. П. Судебная этика. Воронеж, 1973. С. 50–55; Проблемы судебной этики / под ред. М. С. Строговича. М., 1974. С. 163; и др.

³⁰ См., например: Пантелеев И. Ф. Некоторые вопросы психологии расследования преступлений // Труды ВЮЗИ. М., 1971. Вып. 19. С. 224–227; Горский Г. Ф., Кокорев Л. Д., Котов Д. П. Указ. соч. С. 98–100; Проблемы судебной этики / под ред. М. С. Строговича. С. 18.

В 60–70-е гг. прошлого века среди публикаций по проблемам судебной этики большую часть составляли исследования нравственных начал деятельности адвоката в уголовном судопроизводстве³¹.

Концептуальное значение для развития научного направления «нравственные начала уголовного судопроизводства» имела монография «Судебная этика» (авторы Г. Ф. Горский, Л. Д. Кокорев, Д. П. Котов) 1973 г., ставшая сегодня неоспоримой классикой³².

В целом можно констатировать, что к началу 90-х гг. прошлого века нравственные начала заняли надлежащее место как в системе научных исследований, так и в уголовно-процессуальном законодательстве и практике его применения, что, конечно, не исключало необходимости дальнейшей разработки этих вопросов и, главное, претворения научных достижений в реальную жизнь.

Эпоха «безвременья» 1990-х гг. вновь прервала поступательное совершенствование уголовного судопроизводства, продемонстрировав, как легко человек может отказаться (пусть временно) от того нравственного уровня, который и позволяет считать его Человеком. Социальная значимость профессии настоящего честного юриста рухнула, а качественная уголовно-процессуальная деятельность оказалась невостребованной³³, исследования ее нравственных проблем – тем более³⁴.

Проблему нравственности уголовно-процессуального закона и самого правоприменителя не решить, пока она не будет решена в обществе. Однако диалектический закон единства и борьбы противоположностей не мог не сработать и в постперестроечной России. Общественная жизнь, построенная на непонятных, не родных для россиян идеях, не могла не войти в конфликт с традиционными нравственными ценностями, которые с полным на то правом являются опорой национальной безопасности страны.

Впервые на высшем политическом уровне эта проблема национальной безопасности была озвучена Президентом РФ В. В. Путиным в его

³¹ См.: *Гольдинер В. Д.* Об этике в деятельности адвоката // Советское государство и право. 1965. С. 95–101 ; *Кан Н. П.* Некоторые вопросы адвокатской этики : вопросы защиты по уголовным делам. Л., 1967 ; *Бойков А. Д.* Этика профессиональной защиты по уголовным делам. М., 1978.

³² Цит. по: *Григорьев В. Н., Победкин А. В.* [Рецензия] // Государство и право. 2009. № 2. С. 120–122. Рец. на кн.: *Панюшкин В. А.* Проблемы теории и практики уголовного процесса : история и современность. Воронеж, 2008. Полагаем, что первенство в исследованиях вопросов нравственных аспектов юридической профессии с тех пор принадлежит Воронежской научной школе.

³³ См.: *Победкин А. В.* Современное отечественное уголовное судопроизводство : состояние «вне права» или «с чего начинать»? // Вестник Воронеж. гос. ун-та. Серия: Право. 2013. № 2. С. 360.

³⁴ В числе работ по вопросам нравственности уголовного процесса в 90-е гг. прошлого века отметим докторскую диссертацию Т. Н. Москальковой «Нравственные основы уголовного процесса : стадия предварительного расследования» (М., 1997) и труд Л. Д. Кокорева и Д. П. Котова «Этика уголовного процесса» (Воронеж, 1993).

Послании Федеральному Собранию еще в 2012 г. Впрямую слова Президента относятся и к сфере уголовного процесса: именно дефицит милосердия, сочувствия, сострадания друг к другу, поддержки и взаимопомощи, определяет решения, не «отягощенные совестью», принимаемые порой в ходе уголовного судопроизводства.

Нет сомнений, что воспитание человека с высокими нравственными качествами, тем более в условиях капиталистических общественных отношений, – задача, которую можно решить лишь комплексным применением ресурсов всех сфер государственной и общественной жизни, где уголовное судопроизводство (его справедливость, доступность, гуманность, связь с народом, ясность и др.) занимает не последнее место³⁵.

Продолжая развиваться, «противоположности» (традиционные нравственные ценности, с одной стороны, и уголовно-процессуальный закон, на них не основанный, – с другой) не могли не привести к развитию новых направлений уголовно-процессуальной научной мысли.

Последние годы наблюдается закономерный интерес к концептуальным вопросам духовности уголовного судопроизводства, его нравственным основам (А. В. Агутин, И. А. Антонов, Ю. В. Астафьев, Л. М. Володина, О. Л. Васильев, А. В. Победкин и др.)³⁶. Представляется, что в научной среде сформировалось устойчивое понимание невозможности добиться эффективности уголовно-процессуальной деятельности без решения, прежде всего именно этих вопросов.

В числе злостных и перспективных направлений научного поиска в направлении нравственных начал уголовного судопроизводства – выявление подлинных нравственных ценностей россиян; оптимальное отражение их в системе принципов уголовного судопроизводства, соотношение нравственных и правовых процессуальных отношений в уголовном процессе в целом и при реализации конкретных уголовно-процессуальных институтов (развитие идеи Л. Д. Кокорева); нравственная обоснованность ряда уголовно-процессуальных производств с усеченными процессуальными гарантиями; нравственное значение участия народа в уголовном процессе и доступности судопроизводства для конкретного человека; система воспитания нравственных качеств, необходимых для выполнения должностных обязанностей, связанных с применением уголовно-процессуального закона; нравственные основы уголовно-про-

³⁵ См.: *Победкин А. В.* Гарантии нравственности о нравственном значении трудов Л. Д. Кокорева // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 59.

³⁶ См.: *Агутин А. В.* Мировоззренческие идеи в уголовно-процессуальном доказывании : дис. ...д-ра юрид. наук. Нижний Новгород, 2005 ; *Антонов И. А.* Нравственно-правовые критерии уголовно-процессуальной деятельности следователей. СПб., 2003 ; *Астафьев Ю. В.* Нравственные категории в оперативно-розыскной деятельности // Судебная власть и уголовный процесс. 2015. № 4. С. 99 ; *Володина Л. М.* Назначение уголовного судопроизводства и проблемы его реализации. М., 2018 ; *Васильев О. Л.* Теоретические аспекты действия принципа справедливости на досудебных стадиях уголовного процесса : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2018 ; *Победкин А. В.* Уголовный процесс : состояние вне права. М., 2013 ; и др.

цессуального доказывания и использования в его ходе результатов оперативно-розыскной деятельности.

В паспорте научной специальности 12.00.09 – уголовный процесс нравственные начала уголовного процесса следует обозначить не наряду с правовыми, научными, психологическими основами уголовного процесса, как сейчас (п. 44), а в качестве самостоятельной области исследований. Кроме того, исследование нравственных начал уголовного судопроизводства необходимо прямо включить и в само содержание научной специальности 12.00.09 согласно ее паспорту.

Одухотворение уголовного судопроизводства, обеспечение его эффективности через построение закона и правоприменения на подлинных нравственных ценностях, как представляется, есть первоочередная задача науки уголовного процесса.

*Академия управления МВД России
Сухова И. И., адъюнкт 3-го факульте-
та (подготовки научных и научно-педа-
гогических кадров)
E-mail: irinaigorevna.i@yandex.ru*

*Academy of Management of the Russian
Ministry of Internal Affairs
Sukhova I. I., Post-graduate Student of
the 3rd Faculty (Training of Scientific and
Scientific-pedagogical Personnel)
E-mail: irinaigorevna.i@yandex.ru*

**ПРОБЛЕМЫ ПРЕКРАЩЕНИЯ СУДОМ
УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ
ПРИ ПРИМЕНЕНИИ ИНСТИТУТА СУДЕБНОГО ШТРАФА**

А. Л. Аристархов

*Научно-исследовательский институт Университета
прокуратуры Российской Федерации*

Поступила в редакцию 5 февраля 2019 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы прекращения судом уголовного преследования в состязательном уголовном процессе, предлагаются варианты разрешения ситуаций, связанных с производством по уголовным делам в порядке, предусмотренном главой 51.1 УПК РФ.

Ключевые слова: принцип состязательности сторон, суд, уголовное преследование, прекращение уголовного дела, судебный штраф.

Abstract: the article deals with the problems of termination of criminal prosecution by the court in the adversarial criminal process, offers options for resolving situations related to the criminal proceedings in the manner prescribed by Chapter 51¹ of the code of criminal procedure.

Key words: principle of adversarial proceedings, court, criminal prosecution, termination of criminal case, court fine.

При назначении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в досудебном производстве в постановлениях суда указывается и о прекращении уголовного преследования. Для суда такое процессуальное решение является необычным, прежде всего, в силу специфики ст. 21 УПК РФ «Обязанность осуществления уголовного преследования».

Говоря об уголовном преследовании, необходимо отметить, что в УПК РФ оно представлено в широком и узком значении. В широком значении содержание функции уголовного преследования раскрыто в ч. 2 ст. 21 УПК РФ, согласно которой в каждом случае обнаружения признаков преступления прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель принимают предусмотренные УПК РФ меры по установлению события преступления, избличению лица или лиц, виновных в совершении преступления. В узком значении уголовное преследование представляет собой процессуальную деятельность, осуществляемую стороной обвинения в целях избличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления (п. 55 ст. 5 УПК РФ).

Основания прекращения уголовного преследования перечислены в ч. 1 и 2 ст. 27 УПК РФ и являются как реабилитирующими, так и нереабилитирующими. Так, согласно п. 3 ч. 2 ст. 133 УПК РФ право на реабилитацию, в том числе право на возмещение вреда, связанного с уголовным преследованием, имеют подозреваемый или обвиняемый, уголовное преследование в отношении которого прекращено по основаниям, пред-

усмотренным п. 1, 2, 5 и 6 ч. 1 ст. 24 и п. 1 и 4–6 ч. 1 ст. 27 УПК РФ. На основании ч. 2 ст. 27 УПК РФ прекращение уголовного преследования по основаниям, указанным в п. 3 и 6 ч. 1 ст. 24, ст. 25, 25.1, 28 и 28.1 УПК РФ, а также п. 3 и 6 ч. 1 ст. 27 УПК РФ, не допускается, если подозреваемый или обвиняемый против этого возражает. В таком случае производство по уголовному делу продолжается в обычном порядке.

Общий порядок прекращения уголовного дела и уголовного преследования обладает особенностями. Согласно ч. 4 ст. 24 УПК РФ уголовное дело подлежит прекращению в случае прекращения уголовного преследования в отношении всех подозреваемых или обвиняемых, за исключением случаев, предусмотренных п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ. В п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ к числу оснований прекращения уголовного преследования в отношении подозреваемых или обвиняемых относится непричастность подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления.

Тем самым в досудебном производстве возможны два основных варианта прекращения уголовного преследования: в первом случае такое процессуальное решение может касаться всех подозреваемых и обвиняемых в совершении преступления, а во втором случае – лица (лиц), чья причастность к совершению преступления не доказана¹.

Соответственно положения ч. 4 ст. 27 УПК РФ, предусматривающие, что в случаях, предусмотренных ст. 27 УПК РФ, допускается прекращение уголовного преследования в отношении подозреваемого, обвиняемого без прекращения уголовного дела, могут касаться, прежде всего, положений, регламентированных п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ. Это означает, что подобные процессуальные решения могут быть приняты следователем и дознавателем, поскольку возможность дальнейшего осуществления уголовного преследования ими допускается. Такая ситуация не исключает реализации следователем (дознавателем) ч. 5 ст. 213 УПК РФ, согласно которой если основания прекращения уголовного преследования относятся не ко всем подозреваемым или обвиняемым по уголовному делу, то следователь в соответствии со ст. 27 УПК РФ выносит постановление о прекращении уголовного преследования в отношении конкретного лица. При этом производство по уголовному делу продолжается.

В дополнение к общим правилам прекращения уголовного преследования по реабилитирующим основаниям допустимо принятие подобных процессуальных решений по нереабилитирующим основаниям. В соответствии с п. 13 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19 (далее – постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19) «в случае совершения преступления несколькими лицами от уголовной ответственности в связи с примирением с потерпевшим

¹ В ряде случаев органами предварительного расследования в отношении лица, обвиняемого в совершении нескольких преступлений, в том числе в соучастии, принимаются процессуальные решения в виде прекращения уголовного преследования в части по соответствующей статье УК РФ по реабилитирующим основаниям, например по п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ.

могут быть освобождены лишь те из них, кто примирился с потерпевшим и загладил причиненный ему вред»². Одновременно в п. 15.1 данного постановления указано о том, что совершение лицом впервые нескольких преступлений небольшой и (или) средней тяжести не препятствует освобождению его от уголовной ответственности на основании ст. 76.2 УК РФ. В абзаце 3 п. 25.1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 указано о том, что «в случаях, когда уголовное преследование осуществляется в отношении нескольких подозреваемых или обвиняемых и имеются основания для прекращения уголовного дела или уголовного преследования с назначением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа в отношении всех или некоторых из этих лиц, ходатайство заявляется применительно к каждому такому лицу».

Согласно ч. 2 ст. 446.2 УПК РФ производство о прекращении уголовного дела или уголовного преследования и назначении меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа осуществляется по правилам, установленным УПК РФ, с особенностями, предусмотренными настоящей главой. Соответственно законодатель определяет приоритет общих правил досудебного производства, которые должны находиться в гармоничном единстве с особенностями регламентации института судебного штрафа применительно к данному этапу уголовно-процессуальной деятельности.

В ходе предварительного расследования следователями или дознавателями уголовное преследование преимущественно прекращается тогда, когда преступление было совершено либо в соучастии, либо когда одним лицом совершены несколько преступлений.

В правоприменительной практике встречаются случаи прекращения судом уголовного преследования (уголовного дела) по основаниям, предусмотренным ст. 25.1 УПК РФ и 76.2 УК РФ, в отношении соучастника преступления, всех соучастников преступления, а также лица, совершившего несколько преступлений.

Становится ясно, что возможность прекращения уголовного преследования в отношении нескольких лиц, совершивших преступление в соучастии, а также в отношении одного лица, совершившего несколько преступлений, допустима только тогда, когда причиненный преступлением вред возмещен в полном объеме. На это ориентируют положения ст. 25.1 УПК РФ. Буквально в содержании данной нормы указано о возможности прекращения судом уголовного дела или уголовного преследования в отношении лица, подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления небольшой или средней тяжести, если это лицо возместило ущерб или иным образом загладило причиненный преступлением вред. В связи с такой особенностью в правоприменительной деятельности наблюдаются определенные сложности.

² О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности : постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 июня 2013 г. № 19. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

Так, в случае, когда преступление совершено в соучастии, возмещение причиненного преступлением вреда каждым из соучастников в полном объеме затруднительно. Если каждый из подозреваемых или обвиняемых (соучастник преступления) возместил потерпевшему причиненный преступлением вред в полном объеме, появляется избыточное его возмещение.

В случае возмещения причиненного преступлением вреда одним соучастником преступления ставится под сомнение реализация принципа справедливости, поскольку с позиции ст. 25.1 УПК РФ остальные соучастники преступления утратят возможность возмещения причиненного преступлением вреда. При этом ввиду особенностей применения главы 51.1 УПК РФ в таком случае из основного уголовного дела в отношении данного соучастника преступления должны быть выделены соответствующие материалы (копии материалов) уголовного дела и направлены в суд для применения ст. 25.1 УПК РФ. Но такой возможности ст. 154 и глава 51.1 УПК РФ не предусматривают.

Помимо этого, если установлены не все соучастники преступления, то возможность прекращения уголовного преследования на основании ст. 25.1 УПК РФ в отношении одного (установленного) соучастника преступления, возместившего причиненный вред, должна быть исключена, так как после установления всех соучастников преступления обстоятельства его совершения могут оказаться иными.

Частичное прекращение судом уголовного преследования на основании ст. 25.1 УПК РФ в отношении лица, совершившего несколько преступлений, также затруднено по названным выше причинам. Это обусловлено тем, что положения ст. 25.1 УПК РФ следует толковать и в широком смысле. То есть и для случаев совершения одним лицом нескольких преступлений, когда необходимость возмещения причиненного преступлением вреда в полном объеме (по каждому из преступлений) также сохраняется. И если таковой результат будет достигнут, целесообразнее сразу констатировать прекращение уголовного дела в отношении данного лица.

Представляется, что возможность применения института судебного штрафа целесообразно исключить для случаев совершения преступления в соучастии, а также случаев неполного возмещения причиненного вреда лицом, совершившим несколько преступлений. При учете особенностей ч. 1 ст. 25.1 УПК РФ, предусматривающих возможность применения судебного штрафа в случае, если лицо возместило ущерб или иным образом загладило причиненный преступлением (преступлениями) вред, имеются основания говорить о том, что возможность прекращения судом уголовного дела (уголовного преследования) с применением меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа допустима при полном возмещении одним правонарушителем причиненного в результате совершения им преступления (преступлений) вреда.

Еще одним важным обстоятельством является практика установления размера причиненного преступлением вреда по уголовным делам,

где рассматривается вопрос о применении института судебного штрафа. Безусловно, она формируется при учете особенностей совершения преступления (состава преступления).

В ряде случаев размер причиненного преступлением вреда сомнений не вызывает. В частности, при совершении кражи причиняется конкретный имущественный вред. Однако бывают и другие примеры, когда, например, совершено покушение на кражу. Во втором случае в фабуле обвинения органами предварительного расследования о причинении вреда не указывается.

Одновременно по общим правилам согласно п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ при производстве по уголовному делу подлежит доказыванию характер и размер вреда, причиненного преступлением. В случае возбуждения органами предварительного расследования ходатайства в порядке, предусмотренном ч. 2 ст. 446.2 УПК РФ, положения п. 4 ч. 1 ст. 73 УПК РФ находятся в неразрывной связи со ст. 25.1 УПК РФ. Исходя из положений ст. 25.1 УПК РФ прямо подразумевается, что в результате совершения преступления (преступлений) причинен вред. Отсутствие об этом сведений в окончательных процессуальных документах, подтверждающих наличие подозрения или обвинения, будет свидетельствовать о неполноте предварительного расследования, создавая необходимость возвращения судом материалов уголовного дела на основании п. 2 ч. 5 ст. 446.2 УПК РФ. В таком случае сведения об участии лица в совершенном преступлении, изложенные в постановлении о возбуждении ходатайства о применении к лицу меры уголовно-правового характера в виде судебного штрафа, не будут соответствовать фактическим обстоятельствам дела, подразумевающим в силу ст. 25.1 УПК РФ причинение вреда.

Соответственно причиненный преступлением (преступлениями) вред, подлежащий возмещению или заглаживанию, при инициировании перед судом вопроса о применении ст. 25.1 УПК РФ в досудебном производстве подлежит установлению (определению) органами предварительного расследования и отражению в процессуальных документах.

Таким образом, установление органами предварительного расследования вреда, причиненного преступлением (преступлениями) при применении ст. 25.1 УПК РФ, обусловлено необходимостью реализации ч. 1 ст. 6 УПК РФ, согласно которой уголовное судопроизводство имеет своим назначением защиту прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; защиту личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ МЕТОДОВ МАТЕМАТИЧЕСКОЙ СТАТИСТИКИ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ СУДЕБНОЙ БИОЛОГИЧЕСКОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ ВОЛОС ЧЕЛОВЕКА

Е. В. Сучкова

Экспертно-криминалистический центр МВД России

Поступила в редакцию 24 января 2019 г.

Аннотация: краткий анализ научной литературы, проведенный в данной статье, показал, что имеется интерес зарубежных исследователей к проблеме статистической обработки результатов исследования микроморфологических признаков волос человека, однако методические подходы, используемые в зарубежных странах, нельзя считать правильными. В настоящее время появилось современное оборудование, существенно расширяющее возможности экспертного исследования морфологического исследования волос. Использование данного оборудования позволило разработать математическую модель для количественной оценки идентификационной значимости комплекса совпадающих признаков объекта и сравнительных образцов волос, а также алгоритма ее применения.

Ключевые слова: волосы с головы человека, экспертиза волос, морфологические признаки волос, статистическая обработка результатов.

Abstract: a brief analysis of the scientific literature showed that there is an interest of foreign researchers to the problem of statistical processing of the results of the study of micromorphological features of human hair. However, the methodological approaches used in foreign countries cannot be considered correct. Currently, there is a modern equipment that significantly expands the possibilities of expert study of morphological examination of hair. The use of this equipment made it possible to develop a mathematical model for the quantitative assessment of the identification significance of the complex of matching features of the object and comparative hair samples, as well as an algorithm for its application.

Key words: hair from the human head, hair examination, morphological characteristics of the hair, statistical processing of the results.

Известно, что идентифицировать человека по единичному волосу позволяет метод ДНК-анализа, однако не каждый волос, обнаруженный на месте происшествия либо на одежде человека, пригоден для такого исследования. Не прекращаются попытки разработать методику, позволяющую проводить идентификацию проверяемого лица по микроморфологическим признакам его волос.

Исследование волос человека как один из видов судебной экспертизы получило свое развитие в XIX в., и до сих пор данное исследование продолжает оставаться актуальным¹. В разных странах мира данный вид экспертизы основывается на описании морфологических признаков

¹ См.: Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. М., 2002; Bisbing R. E. The forensic identification and association of human

волос. Однако как в отечественной, так и в зарубежной литературе отсутствует информация о модели статистической обработки результатов исследования этих признаков, пригодной к применению на сравнительном этапе их исследования. Между тем, как отмечает З. И. Кирсанов: «Методы математики, в особенности методы математической статистики и теории вероятностей, открывают большие возможности в дальнейшем совершенствовании теории и практики идентификации и установления групповой принадлежности вещественных доказательств, а также в научной разработке криминалистической техники»².

Зарубежными авторами предпринимались попытки использования статистической обработки данных, полученных при исследовании волос человека³. Эксперты выбирали от 14 до 23 признаков, используемых в повседневной практике при описании волос с головы человека. При этом учитывались лишь два индивидуализирующих признака (распределение пигмента по ширине волоса и размер пигмента), хотя четыре других признака (цвет пигмента, архитектура пигмента, рисунок кутикулы, цвет фона коркового слоя) также необходимы для установления происхождения волоса от проверяемого лица. Вместо них указанные авторы оценивали структуру сердцевинки, отношение толщины сердцевинки к толщине стержня, состояние оптического края волоса, состояние периферического конца волоса, плотность пигмента и другие признаки, не учитываемые отечественными экспертами при установлении происхождения волоса от проверяемого лица. Выводы состояли в том, что классификация волос менялась от эксперта к эксперту и есть основания для экспериментального исследования в целях определения оптимального состава репрезентативной сравнительной выборки. Не найдена возможность обеспечить статистическую вероятность того, что волосы произошли от определенного человека, а не от другого. Отсутствуют данные о частоте встречаемости специфической микроскопической характеристики волос или признака в определенной популяции⁴. Необходимо отметить, что за рубежом отсутствует единая исследуемая совокупность признаков. Некоторые эксперты учитывают, например, давность стрижки, другие – структуру сердце-

hair. Forensic science handbook. Saferstein R., editor. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall Regents, 1982.

² Цит. по: *Эджубов Л. Г.* Некоторые проблемы применения математических методов и электронно-вычислительной техники в судебной экспертизе // Основы правовой кибернетики : сб. науч. трудов. М., 1976. С. 5–83.

³ См.: *Hoffmann K.* Statistical evaluation of the evidential value of human hairs possibly coming from multiple sources // *Journal of Forensic Science*. 1991. Vol. 36, № 4. P. 1053–1058 ; *Wickenheiser R. A., Hepworth D. G.* Further evaluation of probabilities in human scalp hair comparisons // *Ibid.* 1990. Vol. 35, № 6. P. 1323–1329 ; *Aitken C. G. G., Robertson J. A.* Contribution to the discussion of probabilities and human hair comparisons // *Ibid.* 1987. Vol. 32, № 3. P. 684–689.

⁴ См.: *Smith S. L., Linch C. A.* A review of major factors contributing to errors in human hair association by microscopy // *Am J Forensic Med Pathol*. 1999. № 3. P. 269–273.

вины, медуллярный индекс, форму периферического конца, плотность пигмента. При этом часть морфологических признаков исследуется на поперечных срезах волос⁵. Научная рабочая группа анализа материалов при ФБР США рекомендует учитывать повреждения волос насекомыми, наслоения крови, геля для волос и т. п.⁶ Рабочей группой по исследованию волос организации «Европейская сеть судебно-экспертных учреждений» (ENFSI) рекомендованы к применению такие показатели, как форма корневого конца, текстура коркового вещества, плотность пигмента⁷. Представляется, что все перечисленные показатели, рассматриваемые в качестве идентифицирующих признаков, таковыми не являются и не могут использоваться при решении вопроса о происхождении волоса от конкретного человека. Указанные признаки пригодны только для описания либо классификации волос (установления участка тела, с которого произошел волос). Кроме того, методика исследования также должна быть единой. Недопустимо, чтобы идентификационно значимые признаки одни эксперты исследовали на неизмененных волосах, а другие – на поперечных срезах волос.

Для исследования морфологических признаков волос в зависимости от поставленных задач авторы использовали маленькие выборки, полученные от 8 до 100 человек, при этом было изучено от 40 до 93 волос⁸.

⁵ См.: *Wickenheiser R. A., Hepworth D. G.* Op. cit. ; *Gaudette B. D., Keeping E. S.* An attempt at determining probabilities in human scalp comparisons // *Journal of Forensic Science*. 1974. Vol. 19, № 3. P. 599–606.

⁶ См.: *Forensic human examination guidelines scientific working on materials analysis (SWGMAT)*, April 2005. URL: <http://newyork.fbi.gov/hq/lab>

⁷ См.: *Best practice manual for the microscopic examination and comparison of human and animal hairs*. ENFSI – BPM – THG – 03.– 2015. – Version 01.

⁸ См.: *Wickenheiser R. A., Hepworth D. G.* Op. cit. ; *Gaudette B. D., Keeping E. S.* Op. cit. ; *Rowe W. F.* The current status of microscopical hair comparisons. mini-review // *The Scientific World*. 2001. № 1. P. 868–878. URL: <http://www.thescientificworld.com> ; *Oien C.* Forensic hair comparison: background information for interpretation // *Forensic Science Communications*. 2009. Vol. 11, № 2. URL: https://archives.fbi.gov/archives/about-us/lab/forensic-science-communications/fsc/april2009/review/2009_04_review_02.htm ; *David H. K.* Ultracrepidarianism in forensic science: the hair evidence debacle // *Washington & Lee Law Review Online*. 2015. Vol. 72. P. 227–254. URL: <https://ssrn.com/abstract=2647430> ; *Gaudette B. D.* Probabilities and human pubic hair comparisons // *Journal of Forensic Science*. 1976. Vol. 21. P. 514–517 ; *Idem.* Some further thoughts on probabilities and human hair comparisons // *Ibid.* 1978. Vol. 23. P. 758–763 ; *Bisbing R. E., Wolner M. F.* Microscopical discrimination of twins' head hair // *Ibid.* 1984. Vol. 29. P. 780–786 ; *Kolowski J. C. et al.* A comparison study of hair examination methodologies // *Ibid.* 2004. Vol. 49. P. 1253–1255 ; *Houck M. M., Budowle B.* Correlation of microscopic and mitochondrial DNA hair comparisons // *Ibid.* 2002. Vol. 47. P. 964–967 ; *Sato H.* The quantitative classification of hair form and its application to the forensic comparison of Japanese head hair // *Jpn. J. Sci. Tech. Iden.* 2003. Vol. 8. P. 59–73 ; *Verma M. S., Pratt L. et al.* Hair-MAP: A prototype automated system for forensic hair comparison and analysis // *Forensic Science International*. 2002. Vol. 129. P. 168–186.

Р. А. Wickenheiser и D. G. Hepworth пишут, что волосы являются «статистически хорошим вещественным доказательством», но дополнительные исследования в этой области практически не проводились. По их мнению, при наличии совпадения «один к одному» вероятность неверного установления связи в повседневной практике криминалистического сравнительного исследования волос очень мала⁹. В своей работе сотрудник Департамента судебной экспертизы университета Джорджа Вашингтона (США) Walter F. Rowe отмечает, что судебные эксперты в настоящее время не могут оценивать вероятность совпадения проверяемого неизвестного волоса с образцами волос случайно выбранного человека, поскольку для этого необходимо разработать стандарты результатов микроскопических исследований волос¹⁰.

Данные подходы нельзя назвать методически правильными, поскольку не были учтены все составляющие, способные повлиять на конечный результат исследования.

В экспертно-криминалистических подразделениях МВД России существует утвержденная методика исследования волос человека, применяемая всеми экспертами¹¹. В ее рамках выявляется единая совокупность основных признаков, которая используется каждым экспертом при решении вопроса о происхождении отдельного волоса от проверяемого лица. Обучение данной методике проводится по единой программе на базе Экспертно-криминалистического центра МВД России (ЭКЦ МВД России).

Изучая возможность вероятностно-статистической обработки микроморфологических признаков волос, необходимо уяснить, какие из них выражаются качественными характеристиками, а какие количественными. Требуется получить информацию о частоте встречаемости этих признаков, учитывая зависимость некоторых признаков друг от друга. Данные расчеты следует проводить с поправкой на малую выборку. В настоящее время появилось современное оборудование, позволяющее проводить сравнительные исследования микроморфологических признаков волос человека не только по выявленным качественным, но и по количественным показателям, воспроизводить естественные изображения объектов, что способствует увеличению наглядности и объективности экспертной оценки.

В исследовании, проведенном ЭКЦ МВД России, изучены 22 500 волос головы, полученных от 450 человек (по 50 волос с головы каждого человека), при этом учитывался 91 признак (82 качественных и 9 количественных). Исследование проводилось в проходящем свете микроскопа при увеличениях 100 и 400 с помощью программно-аппаратного комплекса, существенно расширяющего возможности судебно-биологической экспертизы. Благодаря совместной работе со специалистами Националь-

⁹ См.: Wickenheiser R. A., Hepworth D. G. Op. cit.

¹⁰ См.: Rowe W. F. Op. cit.

¹¹ См.: Типовые экспертные методики исследования вещественных доказательств / под ред. А. Ю. Семенова ; общ. ред. В. В. Мартынова. М., 2012. Ч. 2.

ного исследовательского ядерного университета «МИФИ» определена частота встречаемости отдельного микроморфологического признака, рассмотрена их статистическая зависимость, рассчитана величина идентификационной значимости микроморфологических признаков волос с головы человека¹². Исследована возможность применения математической модели статистической обработки выявляемого комплекса микроморфологических признаков волос, включающего в себя совокупность качественных и количественных показателей. Разработан алгоритм применения статистической обработки результатов исследования, позволяющий сформулировать категорический положительный вывод о происхождении отдельного волоса от проверяемого лица и вероятный вывод с указанием этой вероятности.

Применение указанной информации при производстве экспертиз и исследований волос с головы человека, проведении стажировок экспертов-биологов, рецензировании заключений эксперта, проведении научно-исследовательских работ существенно повышает научный уровень данного вида экспертизы.

¹² См.: Сучкова Е. В., Кулик С. Д., Никонец Д. А. Статистическая оценка результатов исследования морфологических признаков волос с головы человека при производстве судебной экспертизы // Библиотека криминалиста : науч. журнал. 2017. Вып. 6 (35). С. 231–235.

*Экспертно-криминалистический
центр МВД России*

*Сучкова Е. В., кандидат биологических наук, заместитель начальника отдела экспертиз биологических объектов
E-mail: evsuchkova@mail.ru*

*Expert Criminalistic Center the Russian
Ministry of Internal Affairs*

*Suchkova E. V., Candidate of Biological Sciences, Deputy Chief of the Department of Examinations of Biological Objects
E-mail: evsuchkova@mail.ru*

**ПРЕЗУМПЦИИ И ФИКЦИИ КАК СРЕДСТВА
ЮРИДИЧЕСКОЙ ТЕХНИКИ
В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

Е. И. Грузинская

Кубанский государственный университет, филиал в г. Новороссийске

М. П. Пронина

Нижегородская академия МВД России

Поступила в редакцию 17 мая 2019 г.

Аннотация: сформулированы базовые дефиниции презумпций и фикций, а также предпринята попытка их систематизации с учетом сформулированных в доктрине уголовного права позиций: предложена унифицированная классификация презумпций и выделены основные признаки фикций.

Ключевые слова: презумпция, фикция, уголовное законодательство, правовая категория, предположение, невозможная неизвестность.

Abstract: in the article the basic definitions of presumptions and fictions are formulated, as well as an attempt to systematize them taking into account the positions formulated in the doctrine of criminal law: a unified classification of presumptions is proposed and the main features of fictions are highlighted.

Key words: presumption, fiction, criminal law, legal category, assumption, irreplaceable uncertainty.

Говоря о правовых презумпциях как средствах юридической техники в уголовном законодательстве, отметим, что и они имеют большое значение в правовом регулировании уголовно-правовых отношений. Вместе с тем доктрина не однозначно относится к их наличию в уголовном праве, с чем в целом сложно согласиться. Полагаем, что только правовые презумпции позволят в полной мере рассмотреть комплекс средств юридической техники. В связи с этим считаем целесообразным остановиться на их рассмотрении.

В юридической науке под презумпциями понимается предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, закрепленное в нормах права, основанное на подтвержденном предшествующем опыте, однако научное сообщество при определении содержания правовых презумпций сформировало два подхода к их определению.

Первый – наиболее распространенный и относится к классическому. Основоположителем такого подхода является В. К. Бабаев, который соотносит презумпцию с универсальной категорией, используемой в различных областях человеческого познания. Основу презумпции составляет предшествующий опыт, однако при этом он соотносится не с достоверными, а вероятными предположениями, основанными на законах логики. Это обосновано тем, что в сходных ситуациях возникающие обществен-

ные отношения обладают одними и теми же чертами, поэтому о качестве и эффективности правовых презумпций, в первую очередь, свидетельствует их возможность достоверно отражать правовую реальность.

Второй подход, имеющийся в науке, определяет презумпцию как исключительно правовую категорию, т. е. как средство регулирования общественных отношений, исключающее использование логических приемов. Обосновывается это тем, что она должна рассматриваться как факт, определяющий наличие юридических обязанностей у специально уполномоченных на то субъектов, по признанию презюмированного факта установленным.

Каждая из вышеназванных точек зрения имеет право на существование, однако, экстраполируя их на особенности регулирования общественных отношений нормами уголовного закона, возникает ряд замечаний.

В частности, первый подход не позволяет объяснить такую презумпцию права, как презумпция невиновности и вытекающие из нее основополагающие принципы и институты уголовного права. Например, принцип вины, где отмечено, что лицо может быть привлечено к уголовной ответственности только за те деяния, в отношении которых установлена его вина. Это также может быть соотнесено с реализацией принципов действия уголовного закона во времени и пространстве (ст. 9–10 УК РФ), вменяемости (ст. 21 УК РФ) и другими основами уголовного права. Реализация таких основ не носит безусловный повторяющийся логический характер и не может быть основана на степени вероятности, а, напротив, является персонифицированной.

Второй подход следует признать более приемлемым при определении роли и значения презумпции в уголовном праве, однако, ставя во главу угла признание свершившегося юридического факта, игнорируется степень его возможной вероятности, что стирает одну из концептуальных особенностей такого средства юридической техники, как презумпция, тем самым размывая грань с фикциями, поэтому презумпция как средство юридической техники в уголовном праве должна представлять собой симбиоз философского и юридического подхода. На этом настаивают и представители современной науки, чью точку зрения автор разделяет.

Полагаем, что презумпция в уголовном праве имеет две неразрывно связанные между собой составляющие. В качестве первой, раскрывающей одну из концептуальных сторон презумпции, выступает ее логическая сторона. Эта часть представляет внутреннее содержание презумпции через закрепление предположения, основанного на определенной степени вероятности, доказанной жизнью и сформировавшимся опытом. В частности, вероятность привлечения лица, совершившего общественно опасное деяние, к уголовной ответственности напрямую зависит от установления его вины (ст. 5 УК РФ «Принцип вины»), что представляет собой особый вид логической деятельности, но при этом не нужно забывать, что установление вины носит сугубо индивидуальный характер, именно поэтому процесс установления вины не может быть абсолютно одинаковым.

Вторая составляющая презумпции закрепляет на нормативном уровне обязанность признавать презюмированный факт установленным. Изучая содержание ст. 5 УК РФ, приходим к выводу, что только при установлении вины субъекта можно получить юридические основания для привлечения его к уголовной ответственности, т. е. правоприменитель признает презюмируемый факт установленным до тех пор, пока не будет доказано обратное.

Презумпция закреплена и в ст. 20 УК РФ, четко определяющей возрастные признаки субъекта. Так, в случае совершения деяния, формально содержащего в себе признаки преступления лицом, не достигшим возраста уголовной ответственности, не влечет за собой возникновение уголовно-правовых отношений.

В развитие такого вида презумпции законодатель в ч. 3 ст. 20, ч. 1 ст. 31 и ч. 1 ст. 28 УК РФ закрепляет еще ряд ее разновидностей. В частности, мы говорим о невменяемости, возрастной невменяемости и казусе.

При этом совершение преступления в состоянии опьянения (ст. 23 УК РФ) не лишает виновного возможности осознавать характер общественной опасности совершаемых им действий, а также возможности руководить ими, что также выступает в качестве презумпции уголовного права.

Встречаются презумпции и при назначении уголовного наказания. Это касается установления верхнего предела санкции, так как законодатель не предусматривает оснований для назначения наказания выше высшего предела. Хотя указанное правило не относится к определению низшего предела, что не может рассматриваться как презумпция.

Говоря о презумпции в уголовном праве, необходимо подчеркнуть, что она не просто регламентирует предположение о наличии или отсутствии какого-либо юридического факта, но и предопределяет уголовно-правовую оценку общественно опасных деяний и в целом установление факта нарушения, установленного в Уголовном кодексе, уголовно-правового запрета, вытекающего из презумпции знания закона. Законодателю в данном случае безразлично, что не все субъекты, кому адресован закон, знают его. Это обусловлено тем, что презумпция знания закона является средством обеспечения правопорядка.

Современный УК РФ содержит значительное число норм, закрепляющих рассматриваемое положение. Так, главы 11 и 12 УК РФ устанавливают условия освобождения от уголовной ответственности и наказания, не предусматривают незнание закона в качестве одного из таких обстоятельств, т. е. рассматриваемая презумпция является общепризнанной, декларативной и универсальной и закон не дает оснований для ее опровержения.

Учитывая разрозненность и разноплановость закрепленных в УК РФ презумпций, в доктрине предпринимаются попытки по их систематизации.

Ю. Г. Зуев и Л. Л. Кругликов, исследовавшие данную проблему, предлагают авторскую систему уголовно-правовых презумпций, включающую

в себя двенадцать самостоятельных разновидностей. С. С. Тихонова относит к ним семь основных видов¹. Разработанные учеными подходы, раскрывающие содержание презумпций в уголовном праве, заслуживают внимания по причине определения и значительной роли в установлении преступности и наказуемости деяний. Единство представленных подходов выражается не только в выявлении однотипных видов презумпций, но и выделении их практически во всех основополагающих институтах Общей части уголовного права.

Предполагая возможность и дальнейшее выделение новых видов уголовно-правовых презумпций, считаем целесообразным создание более унифицированной их системы, дающей возможность оперативно трансформироваться в условиях видоизменяющегося уголовного законодательства.

С учетом значимости и роли презумпций в регулировании уголовно-правовых отношений предлагаем следующую их унифицированную классификацию:

- презумпция знания закона;
- презумпция вменяемости;
- презумпция невиновности;
- презумпция повышения или снижения уровня общественной опасности;
- презумпция отсутствия и утраты общественной опасности.

Предложив авторскую систему, хотелось бы раскрыть и ее специфику. При ее рассмотрении следует согласиться с мнением А. В. Грошева в том, что она включает в себя те идеи и принципы уголовного права, которые создают плацдарм для качественной реализации всего комплекса уголовно-правовых норм.

Вышеизложенное дает нам основание выделить следующие признаки правовых презумпций в области уголовного права.

Во-первых, презумпции в уголовном праве – это вероятное предположение. Например, лицо, совершившее преступление, вероятно, обладает всеми признаками субъекта, однако в зависимости от характера и степени общественной опасности, а также индивидуальных характеристик личности, степень вероятности признания его таковым может быть различной. Уровень вероятности предположений зависит от статистических закономерностей, приближающих к истине, но не гарантирующих безапелляционное достижение желаемого результата.

Во-вторых, презумпция в уголовном праве – это правовое положение, обязывающее законодателя закреплять его в УК РФ в виде самостоятельных нормативных предписаний.

В-третьих, презумпция в уголовном праве закрепляет особые юридические факты, имеющие юридическое значение для возникновения или прекращения уголовно-правовых отношений, влекущих определенные юридические последствия.

¹ См.: Тихонова С. С. Юридическая техника в уголовном праве : курс лекций. Н. Новгород, 2008. С. 122–131.

В-четвертых, презумпция в уголовном праве выступает в качестве юридического предположения и действует до тех пор, пока не установлено обратное.

В-пятых, вышеизложенное дает нам основание для признания презумпций регулятором уголовно-правовых отношений.

Отмеченные нами признаки представляют возможности для выделения значения уголовно-правовых презумпций: они представляют собой основополагающие начала уголовно-правового регулирования; влияют на законотворческий процесс при создании новых и совершенствовании уже существующих институтов и уголовно-правовых запретов; имеют регулятивное значение в области правоприменения и толкования норм уголовного закона.

Таким образом, уголовно-правовые презумпции в той или иной их части присущи всем элементам юридической техники в области уголовного права. Все это позволяет сформулировать дефиницию презумпции в уголовном праве – *это закрепленные в Уголовном кодексе РФ и основанные на вероятностных опровержимых предположениях факты, имеющие юридическое значение для возникновения или прекращения уголовно-правовых отношений и влекущие определенные юридические последствия.*

Правовая фикция в последнее время становится объектом все более пристального внимания, главным образом, в связи с интенсивным разрешением проблем юридической техники. Правовая фикция как прием юридической техники характеризует собой процесс отождествления истинного с неистинным, т. е. объявление несуществующего положения существующим. Данное содержание рассматриваемого приема подтверждается как его языковым толкованием (лат. *fictio* – вымысел, выдумка) – нечто несуществующее, мнимое, ложное, так и его пониманием в научной литературе.

Распространенность использования фикций в праве обусловлена формальной определенностью самого права, поэтому она в целом представляет собой норму права, регулирующую общественные отношения, возникающие в объективной действительности.

При этом особое внимание ученых-исследователей – теоретиков права занимали и продолжают занимать вопросы общеправового и отраслевого понимания юридической фикции, соотношения юридической фикции с иными, сходными с ней правовыми средствами, а также вопросы классификации юридических фикций и особенности действий, отдельных из них.

В теории права под фикцией понимают закрепленное в законодательстве несуществующее положение, признаваемое существующим и поэтому общеобязательным. Фикция выступает в качестве регулятора общественных отношений, используя при этом фиктивный способ, т. е. закрепляет на нормативном уровне несуществующее. Все это служит основанием для выделения следующих признаков правовых фикций:

– правовая фикция регулирует обстоятельства, находящиеся в состоянии невосполнимой неизвестности;

- применение юридической фикции происходит в случае наличия пробела в реальной действительности;
- фикции имеют статически изменчивый, деформирующийся характер;
- правовая фикция неоспорима, т. е. установленное ее правило носит сугубо императивный характер.

Сформулированные положения свидетельствуют о том, что юридическая фикция представляет собой императивный регулятор общественных отношений, главенствующей целью которой является недопущение совершения каких-либо действий или бездействия либо наступления четко определенных последствий.

Учитывая сложность и многогранность такого средства юридической техники, как фикция, необходимо отметить, что они могут быть как общественно полезными, так и общественно вредными. Именно поэтому особое распространение фикции получили в регулировании общественных отношений, направленных на охрану наиболее значимых их разновидностей. Законодатель, зная о вымысленности закрепляемых в законе положений, все же придает им свойства юридического факта. Например, использование при конструировании уголовно-правовых норм таких положений, как «не является преступлением», «считается несудимым», явно об этом свидетельствует.

Фиктивный характер нормативного предписания определяется не формой, а содержанием нормы права. Примером могут служить положения, закрепленные в ст. 14 УК РФ, закрепляющей два очень важных для уголовного права понятия «преступление» и «малозначительное деяние». Фиктивность, т. е. ложность этих норм, определяется наличием предположения о факте или событии, которое не доказано, а лишь предполагается, но его закрепление на нормативном уровне переводит ложность в статус общеобязательности, тем самым создавая такое средство юридической техники, как фикция. В этом вопросе следует согласиться с мнением К. К. Панько в том, что применение этого средства юридической техники обеспечивает стабильность правового регулирования в случаях установления невозполнимой неизвестности².

Сформулированная аргументация позволяет подразделить фикции на три самостоятельные группы.

Во-первых, это фикции, определяющие такие основополагающие категории уголовного права, как «преступление» и «малозначительное деяние». Так, именно общественная опасность и переводит деяние в разряд преступных при наличии вины и запрещенности его уголовным законом, однако это же деяние может быть оценено и полностью противоположно. Условием является отсутствие общественной опасности, т. е. установление такой абстракции, как «общественная опасность», придает деянию преступный либо не преступный характер.

² См.: Панько К. К. Основы законодательной техники в уголовном праве России (теория и законодательная практика) : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2006. С. 40–41.

Используя такую фикцию, законодатель ограничил действие уголовного закона пределами, соответствующими основной идее уголовного закона, а также его принципам.

Например, в плоскости реализации принципов равенства граждан перед законом и принципа справедливости в ст. 18 УК РФ закреплена фикция, определяющая исключение из общего правила учета судимостей при рецидиве. Часть 4 ст. 18 УК РФ в императивной форме закрепляет возрастной ценз, не дающий возможности учитывать судимости, полученные до 18 лет. Такой подход реализован и при имплементации в УК РФ фикций, устанавливающих правила освобождения несовершеннолетних от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности, погашения судимости да и в целом применяемых к ним видов и размеров наказаний (ст. 94–95 УК РФ). В данном вопросе автор констатирует существенную деформацию унифицированных правил, закрепленных в уголовном законе путем отрицания не только реально существующих в юридической действительности фактов, но и самих юридических последствий. Все это вполне оправдано. Гуманизация уголовной политики в области противодействия преступности несовершеннолетних – это вполне верный и социально обусловленный факт³.

Во-вторых, к разновидностям уголовно-правовых фикций следует отнести и институт освобождения от уголовной ответственности, по причине нарушения такой конструкции, как преступление – ответственность – наказание.

При освобождении от ответственности фикция влечет за собой нарушение вышеуказанного триединства, оставляя лишь преступление как основание применения одного из закрепленных в УК РФ института освобождения от уголовной ответственности.

Как средство законодательной техники фикция в рассматриваемом ее виде нацелена как на облегчение деятельности правоохранительных органов, так и всей системы уголовной юстиции.

В-третьих, фикции присутствуют и при определении правил освобождения от наказания. В данном случае законодатель отходит также от неразрывной связи преступление – ответственность – наказание. И в этом случае ее применение опять же нацелено на достижение положительных социально-правовых результатов, в первую очередь направленных на экономию уголовно-правовой репрессии. Это указывает на то, что государство предоставляет виновному заглавить причиненный вред без непосредственного применения к нему уголовного наказания.

Погашение или снятие судимости также является видом уголовно-правовых фикций. Фактически лицо, ранее совершившее преступление, не может быть признано ранее не привлекавшимся к уголовной ответственности. Теория стигматизации – яркий тому пример, однако реализованный в уголовном законе подход дает нам основание сделать

³ См.: Резиньков П. М. Юридическая фикция : теоретико-правовой анализ : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2012. С. 53.

вывод о том, что последствия осуждения не могут сопровождать лицо на протяжении всей его жизни, поэтому современный кодекс включает в себя комплекс механизмов, аннулирующих их (ст. 86 УК РФ).

Полагаем, что вышеизложенное дает нам основание отметить, что еще одним предназначением фикции в уголовном праве служит гармонизация уголовного законодательства и дифференциация уголовной ответственности.

Говоря о фикциях в уголовном праве, следует рассмотреть и вопрос о видах составов преступлений по законодательной конструкции. В частности, наиболее распространенным является материальный состав, предусматривающий для оконченности преступления наступление общественно опасных последствий. Именно они и свидетельствуют, в большей степени, об общественной опасности деяния как главенствующего признака преступления. В целом эту концепцию признает и законодатель, формулируя дополнительные положения уголовного законодательства, основанные именно на материальных составах. Например, понятия прямого и косвенного умысла и др.

Но фикция наблюдается при конструкции формальных составов преступлений, так как в их рамках не требуется наступления общественно опасных последствий, т. е. уголовная ответственность наступает только за деяние, указанное в диспозиции статьи, при этом преступление признается оконченным вне зависимости от возможности наступления последствий. Примером может служить целая система таких преступлений. Например, все деяния, закрепленные в главе 18 УК РФ и посягающие на половую неприкосновенность и половую свободу личности (ст. 131–135 УК РФ), сконструированы по типу формальных составов⁴.

Отдельно хотелось бы отметить и усеченные составы преступлений, являющиеся разновидностью формальных. В их рамках оконченность преступления вообще сведена на стадии приготовления или покушения на преступление, т. е. лишь постановка в опасность общественного отношения, взятого под охрану уголовного закона, не просто признается преступной, но и уже оконченной формой противоправного деяния. Такой подход закреплен, например, в ст. 208 УК РФ «Организация незаконного вооруженного формирования и участие в нем», ст. 209 УК РФ «Бандитизм» и т. д. Пленум Верховного Суда РФ разделяет эту позицию. В частности, п. 7 постановления Пленума Верховного Суда РФ «О судебной практике по делам о бандитизме» соотносит момент окончания преступления с фактом создания банды. Это свидетельствует о том, что за рамками состава остаются не только последствия, но и само общественно опасное деяние.

Завершая рассмотрение фикции как средства юридической техники, отметим, что, во-первых, ее уголовно-правовые разновидности могут рассматриваться как приемы юридической техники в области правотворче-

⁴ См.: *Пронина М. П.* Средства юридической техники в уголовном законодательстве // *Общество и право.* 2017. № 1. С. 58–64.

ства; во-вторых, они выполняют и функции по охране наиболее значимых общественных отношений. Уголовно-правовая фикция – это не только прием создания уголовно-правовых норм, но и юридическое средство регулирования уголовно-правовых отношений. Изложенное дает нам основание констатировать, что уголовно-правовые фикции имеют место на всех стадиях юридической деятельности в области уголовного права (законотворчество, правоприменение, толкование). Такой вывод делается только потому, что распространенность и роль уголовно-правовых фикций значительно возросла, и это повлекло за собой их значительное увеличение, а также повышение роли и значения в правовой сфере. Все это связано с реформацией правового регулирования, появлением в нем принципиально новых областей научно-теоретического знания.

Таким образом, *фикция в уголовном праве – это закрепленный в Уголовном кодексе РФ регулятор общественных отношений, находящийся в состоянии невосполнимой неизвестности, носящий сугубо императивный характер, направленный на гармонизацию уголовного законодательства и дифференциацию уголовной ответственности.*

Кубанский государственный университет, филиал в г. Новороссийске

Грузинская Е. И., кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гуманитарных дисциплин

E-mail: decanat-jf@mail.ru

Нижегородская академия МВД России

Пронина М. П., кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник научно-исследовательского центра Академии управления МВД России

E-mail: press_nnovgorod@mvd.gov.ru

Kuban State University, Novorossiysk Branch

Gruzinskaya E. I., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Head of the Humanities Department

E-mail: decanat-jf@mail.ru

Nizhny Novgorod Academy of the Russian Ministry of Internal Affairs

Pronina M. P., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor, Leading Researcher of the Research Center of the Academy of Russian Ministry of Internal Affairs

E-mail: press_nnovgorod@mvd.gov.ru

УДК 004; 34.5

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ США В СФЕРЕ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ
ИСКУССТВЕННОГО ИНТЕЛЛЕКТА

П. Н. Бирюков

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 17 июля 2019 г.

Аннотация: статья посвящена проблемам развития искусственного интеллекта (ИИ). Анализируются подходы США к ИИ, чтобы понять важность предполагаемых ключевых преимуществ и угроз от принятия ИИ и вытекающих из этого последствий для безопасности и устойчивости инфраструктуры.

Ключевые слова: искусственный интеллект, США, критическая инфраструктура, закон об искусственном интеллекте 2017 г.

Abstract: the article focuses on the US approach to the use of artificial intelligence (hereinafter – AI). The author analyzes the US approaches to AI in order to understand the importance of the alleged key benefits and threats from adopting AI and the ensuing implications for the security and sustainability of the infrastructure.

Key words: artificial intelligence; US; critical infrastructure; the «Fundamentally Understanding the Usability and Realistic Evolution of Artificial Intelligence Act of 2017».

Под «искусственным интеллектом» (далее – ИИ) понимается набор теорий и техник, используемых для создания машин, способных имитировать интеллект¹. Термин был придуман еще в 1956 г., однако сегодня ИИ стал более популярным благодаря увеличению объемов данных, усовершенствованным алгоритмам и улучшениям вычислительной мощности и хранилища. В ранних исследованиях ИИ рассматривались такие темы, как решение проблем и символические методы. В 1960-х гг. Министерство обороны США проявило интерес к этому виду работ и начало подготовку компьютеров для имитации основных человеческих рассуждений. Например, Агентство перспективных исследований в области обороны² (далее – DARPA) в 1970-х гг. завершило проекты картографирования улиц. В 2003 г. DARPA выпустила умных «личных помощников». Эта работа проложила путь для автоматизации, включая системы поддержки

¹ См.: Barr A., Feigenbaum E. A. The Handbook of artificial intelligence. 1981. Vol. 1. P. 15 ; Jackson P. Introduction to Artificial Intelligence. Dover, 1985. P. 6 ; Hutter M. Universal Artificial Intelligence. Berlin: Springer, 2005. P. 7 ; Luger G., Stubblefield W. Artificial Intelligence : Structures and Strategies for Complex Problem Solving. Benjamin/Cummings, 2004. P. 4 ; Neapolitan R., Jiang X. Artificial Intelligence : With an Introduction to Machine Learning. Chapman & Hall/CRC, 2018. P. 7 и др.

² Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA). URL: <https://www.darpa.mil>

принятия решений и интеллектуальные поисковые системы, которые дополняют и расширяют способности человека.

В настоящее время США является признанным лидером в сфере ИИ. Проводятся многочисленные встречи и конференции, разрабатываются многочисленные документы, активно внедряются разработки во все сферы жизни, включая военные цели и космос.

В президентство Трампа Белый дом сделал лидерство США в сфере ИИ своим главным приоритетом. Издаются многочисленные документы на этот счет. Разработан и внесен проект федерального закона об ИИ³. Одновременно стремительно растет финансирование стартапов с ИИ. В 2018 г. венчурные инвесторы в США вложили 9,3 млрд долларов в исследование ИИ⁴. Уже получено около 5000 патентов в сфере ИИ. Данные факты свидетельствуют о том, что США стремится получить приоритет в данной сфере как *de facto*, так и *de jure*.

В каких сферах использования ИИ США хотят получить преимущество?

ИИ как элемент национальной безопасности США

Элементы ИИ используются в обороне с 1970-х гг. Однако этот вопрос требует специального исследования. В связи с этим обратимся к недавним событиям.

В июле 2016 г. Министерство внутренней безопасности США (the Department of Homeland Security) опубликовало обширный доклад «Критическая инфраструктура США до 2025 года: стратегическая оценка рисков»⁵. Управление анализа кибер- и инфраструктуры этого Министерства выявило шесть основных тенденций, которые могут оказать серьезное влияние на критически важную инфраструктуру США. Указанные в докладе факторы могут значительно повлиять на безопасность США и устойчивость основных элементов в течение следующих 10 лет.

В 2017 г. ИИ впервые включен в «Стратегию национальной безопасности США»⁶ в связи с его «ролью в руководстве технологическими инновациями и важнейшим значением в информационном управлении государством, обороной и контролем».

В 2018 г. ИИ был закреплен в Стратегии национальной обороны⁷, где он описан «как одна из технологий, которые изменят характер войны и дадут все более изощренные возможности нашим противникам, включая негосударственных субъектов». Кроме того, автономные системы, которые включают в себя ИИ и машинное обучение, указываются в качестве

³ URL: <https://www.nitrd.gov/pubs/2017supplement/FY2017NITRDSupplement.pdf>

⁴ URL: <https://www.cbinsights.com/research/artificial-intelligence-startup-us-map>

⁵ U.S. Critical Infrastructure 2025: A Strategic Risk Assessment. URL: <https://publicintelligence.net/dhs-ocia-critical-infrastructure-2025>

⁶ URL: https://partner-mco-archive.s3.amazonaws.com/client_files/1513628003.pdf

⁷ URL: <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/pubs/2018-National-Defense-Strategy-Summary.pdf>

одной из основных областей, в которых требуется модернизация ключевых возможностей.

В июле 2018 г. Министерство обороны США создало Объединенный центр ИИ (Joint AI Center) для изучения использования Агентством ИИ. Целями Центра объявлены: улучшение сотрудничества с частным сектором, академическими кругами и военными союзниками; привлечение талантов ИИ и создание этических рамок для ИИ; оказание помощи в стратегии национальной обороны.

7 сентября 2018 г. Министерство обороны США объявило, что в течение следующих пяти лет инвестирует до 2 млрд долларов в развитие ИИ⁸. Это лишь дополнит существующие государственные расходы, которые только в 2017 г. превысили 2 млрд долларов, не считая бюджеты Пентагона и разведки. Существующее финансирование привело к реализации более 20 активных программ в рамках Агентства перспективных исследовательских проектов в области обороны⁹ (DARPA) по изучению различных аспектов использования ИИ.

Такое финансирование последовало за объявлением Комиссии национальной безопасности по искусственному интеллекту (NDAA)¹⁰, которая стала легальной после вступления в августе 2018 г. в силу Закона «Об авторизации национальной обороны на 2019 финансовый год»¹¹. Комиссия оценивает последствия использования ИИ для безопасности США, включая этическую сторону вопроса.

Вместе с тем власти США не ограничиваются документами рекомендательного характера в сфере ИИ. Идет большая правотворческая деятельность как на федеральном уровне, так и на уровне штатов.

Нормотворчество США в сфере ИИ

В декабре 2017 г. в Сенат США был внесен проект закона «Об основополагающем понимании применимости и реалистичной эволюции искусственного интеллекта» (Закон о будущем искусственного интеллекта)¹². В проекте (ст. 2) дается определение ИИ:

«(А) Любые искусственные системы, которые выполняют задачи в изменяющихся и непредсказуемых обстоятельствах, без значительного человеческого контроля, или которые могут извлечь уроки из своего опыта и улучшить свои показатели. Такие системы могут быть разработаны

⁸ URL: https://www.washingtonpost.com/technology/2018/09/07/defense-department-pledges-billions-toward-artificial-intelligence-research/?utm_term=.0f0e8bde2477

⁹ Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA). URL: <http://www.darpa.mil>

¹⁰ National Security Commission on Artificial Intelligence. URL: <https://dig.watch/updates/members-appointed-us-national-security-commission-artificial-intelligence>

¹¹ National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2019. URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5515/text#toc-H6C2FA09C23154F80B0D-293929D5ACFB5>

¹² URL: <https://www.cantwell.senate.gov/imo/media/doc/The%20FUTURE%20of%20AI%20Act%20Introduction%20Text.pdf>

в компьютерном программном обеспечении, физическом оборудовании или в других контекстах, которые еще не рассматриваются. Они могут решать задачи, требующие человеческого восприятия, познания, планирования, обучения, общения или физических действий. В целом, чем более человекоподобна система в контексте своих задач, тем больше можно сказать, что она использует искусственный интеллект.

(В) Системы, которые думают, как люди, такие как когнитивные архитектуры и нейронные сети.

(С) Системы, которые действуют, как люди, такие как системы, которые могут пройти тест Тьюринга или другой сопоставимый тест с помощью обработки естественного языка, представления знаний, автоматического рассуждения и обучения.

(D) Набор методов, включая машинное обучение, которые стремятся приблизиться к некоторой познавательной задаче.

(Е) Системы, которые действуют рационально, такие как интеллектуальные программные агенты и встроенные роботы, которые достигают целей посредством восприятия, планирования, рассуждения, обучения, общения, принятия решений и действий.

Федеральный закон различает «общий» и «узкий» ИИ.

Термин «общий ИИ» (artificial general intelligence) означает концептуальную будущую систему ИИ, которая демонстрирует «интеллектуальное поведение, по крайней мере, такое же продвинутое, как у человека, в диапазоне когнитивного, эмоционального и социального поведения».

«Узкий ИИ» (narrow artificial intelligence) означает систему ИИ, которая предназначена для конкретных областей применения, таких как стратегические игры, языковой перевод, автомобили с автоматическим управлением и распознавание изображений.

По закону предполагается создание Федерального надзорного комитета по развитию и имплементации ИИ при Министерстве торговли США (Federal advisory committee on the development and implementation of artificial intelligence). Комитет вправе принимать как нормативные акты, так и административные меры в отношении использования ИИ.

В компетенцию Комитета входит выработка и дача рекомендаций по развитию общего и узкого ИИ. В числе такого рода вопросов:

- а) конкурентоспособность США, включая поощрение государственных и частных инвестиций в развитие ИИ;
- б) использование ИИ для переподготовки работников;
- в) прогнозирование того, как сетевые приложения ИИ и роботизированные устройства будут вытеснять либо создавать рабочие места, и каким образом можно получить максимальную выгоду от этого;
- г) какие проблемы могут возникнуть и быть устранены при разработке ИИ;
- д) должны ли и если должны, то как этические стандарты включаются в процессы разработки и внедрения ИИ;
- е) как права, связанные с ИИ, влияют либо будут влиять на права и личную жизнь людей;

ж) превышают ли технологические достижения в области искусственного интеллекта правовые нормы, применяемые для защиты потребителей, либо же превосходят их;

з) каким образом следует модернизировать существующие законы, в том числе касающиеся доступа к данным и конфиденциальности, чтобы обеспечить потенциал ИИ;

и) как федеральное правительство использует ИИ для обработки больших или сложных наборов данных;

к) как диалоги и консультации с многосторонними заинтересованными сторонами могут максимизировать потенциал ИИ и дальнейшее развитие IT технологий;

л) как развитие ИИ может рационализировать расходы в различных областях правительственных операций, включая здравоохранение, кибербезопасность, инфраструктуру и восстановление после сбоев.

В марте 2018 г. в Конгресс США был внесен Закон «О Комиссии по национальной безопасности в области искусственного интеллекта»¹³. По данному закону учреждается Комиссия как независимая группа лиц для изучения достижений в области ИИ, а также оценки их воздействия на экономику и безопасность. После анализа состояния ИИ Комиссия представляет рекомендации относительно рабочей силы, конфиденциальности данных и роста использования ИИ.

Имеются разработки в сфере ИИ и на уровне штатов. Так, городской совет Нью-Йорка в 2017 г. принял закон об алгоритмической ответственности, в соответствии с которым была создана целевая группа по мониторингу вопросов ИИ. Изучается, в частности, как городские службы используют компьютерные модели для принятия решений, влияющих на жителей Нью-Йорка.

В августе 2018 г. Сенат штата Калифорния принял резолюцию в поддержку так называемых Асиломарских «Принципов искусственного интеллекта» (Asilomar AI principles¹⁴). Она включает в себя 23 руководящих «принципа безопасного и полезного развития и использования» ИИ. Некоторые из них действительно имеют смысл; другие представляют собой «благорастворение воздухов» (выражение Иоанна Златоуста). Тем не менее внимание к ИИ примечательно в самом продвинутом в компьютерном смысле штате США.

Поощрение внедрения ИИ в бизнесе и социальной сфере

В мае 2018 г. Белый дом провел «Саммит по искусственному интеллекту для американской промышленности», в котором приняли участие ключевые технологические компании. Белый дом выпустил также информационный бюллетень под названием «Искусственный интеллект

¹³ URL: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/5356/actions>

¹⁴ URL: <https://futureoflife.org/ai-principles>

для американского народа»¹⁵, в котором освещались приоритеты администрации Трампа в отношении ИИ.

После этого Белый дом объявил о планах помочь обеспечить компании в США новыми источниками данных, а также создать Комитет по искусственному интеллекту¹⁶, чтобы помочь правительственным учреждениям использовать технологии, а также рассмотреть вопрос о партнерстве с промышленностью и наукой.

В записке Администрации Президента от 31 июля 2018 г.¹⁷ лидерство США в области ИИ (наряду с «информационными науками и стратегическими вычислениями») названо вторым по значимости приоритетом НИОКР после обеспечения безопасности американского народа на 2020 финансовый год.

Президент США отмечает, в частности, положительный эффект внедрения ИИ для бизнеса и общества. В то же время показываются существующие проблемы (этические, безопасность, озабоченность последствиями безработицы и др.) в сфере использования ИИ. Крупные технологические компании (например, Google, Microsoft) имеют значительное и в целом положительное присутствие в области ИИ, тогда как правительство имеет минимальное и часто отрицательное присутствие.

В 2019 г. Трамп объявил о своем намерении сделать США мировым лидером в области ИИ. Он, в частности, заявил: «В максимально возможной степени мы позволим ученым и технологам свободно разрабатывать свои следующие великие изобретения прямо здесь»¹⁸. При этом проблемы потери рабочих мест, влияния иммиграционной политики на технологический сектор, конфиденциальность и воздействия на уязвимые группы почти не обсуждались. Иными словами, плюсы перевесили минусы.

В качестве приоритетов в сфере ИИ для США называются:

- а) финансирование исследований ИИ;
- б) устранение регуляторных барьеров на пути внедрения технологий на базе ИИ;
- в) подготовка будущих специалистов в области ИИ;
- г) достижение стратегического военного преимущества;
- д) использование ИИ для государственных служб;
- е) работа с союзниками в целях содействия НИОКР в области ИИ.

Плюсы и риски от внедрения ИИ, которые видят США

Оценивая ситуацию в целом, правительство США называет следующие ожидаемые выгоды от внедрения ИИ.

¹⁵ URL: <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/artificial-intelligence-american-people>

¹⁶ URL: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/05/Summary-Report-of-White-House-AI-Summit.pdf>

¹⁷ URL: <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/07/M-18-22.pdf>

¹⁸ URL: <https://www.reuters.com/article/us-usa-artificialintelligence/trump-administration-will-allow-ai-to-freely-develop-in-u-s-official-idUSKBN1IB30F>

Во-первых, улучшение операций и качества услуг во всех секторах экономики. Прежде всего, в данной сфере называются: здравоохранение, транспорт, финансовые услуги и управление.

Во-вторых, повышение эффективности бизнеса. Автоматизация задач и предоставление доступа к большому количеству информации, включая возможность обработки данных, позволяет более точно использовать бизнес-аналитику и принимать решения на основе фактических данных.

В-третьих, укрепление безопасности и обороны США и их союзников.

В числе основных рисков от широкого внедрения ИИ и последствия для защиты критической инфраструктуры перечислены следующие.

Во-первых, массовая безработица. По мере того как ИИ интегрируется в каждый сектор экономики, число рабочих мест будет сокращаться, что может привести к социальным волнениям и снижению налоговых поступлений.

Во-вторых, уязвимость конфиденциальности данных. Активное использование ИИ позволит собирать огромный объем личных данных, начиная с веб-трафика и заканчивая данными распознавания лиц и голоса, которые будут уязвимы для взлома. Обеспокоенность общественности по поводу сбора органами власти этих сведений (особенно биометрических) может также привести к негативной реакции на использование ИИ правительством и препятствовать решениям безопасности.

В-третьих, переоценка возможностей ИИ. Усиление конкуренции за вывод продуктов на рынок может привести к тому, что компании упустят возможность встроить надежную защиту в ИИ. Вследствие этого небезопасные продукты могут производиться и предлагаться населению. В частности, продукты ИИ также могут иметь ограничения. Однако, если пользователи не знают об этих ограничениях, они не могут осуществлять надлежащего контроля, что может привести к угрозам безопасности и нарушению обслуживания в случае сбоя программного обеспечения.

В-четвертых, восприимчивость к манипулированию и причинению вреда. Пока что роботам (в широком смысле) не хватает человеческого интеллекта и морали. Вследствие этого они могут самостоятельно принимать вредоносные решения либо ими можно манипулировать. Злоумышленники могут использовать продукты ИИ для запуска кибератак либо физических атак на инфраструктуру. Кроме того, они могут использовать программы с открытым исходным кодом для разработки собственных продуктов ИИ или проникновения в системы ИИ.

Для снижения рисков в сфере ИИ Белый дом рекомендует органам власти США использовать следующие возможности:

1. Использовать растущее внимание к обеспечению безопасности рабочих мест, чтобы обосновывать планирование обеспечения устойчивости между государственным и частным сектором для смягчения массовой безработицы и связанных с ней последствий.

2. Поощрять компании улучшать защиту от внутренних и внешних угроз безопасности и устранять пробелы в конфиденциальности и уязвимости данных в рамках исследований.

3. Формулировать и распространять «Лучшие практики» (Best Practices) в области безопасной интеграции ИИ в различных секторах ИИ, признавая технологические ограничения и необходимость человеческого контроля в области ИИ.

4. Развивать государственное регулирование в сфере обеспечения безопасного использования ИИ.

ИИ и программы «предсказанного правосудия»

В настоящее время появились программы, которые предвидят исход судебных процессов, включая потенциальную компенсацию. «LegalTech» (так обычно обозначаются соответствующие программы в зарубежной литературе¹⁹) предлагает много преимуществ: автоматизация повторяющихся задач для юристов, отвлечение внимания, снижение судебного риска и т. д.

Так, в обиход прочно вошло новое понятие – «предсказанное правосудие»²⁰ (далее – ПП). ПП опирается на ИИ, предоставляя юристам инструменты, позволяющие им сосредоточиться на более сложных задачах²¹.

В то время как традиционное правосудие пытается выполнить свою миссию – в разумные сроки вынести решение по делу, ПП идет дальше. Оно предоставляет алгоритмы для анализа в короткие сроки огромного количества ситуаций, которые позволяют предвидеть исход спора или, по крайней мере, оценить шансы на успех. ПП позволяет: избрать наиболее правильный способ защиты, выбрать наиболее подходящие аргументы; оценить предполагаемую сумму компенсации и т. д.

Таким образом, речь идет не о самом правосудии, а лишь об аналитических инструментах, которые позволили бы прогнозировать будущие решения в спорах, аналогичных тем, которые были проанализированы. Профессор Б. Дондеро в связи с этим подчеркивает, что ПП «это попытка с минимальной неопределенностью предсказать, каким будет ответ юрисдикции X при рассмотрении дела Y».

Проведенные в США исследования показывают, что компьютеры могут лучше справляться с предсказаниями решений Верховного суда США, чем ученые. Несколько других исследований предположили поведение судей с помощью алгоритмов.

¹⁹ См.: *Goodman B., Harder J.* Four areas of legal ripe for disruption by smart startups // *ABA Journal*. 2014. № 12. URL: <https://www.lawtechnologytoday.org/2014/12/smart-startups>; *Keppenne R.* Legal Tech and other smart contracts: what future for legal automation? // *ParisTech Review*. 2016. 23 May; *Reisenwitz C.* 5 legal tech entrepreneurs to watch // *Capterra*. 2016. 3 Feb.; *Henry P., Hofstrossler P.* L'avenir de la profession d'avocats. Report. 2018. 25 feb.

²⁰ Predicting justice – англ., Vorhergesagte Gerechtigkeit – нем., justitia predictiva – исп., la justice prédictive – фр.

²¹ См., например: Predicting justice: what if algorithms entered the courthouse? URL: <http://theconversation.com/predicting-justice-what-if-algorithms-entered-the-courthouse-91692> и др.

Например, в одном из проектов голоса восьми судей за период с 1953 по 2004 г. использовались для прогнозирования голосования в тех же случаях с точностью 83 %²². В статье 2004 г. пытались заглянуть в будущее, используя решения девяти судей, которые были в суде с 1994 г., для прогнозирования результатов дел. Этот метод имел точность в 75 % случаев²³.

Исследования 2010-х гг. опираются на гораздо более богатый набор данных, чтобы предсказать поведение любого набора судей в любое время. Ученые использовали базу данных Верховного суда США²⁴, содержащую информацию по всем рассмотренным судом делам, для построения общего алгоритма для прогнозирования любого голоса в суде в любое время. Разработчики опирались на 16 характеристик каждого голосования, включая справедливость, срок, вопрос и суд происхождения. Исследователи также добавили другие факторы, например были ли услышаны устные аргументы.

Для каждого года по 2015 г. команда создавала статистическую модель машинного обучения, которая рассмотрела все предыдущие годы и обнаружила связи между особенностями случая и результатами решения. Последние включали учет фактов (отменил ли суд решение нижестоящего суда и как проголосовал каждый судья) и других обстоятельств. Затем программа рассмотрела особенности каждого случая для конкретного года и предсказала результаты решения. Наконец, алгоритм получил информацию о результатах, что позволило ему обновить свою стратегию и перейти к следующему году. В период с 1816 по 2015 г. алгоритм правильно предсказывал 70,2 % из 28 000 решений суда и 71,9 % из 240 000 голосований судей²⁵.

Таким образом, в настоящее время ИИ может предсказывать решения Верховного суда США лучше, чем эксперты.

Американские судьи часто используют программы для оценки вероятности повторного совершения подозреваемым преступления. Правда, тут не обходится без риска. Так, гражданин США Э. Лумис в штате Висконсин был приговорен к шести годам тюремного заключения за угон автомобиля²⁶. Прямых улик не хватало, поэтому полиция использовала программу «КОМПАС» (Correctional Offender Management Profiling for

²² См.: *Guimerà R., Sales-Pardo M.* Justice Blocks and Predictability of U.S. Supreme Court Votes. URL: <https://www.journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0027188>

²³ См.: *Theodore W. Ruger, Pauline T. Kim, Andrew D. Martin and Kevin M. Quinn.* The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking // *Columbia Law Review*. Vol. 104, № 4 (May, 2004), P. 1150–1210.

²⁴ URL: <http://www.scdb.wustl.edu>

²⁵ URL: <https://www.journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>

²⁶ *Loomis v. Wisconsin*. URL: <https://www.scotusblog.com/case-files/cases/loomis-v-wisconsin>

Alternative Sanctions – COMPAS). Программа (а вслед за ней и суд) обосновывала свое решение о виновности Э. Лумиса высоким риском рецидива такого рода лиц. Однако сам Э. Лумис с этим не согласился и посчитал, что «справедливого разбирательства» не было, поскольку ему не был предоставлен доступ к алгоритму программы. В свою очередь, прокурор обосновывал использование КОМПАСа «научной обоснованностью теста». Верховный суд США отказал Э. Лумису в выдаче судебного приказа на обжалование приговора суда штата²⁷. Таким образом, осуждение было признано правомерным.

В США на уровне штатов давно используется ПП, в частности программное обеспечение в области уголовного права, а также базы данных для исполнения нормативных актов, классификации документов и пр. К примеру, полицейское управление Лос-Анджелеса приняло систему предиктивно-полицейской деятельности под названием PredPol²⁸. Она использует данные о поведении отдельных лиц и эффективнее направляет усилия полиции по борьбе с преступностью.

Как считают американские авторы, банкиры и юристы могут применить новый алгоритм на практике. Инвесторы могут делать ставки на компании, которые могут извлечь выгоду из вероятного решения. Апеллянты могли решить, следует ли подать дело в Верховный суд, исходя из их шансов на победу. Адвокаты, которые, как правило, утверждают, что это не совсем выгодная цена, по мнению Кац, могут также включить в модель различные переменные, чтобы проложить свой лучший путь к победе в Верховном суде США, в том числе то, какие окружные суды могут принять решение в их пользу, или лучший тип истца по делу.

М. Боммарито, исследователь из Чикагско-Кентского юридического колледжа ссылается на кейс «Национальная федерация независимого бизнеса против Себелиуса»²⁹, в котором был применен закон о доступном медицинском обслуживании: «Одна из вещей, которая сделала это действительно интересным: было ли это дело о свободе слова, налогообложении либо о каких-то проблемах с правами на здоровье?». Алгоритм мог бы помочь истцам решить, какой вопрос выделить в качестве предмета иска. Будущие расширения алгоритма могут включать полный текст устных аргументов или даже экспертных прогнозов.

Как видим, ПП как одна из разновидностей использования ИИ в США активно развивается. Таким образом, в настоящее время правительство США активно поощряет исследования в сфере ИИ, его правового регулирования и использования во всех сферах жизни. Отечественным органам

²⁷ URL: <https://www.supremecourt.gov/docketfiles/16-6387.htm>

²⁸ URL: https://www.washingtonpost.com/local/public-safety/police-are-using-software-to-predict-crime-is-it-a-holy-grail-or-biased-against-minorities/2016/11/17/525a6649-0472-440a-aae1-b283aa8e5de8_story.html?noredirect=on&utm_term=.85b2861fa4ff

²⁹ National Federation of Independent Business v. Sebelius 567 U.S. 519 (2012). URL: <https://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-393c3a2.pdf>

власти и науке необходимо оценить степень успехов США в этой области и определить меры по достижению «юридического паритета» в данной сфере. В противном случае мы будем играть по «зарубежным правилам», которые всегда дискриминационны для России.

Воронежский государственный университет

Бирюков П. Н., доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права, международного права и сравнительного правоведения

E-mail: birukovpn@yandex.ru

Voronezh State University

Biriukov P. N., Doctor of Legal Sciences, Professor, Head of the Theory and History of State and Law, International Law and Comparative Law Department

E-mail: birukovpn@yandex.ru

УДК 341.1/8

**ОБЩЕЕ МИГРАЦИОННОЕ ПРОСТРАНСТВО
ВЕЛИКОБРИТАНИИ И ИРЛАНДИИ:
ФУНКЦИОНИРОВАНИЕ И ПРАВОВАЯ РЕГЛАМЕНТАЦИЯ
В УСЛОВИЯХ ПРЕКРАЩЕНИЯ БРИТАНСКОГО ЧЛЕНСТВА
В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ**

Д. В. Галушко

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 11 апреля 2019 г.

Аннотация: дается характеристика истории создания и развития общего миграционного пространства Великобритании и Ирландии. Рассматриваются основные аспекты регламентации данного механизма в правовых системах двух государств и возникающие в связи с этим проблемы. Анализируются перспективы функционирования общего миграционного пространства в условиях прекращения членства Великобритании в ЕС.

Ключевые слова: общее миграционное пространство, Великобритания, Ирландия, Европейский союз, членство в ЕС, выход из ЕС, Brexit.

Abstract: the paper gives description of history of creation and development of the Common Travel Area of Great Britain and Ireland. Main issues of legal regulation of the mechanism in the legal systems of two states and relevant problems are considered. The author analyzes perspectives of the functioning of the Common Travel Area in conditions of the UK's withdrawal from the European Union.

Key words: Common Travel Area, Great Britain, Ireland, European Union, EU membership, withdrawal from the EU, Brexit.

В настоящее время миграционные процессы оказывают существенное влияние на развитие не только отдельных государств, но и целых регионов¹. Это характерно и для интеграционных процессов в Европе и Евразии². Государства, участвуя в таких процессах, вносят соответствующие изменения в свое национальное законодательство, формируя тем самым однородное правовое поле и обогащая свое внутреннее право международным опытом правового регулирования. Интеграционная нормотворческая деятельность государств способствует также выявлению и восполнению пробелов в национальном законодательстве и в международном праве³.

335

¹ См.: Сазон К. Д. О правовом регулировании вынужденной миграции в условиях формирования единого миграционного пространства союзного государства // Академическая мысль. 2017. № 1. С. 124.

² См.: Гришанова А. Г., Кожевникова Н. И., Красинец Е. С. Трудовая миграция в России и Беларуси на этапе формирования евразийской интеграции // Миграционное право. 2014. № 4. С. 3–6.

³ См.: Воронина Н. А. Внешняя трудовая миграция в условиях евразийской интеграции : правовые аспекты // Труды Института государства и права Российской академии наук. 2017. № 1 (59). С. 95.

Европейские интеграционные процессы в сфере миграции во многом ассоциируются с Шенгенскими соглашениями, однако, кроме данных механизмов, в рамках Европейского союза также существует и функционирует Единое миграционное пространство Великобритании и Ирландии (Common Travel Area), вопросы правовой регламентации которого приобретают особую актуальность в свете процесса прекращения членства Соединенного Королевства в ЕС – Брекзита (Brexit).

С самого момента образования Ирландского Свободного государства в 1922 г. и по настоящее время какой-либо миграционный контроль на границе между Великобританией и Ирландией отсутствовал. Когда британское правительство осознало неминуемость создания независимого Ирландского государства, было принято решение не вводить систему контроля на границе между Великобританией и Ирландией согласно законодательству об иностранцах. Однако предписания Англо-ирландского соглашения 1921 г.⁴ обязали новое государство участвовать в британской системе миграционного контроля. Предусматривалось, что оба государства будут обеспечивать соблюдение норм о миграционном контроле друг друга по отношению к прибывающим иностранным гражданам, а иностранцы, которые перемещаются между двумя государствами, будут подвергаться самым минимальным контрольным мерам⁵.

Кроме международно-правового, миграционное сотрудничество двух государств также нашло свое отражение и на национально-правовом уровне. В марте 1923 г. в британское законодательство было внесено изменение, согласно которому у иностранцев, прибывающих с территории Ирландского Свободного государства, не будут требовать разрешения на въезд⁶. Ирландское Свободное государство рассматривалось Великобританией как ее доминион, поэтому лица, родившиеся на его территории продолжали считаться согласно британскому праву гражданами по праву рождения⁷. В то же время ст. 3 Конституции Ирландского Свободного государства 1922 г. закрепила институт собственного гражданства, возложив на Парламент право определять условия, регламентирующие его приобретение и утрату, что было реализовано принятием Акта об ирландской национальности и гражданстве 1935 г.⁸ Данный закон разграничивал ирландское и британское гражданство. В Ирландском Свободном государстве британское статутное и общее право было отменено, вследствие чего «факты или события», которые привели к учреждению гражданства Ирландского Свободного государства, не должны были давать лицу гражданство какого-либо другого государства (ст. 33 Акта 1935 г.). В свою очередь, ирландский Приказ об иностранцах 1925 г. уста-

⁴ Anglo-Irish Treaty, 1921. URL: <http://treaty.nationalarchives.ie/document-gallery/anglo-irish-treaty-6-december-1921/> (дата обращения: 20.03.2019).

⁵ См.: Ibid.

⁶ Aliens Order 1923 // SR&O. 1923. № 326.

⁷ British Nationality and Status of Aliens Act, 1914. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/4-5/17/enacted> (дата обращения: 20.03.2019).

⁸ Irish Nationality and Citizenship Act, 1935 // Acts of Oireachtas. № 13/1935.

навливал, что у иностранных граждан не будут требовать разрешения на въезд, если они прибыли с территории Великобритании и Северной Ирландии⁹.

Отсутствие миграционного контроля на границе между двумя государствами продолжалось вплоть до Второй мировой войны. Во время войны нейтралитет Ирландии заставил обе страны установить контроль на границе за увеличившимися миграционными потоками как ответ на возникающие в связи с этим вызовы и угрозы¹⁰. Британские власти ввели контроль лиц, перемещающихся между Великобританией и островом Ирландия с сентября 1939 г.¹¹, а британские разрешения на перемещение через границу стали обязательными для путешествий в обе страны с июня 1940 г.¹² Перемещения в военное время из Ирландии в Великобританию были практически запрещены¹³.

В 1948 г. был принят Акт о британской национальности, в соответствии с которым родившиеся в Ирландии переставали являться британскими гражданами¹⁴. Несмотря на это, британское право должно было применяться к гражданам Ирландии так же, как и к гражданам Великобритании, а сама Ирландия продолжала считаться британским доминионом и не рассматривалась в качестве «иностранного государства» согласно секции 32 Акта 1948 г., что позволяло не считать граждан Ирландии «иностранцами».

Особый статус ирландских граждан согласно Акту 1948 г. обеспечивал сохранение их прав на территории Великобритании даже после того, как Ирландия провозгласила республику и разорвала последние нити с Соединенным Королевством и Содружеством наций с принятием Акта о Республике Ирландия 1948 г.¹⁵ Распространение статуса иностранцев на граждан Ирландии и введение миграционного контроля на границе рассматривалось как невозможное, во-первых, из-за возможных неудобств для жителей Северной Ирландии; во-вторых, как отмечалось, это было бы политически неприемлемо в принципе¹⁶. Поэтому секция 2 Акта об Ирландии 1949 г. устанавливала, что «Республика Ирландия не является иностранным государством для целей любого действующего закона в любой части Соединенного Королевства» и «ссылки в любом Акте Парламента, в любом другом принятом нормативном акте или инструменте

⁹ Aliens Order, 1925 // SR&O. 1925. № 2.

¹⁰ См.: *Girvin B., Roberts G.* Ireland and the Second World War: Politics, Society and Remembrance. Dublin: Four Courts Press, 2000. P. 139–140.

¹¹ Passenger Traffic Order, 1939 // SR&O. 1939. №1163.

¹² Passenger Traffic Order, 1940 // SR&O. 1940. №933.

¹³ См.: *Jackson J.* The Irish in Britain. London: Routledge and Kegan Paul, 1963. P. 98–105.

¹⁴ British Nationality Act 1948. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/11-12/56/enacted> (дата обращения: 20.03.2019).

¹⁵ The Republic of Ireland Act, 1948 // Acts of Oireachtas. № 22/1948.

¹⁶ См.: *Bernard R.* The Common Travel Area between Britain and Ireland // *Modern Law Review.* 2001. № 64 (6). P. 852.

любого рода, принятом ли до или после принятия настоящего Акта, в отношении иностранцев, иностранных государств, ... должны истолковываться соответствующим образом»¹⁷.

Правительство Ирландии выразило свое согласие на проведение единой миграционной политики в 1952 г. в форме обмена письмами между полномочными органами двух стран – Департаментом юстиции Ирландии и Министерством внутренних дел Великобритании¹⁸. Договоренности 1952 г., тем не менее, не были обнародованы¹⁹. В связи с достижением соглашения с ирландскими властями, британское правительство упразднило миграционный контроль лиц, направляющихся в Великобританию с острова Ирландия, в апреле 1952 г. путем отмены требования для иностранцев получать соответствующее разрешение на въезд²⁰. Кроме того, с введением данных мер впервые в британском законодательстве был закреплен термин «Общее миграционное пространство» (ОМП) (англ. – *Common Travel Area*)²¹.

ОМП между Великобританией и Ирландией в значительной степени повлияло на статус ирландских граждан в Великобритании и британских граждан в Ирландии и означало отсутствие систематического миграционного контроля между двумя странами. Принимаемые в рамках ОМП меры также обязали оба государства (в особенности Ирландию) соблюдать и применять миграционные правила друг друга. Следует особо отметить, что ОМП продолжало реализовываться, несмотря на конфликт в Северной Ирландии и предложения введения ограничений на передвижения лиц между двумя юрисдикциями²². В последующем ОМП было подтверждено британским законодательством – Актом о миграции 1971 г.²³

Функционирование ОМП Великобритании и Ирландии было также подтверждено правом Европейского союза. Амстердамский договор 1997 г. установил, что Великобритания и Ирландия не входят в Шенгенскую систему открытых границ²⁴. Кроме того, особые отношения между Великобританией и Ирландией в миграционной сфере были закреплены в специальном Протоколе к Амстердамскому договору, который устано-

¹⁷ Ireland Act, 1949. URL: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/41> (дата обращения: 20.03.2019).

¹⁸ См.: *Meehan E.* Free Movement between Ireland and the UK: From the «Common Travel Area» to the Common Travel Area. Dublin: Policy Institute, 2000. P. 26–30.

¹⁹ Immigration Control Cooperation with Britain: Department of Justice Memorandum, 1952 // National Archive of Ireland. S15273A.

²⁰ Aliens Order, 1952 // SI. 1952. № 636.

²¹ Aliens Order, 1953 // SI. 1953. № 1671.

²² См.: *Coakley J., O'Dowd L.* The Transformation of the Irish Border // *Political Geography*. 2007. № 26/8. P. 877–885.

²³ Immigration Act, 1971. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/77> (дата обращения: 20.03.2019).

²⁴ *O'Keefe D., Twomey P.* Legal Issues of the Amsterdam Treaty. Oxford: Hart, 1999. P. 293.

вил, что оба государства могут «продолжать принимать меры между собой, касающиеся передвижения физических лиц между их территориями (общее миграционное пространство)»²⁵. В настоящее время положения, касающиеся ОМП закреплены в Протоколе № 20 «О применении некоторых аспектов статьи 26 Договора о функционировании Европейского союза к Соединенному Королевству и Ирландии» к Договору о функционировании Европейского союза²⁶.

В 2011 г. было подписано Совместное заявление министров двух стран, в котором была изложена совместная программа действий в поддержку обеспечения внешних границ ОМП²⁷. Документ предусматривал меры по укреплению внешней границы ОМП, включая инвестирование в обеспечение пограничных процедур, расширенный обмен данными для информирования об административных решениях в миграционной сфере, согласование визовой политики в отношении граждан стран, не входящих в ЕС.

Несмотря на закрепление ОМП в первичном праве ЕС, надлежащее нормативно-правовое обеспечение его различных аспектов как на международном, так и на внутригосударственном уровне либо недостаточно, либо отсутствует вовсе. В целом ОМП существует как совокупность правовых норм в каждой из соответствующих юрисдикций.

Верховный суд Ирландии в своем решении по делу *Pachero* относится к ОМП как к результату «...несомненного взаимопонимания [между Соединенным Королевством и Ирландией] с целью синхронизации их миграционного законодательства и административной практики для облегчения свободы передвижения между двумя странами для ирландских и британских граждан»²⁸. В решении по делу *Kweder* в отношении ОМП было заявлено: «Суд согласен с тем, что договоренности об ОМП между Ирландией и Соединенным Королевством имеют большую пользу для государства»²⁹. В указанных делах было подтверждено, что функционирование ОМП осуществляется в рамках административных договоренностей между двумя государствами, а не на основе какого-либо единого международного договора. Кроме того, несмотря на то что ирландские суды признавали многочисленные проблемы, связанные с функциони-

²⁵ Protocol on the application of certain aspects of Article 7a of the Treaty establishing the European Community to the United Kingdom and to Ireland. URL: <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf> (дата обращения: 20.03.2019).

²⁶ *McGuinness T., Gower M.* The Common Travel Area, and the Special Status of Irish Citizens in UK Law. URL: <https://researchbriefings.parliament.uk/Research-Briefing/Summary/CBP-7661> (дата обращения: 20.03.2019).

²⁷ Joint Statement regarding cooperation on measures to secure the external Common Travel Area Border, 2011. URL: <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/Joint%20Agreement%20between%20Ireland%20and%20the%20United%20Kingdom%20regarding%20cooperation%20on%20measures%20to%20secure%20the%20external%20Common%20Travel%20Area%20border> (дата обращения: 20.03.2019).

²⁸ *Pachero v Minister for Justice and Equality // Irish Reports.* 2011. IR 698.

²⁹ *Kweder v Minister for Justice // Irish Reports.* 1996. IR 381.

рованием ОМП, было постановлено, что «не существует единой визовой системы, которая разрешает гражданам третьих стран, имеющим такую визу, беспрепятственный доступ к двум юрисдикциям, участвующим в ОМП»³⁰.

Решения судов, касающиеся вопросов ОМП, способствовали развитию национального правотворчества в данной сфере. Так, Акт об иммиграции 2004 г.³¹ был принят Парламентом Ирландии во исполнение решения Высокого суда по делу *Leontjava and Chang v Director of Public Prosecutions*³². По мнению суда, без надлежащего нормативного акта контроль над иммиграционной политикой поставлен под угрозу. В процессе обсуждения законопроекта в Парламенте депутаты отметили, что ОМП остается «серой зоной» законодательства, что создает многочисленные проблемы в его реализации³³.

Тем не менее, как отмечалось самим ирландским правительством, более 70 % перемещений с территории Ирландии осуществляются через Великобританию³⁴. Сохранение и развитие общего миграционного пространства премьер-министр Великобритании Тереза Мэй включила в качестве одного из главных приоритетов в свой план из 12 пунктов для выхода из ЕС³⁵. Правительство Великобритании также неоднократно утверждало, что не будет никаких «жестких» границ с Ирландией и что оно намерено всячески защищать достижения ОМП³⁶.

Относительная гибкость и неформальность ОМП означает, что оно уязвимо для будущих нормативных установлений, с помощью которых будет оформлено прекращение членства Великобритании в Европейском союзе. Так, в опубликованном 19 марта 2018 г. проекте Соглашения о выходе Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии из Европейского союза и Европейского сообщества по атомной энергии, который стал результатом очередного раунда переговоров, проведенных 16–19 марта 2018 г., положения, касающиеся ОМП выделены зеленым цветом, что указывало на то, что они уже согласованы на уровне переговорщиков и могут подлежать только незначительным техническим правкам.

³⁰ *Pachero v Minister for Justice and Equality* // Irish Reports. 2011. IR 698.

³¹ Immigration Act, 2004 // Acts of Oireachtas. № 1/2004.

³² *Leontjava and Chang v Director of Public Prosecutions* // Irish Reports. 2004. IR 591.

³³ Dáil Debates, 2014. Col. 843 (5 June 2014).

³⁴ См.: *Meehan E.* Free Movement Between Ireland and the UK: From the 'Common Travel Area' to the Common Travel Area. Dublin: Trinity College Policy Institute, 2000. P. 56–57.

³⁵ См.: *May T.* The government's negotiating objectives for exiting the EU. URL: <https://www.gov.uk/government/speeches/the-governments-negotiating-objectives-for-exiting-the-eu-pm-speech> (дата обращения: 20.03.2019).

³⁶ UK Government's Position Paper Northern Ireland and Ireland. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/northern-ireland-and-ireland-a-position-paper> (дата обращения: 20.03.2019).

Проект Соглашения содержал специальный Протокол по Ирландии/Северной Ирландии, ст. 2 которого «Общее миграционное пространство» закрепляла, что Соединенное Королевство и Ирландия могут продолжать заключать между собой договоренности о перемещении лиц между их территориями («Общее миграционное пространство») при полном уважении прав физических лиц, предоставленных правом Союза. Также Соединенное Королевство обеспечивает, что общее миграционное пространство и связанные с ним права и привилегии могли продолжать действовать без ущерба для обязательств Ирландии в соответствии с правом Союза, в частности в отношении свободного передвижения для граждан Союза и членов их семей, независимо от их гражданства, в, из и внутри Ирландии.

В новом проекте Соглашения о выходе соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии из Европейского союза и Европейского сообщества по атомной энергии, согласованного на переговорах 14 ноября 2018 г.³⁷, идентичные нормативные положения содержатся в ст. 5 Протокола по Ирландии и Северной Ирландии.

Тем самым предполагается, что ОМП будет продолжать свое функционирование и после выхода Великобритании из Европейского союза. Однако для повышения его эффективности и надлежащего ответа на имеющиеся и возникающие вызовы и угрозы между двумя государствами требуется принятие надлежащих мер нормативного характера, прежде всего международно-правовых, как это было в свое время сделано в рамках Европейского союза в отношении обеспечения функционирования Шенгенской зоны. Это также способствовало бы тому, что многочисленные преимущества от режима ОМП смогут получать не только граждане двух государств, но и граждане третьих стран. Тем не менее, по нашему мнению, Брекзит не будет способствовать такому развитию событий.

³⁷ Draft Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, as agreed at negotiators' level on 14 November 2018. URL: https://ec.europa.eu/commission/publications/draft-agreement-withdrawal-united-kingdom-great-britain-and-northern-ireland-european-union-and-european-atomic-energy-community-agreed-negotiators-level-14-november-2018_en (дата обращения: 20.03.2019).

Воронежский государственный университет

Галушко Д. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права, международного права и сравнительного правоведения

E-mail: galushkodv@gmail.com

Voronezh State University

Galushko D. V., Candidate of Legal Sciences, Associate Professor of the Theory of State and Law, International Law and Comparative Law Department

E-mail: galushkodv@gmail.com

**СОТРУДНИЧЕСТВО ГОСУДАРСТВ С ЦЕЛЬЮ
ПРЕСЕЧЕНИЯ НЕЗАКОННОЙ МИГРАЦИИ НА МОРЕ:
ПРИНУДИТЕЛЬНЫЕ МЕРЫ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОГО ХАРАКТЕРА**

А. П. Глазова

*Национальный исследовательский университет
«Высшая школа экономики»*

Поступила в редакцию 5 февраля 2019 г.

Аннотация: *исследуются существующие нормы международного права, общие и специальные международные договоры, направленные на противодействие незаконной миграции, и уделяется внимание региональной практике борьбы с незаконной миграцией с точки зрения правового опыта различных стран по заключению и применению двухсторонних соглашений и межправительственной кооперации. Ключевым аспектом исследования является анализ особенностей международно-правового регулирования осуществления принудительных мер правоохранительного характера, осуществляемых на борту морских судов с целью противодействия незаконной миграции на море.*

Ключевые слова: *международное право, противодействие незаконной миграции, незаконный ввоз мигрантов.*

Abstract: *in this article author examines the existing norms of international law, general and special international treaties aimed at combating illegal migration, and also a specific emphasis has given to the regional practice of combating illegal migration, considering the legal experience of various countries on the conclusion and application of bilateral agreements and intergovernmental cooperation. A key aspect of the study is the analysis of the peculiarities of the international legal regulation of the implementation of law enforcement measures carried out on board ships to counteract illegal migration to the sea.*

Key words: *international law, countering illegal migration, migrant smuggling.*

Усиление миграционных процессов является неизбежным следствием процессов глобализации и интеграции в современном мире. Как правило, люди покидают страну проживания, поскольку пытаются улучшить свой экономический и социальный статус, однако для многих из них миграция – это единственный способ спастись от последствий вооруженного конфликта в своей стране. В поисках лучшей жизни мигранты вынуждены незаконно пересекать границу своего государства, подвергая себя опасности. Нередко этим пользуются недобросовестные судовладельцы, которые стремятся получить выгоду из сложившейся ситуации¹.

Как отмечают некоторые исследователи, на фоне незаконной миграции растет число преступных организаций, которые превратили незаконную миграцию в «предпринимательскую деятельность», создавая

¹ См.: Schoenhardt A. Organized crime and the business of migrant trafficking: an economic analysis// Crime, Law and Social Change. 1999. 32. P. 204, 206.

централизованные и иерархичные монополистические корпорации, предоставляющие «услуги» по незаконной перевозке мигрантов из Албании и Турции в Италию и Грецию, из Сенегала на испанские Канарские острова и т. д.² Однако обратной стороной деятельности таких преступных организаций становятся многочисленные трагические эпизоды гибели людей, пытающихся пересечь Средиземное море на переполненных рыболовецких судах, которые часто не выдерживают шторм в открытом море.

Более того, массовые перемещения незаконных мигрантов на территорию иностранных государств негативно влияют на систему социального обеспечения государства, а также приводят к росту числа преступлений, совершаемых на их территории. Чаще всего мигранты вовлекаются в незаконную коммерческую деятельность, включая торговлю оружием и наркотиками³.

С целью предотвращения незаконной миграции государства вынуждены предпринимать активные усилия как на внутригосударственном, так и на международном уровне. Однако противодействие незаконной миграции на море является одной из самых сложных задач для государств и их органов власти⁴. Несмотря на то что государства привлекают силы различных силовых структур, укрепляют свои пограничные, таможенные и миграционные службы, совершенствуют законодательную базу, данных мер явно недостаточно для противодействия незаконной миграции. В первую очередь усилия государств должны быть направлены на предотвращение экономической отсталости отдельных стран и прекращение вооруженных конфликтов, которые приводят к массовому оттоку населения. Кроме того, мировому сообществу необходимо решать проблемы международной миграции на основе международного сотрудничества и сбалансированного подхода, поощряющего уважение и защиту прав человека всех мигрантов, отказываясь от мер, которые способны усугубить их уязвимость⁵.

Следует отметить, что ведущая роль в этом процессе принадлежит международному праву. Первостепенное значение для борьбы с нелегальной миграцией в пределах различных морских пространствах имеют Женевская конвенция об открытом море 1958 г., Конвенция ООН по морскому праву 1982 г., Конвенция по облегчению международного морского судоходства 1965 г.⁶. Для содействия сотрудничеству в деле бо-

² См.: *Guilfoyle D.* Shipping interdiction and the Law of the Sea. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. P. 183.

³ См.: *Ромашев Ю. С.* Международное правоохранительное право. М., 2010. С. 180.

⁴ См.: *Ромашев Ю. С., Остроухов Н. В.* Миграция на море : междунар.-правовые и организационные аспекты // *Право : журнал Высшей школы экономики.* 2016. № 1. С. 153.

⁵ Док. ООН, S/RES/2240 (2015), 09.10.2015. С. 2.

⁶ Женевская конвенция об открытом море от 29.04.1958 : офиц. текст // Офиц. сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/pdf/hsea.pdf (дата обращения: 05.11.2018) ; Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 :

лее эффективного предупреждения транснациональной организованной преступности и борьбы с ней в 2000 г. была также принята Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности (далее – Конвенция против транснациональной организованной преступности). Данная Конвенция направлена на предупреждение, расследование и уголовное преследование в отношении лиц, совершивших такие преступления, как участие в организованной преступной группе, отмывание доходов от преступлений, коррупция или воспрепятствование осуществлению правосудия. Конвенция против транснациональной организованной преступности является правовой основой для сотрудничества между национальными правовыми системами против вышеуказанных преступлений. Ее особенностью является то, что данная Конвенция по общему правилу не позволяет осуществление экстерриториальной исполнительной юрисдикции на территории другого государства⁷.

Однако в борьбе с нелегальной миграцией гораздо большее значение имеет Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю, воздуху (далее – Протокол), дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности. Данный Протокол устанавливает ответственность непосредственно за незаконный ввоз мигрантов, под которым понимается «обеспечение, с целью получения, прямо или косвенно, какой-либо финансовой или иной материальной выгоды, незаконного въезда в какое-либо государство-участник любого лица, которое не является его гражданином или не проживает постоянно на его территории»⁸. Кроме того, признается отягчающим обстоятельством такой ввоз мигрантов, который ставит или может поставить под угрозу их жизнь или безопасность и который связан с бесчеловечным или унижающим достоинство обращением, в том числе в целях эксплуатации⁹.

Нельзя не отметить тот факт, что Протокол предусматривает возможность сотрудничества государств для предотвращения и пресечения неза-

официальный текст // Официальный сайт ООН. URL: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf (дата обращения: 05.11.2018) ; Конвенция по облегчению морского судоходства от 09.04.1965. URL: <http://pravo.by/document/index.php?guid=12551&p0=I06500009&p1=&p5=0> (дата обращения: 05.11.2008).

⁷ Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности, принятая 15.11.2000 г. : официальный текст, ст. 4, 15 // Официальный Сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/orgcrime.shtml (дата обращения: 07.11.2018).

⁸ Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, принятый 15.11.2000 : официальный текст, ст. 6 // Официальный сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/protocol2.shtml (дата обращения: 07.11.2018).

⁹ Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, принятый 15.11.2000 : официальный текст, ст. 6 // Официальный сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/protocol2.shtml (дата обращения: 07.11.2018).

конной миграции на море. Если государство – участник Протокола имеет разумные основания подозревать, что судно флага другого государства – участника Протокола занимается незаконным ввозом мигрантов по морю, то данное государство может запросить подтверждения регистрации и впоследствии разрешения на принятие принудительных мер правоохранительного характера в отношении данного судна, включая высадку на судно, его досмотр и принятие других мер принуждения, санкционированных государством флага¹⁰. Однако до того как разрешение будет получено, государству, осуществляющему правоохранительные действия запрещено принимать какие-то меры, кроме тех, которые предусмотрены в международных соглашениях или тех, которые направлены на устранение непосредственной угрозы жизни людей. Исключение составляет только право произвести высадку и досмотр в отношении судна, которое не имеет национальности или может быть приравнено к судну без национальности. В такой ситуации государство – участник Протокола может применять необходимые надлежащие меры согласно соответствующим положениям внутреннего и международного права.

Уместно обратить внимание на то, что в случае, если государство-участник все же осуществляет принудительные меры правоохранительного характера в отношении судна, оно должно обеспечить безопасность лиц на борту и гуманное обращение с ними, не причинять ущерба при осуществлении данных мер, а в случае, если ущерб был причинен, выплатить компенсацию за любые причиненные убытки или ущерб.

Нельзя не отметить тот факт, что положения Протокола относительно сотрудничества государств заимствованы из Конвенции ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г., которая регламентирует механизм предоставления взаимной юридической помощи с целью сбора доказательств и показаний, произведения обысков и арестов, обследования предметов и мест и т. д.¹¹ Статья 17 указанной конвенции более детально регламентирует процедуру применения принудительных мер правоохранительного характера, отмечая, что они должны быть последовательными и включать в себя только такие меры, которые санкционированы государством флага либо соответствующими договорами. Хотя любопытным является тот факт, что согласно Соглашению Совета Европы о незаконных перевозках по морю наркотиков и психотропных веществ, имплементирующее ст. 17 Конвенции ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г., государство, осуществляющее правоох-

¹⁰ Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющий Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности, принятый 15.11.2000 : офиц. текст, ст. 8 // Офиц. сайт ООН. URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/protocol2.shtml (дата обращения: 07.11.2018).

¹¹ Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ от 20.12.1988 : офиц. текст, ст. 7 // Офиц. сайт ООН. URL: https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_ru.pdf (дата обращения: 28.12.2018).

ранительные функции, после получения согласия от государства флага на применение принудительных мер правоохранительного характера, осуществляет данные меры в соответствии с собственным законодательством¹².

Таким образом, сфера применения Протокола против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю, воздуху ограничена. Во-первых, он применяется для предупреждения, расследования и уголовного преследования в связи с преступлениями, признанными таковыми международным договором в том случае, если они носят транснациональный характер и совершены при участии организованной преступной группы¹³. Протокол не предполагает уголовного преследования мигрантов только за то, что они нарушили соответствующие миграционные нормы и незаконно пересекли границу.

Во-вторых, нельзя не отметить, что хотя Протокол и предусматривает возможность сотрудничества государств с целью предупреждения и пресечения перевозки незаконных мигрантов по морю, предлагая целый комплекс принудительных мер правоохранительного характера (высадка на судно, производство его осмотра и т. д.), тем не менее, для осуществления данных мер государство, их осуществляющее, должно получить разрешение государства флага, что, как правило, достаточно затруднительно и требует времени.

Наконец, как отмечает ряд авторов, было бы логично предположить, что более детально механизм осуществления юрисдикции и применения мер принудительного характера в правоохранительных целях будет восполнен в соответствующих двухсторонних соглашениях между государствами, однако, как это ни удивительно, такая практика почти не распространена между государствами, поэтому соответствующие вопросы решаются путем внутренней криминализации, межправительственной кооперации и односторонних действий правоохранительного характера (исключение составляет правовой опыт США, который будет рассмотрен далее)¹⁴.

Наряду с этим необходимо отметить, что несмотря на широкую поддержку Протокола в странах Европы и Америки, значительное число развивающихся стран не являются сторонами Протокола, поскольку он содержит в себе довольно высокие требования относительно финансовых затрат для его осуществления. В частности, такие страны, как Афганистан, Колумбия, Эритрея, Сомали, Южный Судан и Судан, не являются сторонами Протокола, хотя именно эти страны являются странами произ-

¹² Соглашение Совета Европы о незаконных перевозках по морю наркотиков и психотропных веществ, имплементирующее статью 17 Конвенции ООН по борьбе с незаконными перевозками наркотиков и психотропных веществ ETS № 156 (Страсбург, 31 января 1995 г.). URL: <http://base.garant.ru/70276508/> (дата обращения: 28.12.2018).

¹³ См.: Ромашев Ю. С. Международное правоохранительное право. М., 2010. С. 183.

¹⁴ См.: Guilfoyle D. Shipping interdiction and the Law of the Sea. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. P. 187.

хождения значительного числа мигрантов¹⁵. Нельзя сказать, что присоединение к Протоколу большинства государств позволило бы полностью исключить незаконную миграцию, поскольку несмотря на то что Сирия ратифицировала Протокол в 2009 г., это не имело особого практического эффекта с учетом того факта, что в нынешней ситуации большинство сирийских мигрантов незаконно ввозится в соседние страны и дальше¹⁶. Тем не менее увеличение числа участников Протокола положительно сказалось бы на ситуации с незаконной миграцией.

Следует сказать, что еще задолго до появления Протокола государства, сталкивающиеся с проблемами незаконной миграции, испытывали потребность в правовом регулировании применения мер предупреждения и пресечения незаконной миграции на море, однако каждое государство решало данную проблему по-своему. США ратифицировали Протокол в 2005 г., поэтому достаточно долгое время борьба с незаконной миграцией осуществлялась данной страной на основе двухсторонних соглашений. Тем не менее США являются участниками Конвенции об открытом море 1958 г., следовательно, придерживаются принципа исключительной юрисдикции государства флага в открытом море. В то время как капитан судна может дать согласие на высадку и осмотр судна, судовладелец не должен отказываться от исключительной юрисдикции государства флага и давать согласие на осуществление юрисдикции со стороны США¹⁷. Таким образом, осуществление принудительных мер правоохранительного характера со стороны США в открытом море может производиться только после получения на это согласия со стороны государства флага (единственным исключением из этого правила является помощь терпящим бедствие). Однако, как только это согласие получено, береговая охрана США может остановить судно в море, произвести осмотр и при обнаружении незаконных мигрантов предпринять соответствующие меры согласно законодательству США.

Следует отметить, что наибольшее число мигрантов, пытающихся въехать незаконно на перегруженных кораблях в США, являются гражданами Гаити, Кубы, Доминиканской Республики или Китая¹⁸. Феномен массовой нелегальной миграции из Гаити на лодках берет свое начало с 1970-х гг. В 1981 г. между Гаити и США было заключено соглашение, направленное на предотвращение незаконной миграции (*Agreement to Stop Clandestine Migration of Residents of Haiti to the United States*) (далее – Соглашение). Это было одно из первых двухсторонних соглашений такого рода, и оно позволяло США останавливать морские суда, подозреваемые в перевозке незаконных мигрантов, и при подтверждении

¹⁵ См.: *Schloenhard A., Macdonald H.* Barriers to Ratification of the United Nations Protocol Against the Smuggling of Migrants // *Asian Journal of International Law*. 2017. 7(1). P. 24.

¹⁶ См.: *Ibid.*

¹⁷ См.: *Palmer Gary W.* Guarding the coast: alien migrant interdiction operations at sea // *Connecticut Law Review*. 1997. 29. P. 159, 176.

¹⁸ См.: *Ibid.* P. 161.

подозрений депортировать незаконных мигрантов обратно¹⁹. В соглашении также указывалось, что лица, являющиеся беженцами, не должны были высылаться в Гаити. Следует отметить, что данное соглашение эффективно действовало вплоть до кризиса в Гаити в 1991 г., когда в течение шести месяцев после октября 1991 г. береговая охрана перехватила 34 000 незаконных мигрантов из Гаити²⁰. Поэтому США сначала создали временные объекты для размещения перехваченных на море мигрантов на своей военно-морской базе в Гуантанаме, а когда поток мигрантов стал превышать возможности для размещения, заключили дополнительные соглашения с рядом стран о предоставлении убежища мигрантам из Гаити. В 1994 г. Гаити прекратило выполнение Соглашения, поэтому в международных водах США могут осуществлять принудительные меры правоохранительного характера только после получения согласия от государства флага²¹.

Необходимо отметить, что в случае с Доминиканской Республикой вопрос осуществления исполнительной юрисдикции и применения мер принудительного характера решается несколько иначе. В 2003 г. США и Доминиканская Республика подписали Соглашение о сотрудничестве для предотвращения незаконной морской миграции (Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Dominican Republic Concerning Cooperation in Maritime Migration Law Enforcement). Данное Соглашение позволило США осуществлять принудительные меры правоохранительного характера в доминиканских водах, что сразу же резко увеличило число перехваченных незаконных мигрантов²². Нельзя не отметить, что осуществление данных мер связано с некоторыми особенностями. В частности, судовой сопровождающий со стороны Доминиканской Республики, находящийся на судне США, вправе санкционировать осуществление преследования судна, пытающегося скрыться в доминиканских водах и обеспечить осуществление доминиканского права на данном судне²³. Сопровождающий со стороны США имеет те же полномочия. Таким образом, для того чтобы США могли осуществлять принудительные меры правоохранительного характера в доминиканских водах (в частности, высадку на судно, осмотр или даже захват судна), необходимо, чтобы данные меры осуществлялись под контролем судового сопровождающего. Следует отметить, что получение раз-

¹⁹ См.: *Gallagher A., David F.* The International Law of Migrant Smuggling. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. P. 99.

²⁰ См.: *Guilfoyle D.* Shipping interdiction and the Law of the Sea. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. P. 190.

²¹ См.: *Palmer Gary W.* Guarding the coast: alien migrant interdiction operations at sea// Connecticut Law Review. 1997. 29. P. 168.

²² См.: *Dastyari A.* United States Migrant Interdiction and the Detention of Refugees in Guantanamo Bay. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. P. 53.

²³ См.: *Guilfoyle D.* Shipping interdiction and the Law of the Sea. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. P. 196.

решения от Доминиканской Республики на осуществление подобных мер в международных водах не требуется²⁴.

Что касается незаконной миграции кубинских граждан в США через морские пространства, то следует отметить Совместное коммюнике от 9 сентября 1994 г. и Совместное заявление от 2 мая 1995 г. (Cuba-United States: Joint Communiqué [9 September 1994] and Joint Statement on Normalization of Migration, Building on the Agreement of September 9, 1994 [2 May 1995]), согласно которому мигранты, спасенные на море, не будут допускаться к въезду в США и будут отправляться в безопасные районы за пределами США, где два правительства будут организовывать их возвращение на Кубу²⁵. Однако данное соглашение не создает какого-либо дополнительного механизма для регулирования применения принудительных мер для предотвращения незаконной миграции в отношении морских судов под флагом Кубы. Следует отметить, что и последующее Соглашение от 12 января 2017 г. не содержит данного механизма, но устанавливает ряд изменений в миграционной политике США в отношении кубинских мигрантов.

Уместно обратить внимание на практику борьбы с незаконной миграцией в Австралии. Австралия является членом Балийского процесса – регионального форума для развития сотрудничества государств в вопросах преодоления таких явлений, как незаконная миграция, торговля людьми и других связанных с ними преступлений²⁶. Нельзя не отметить, что Австралия вложила довольно много финансовых и политических ресурсов в развитие такого форума, как альтернативная региональная политика в отношении незаконной миграции, что впоследствии позволило данной стране получить положительные результаты. Во многом на создание данного форума повлиял инцидент, произошедший с норвежским судном Тамра в австралийских территориальных водах²⁷. Данное судно следовало своим курсом из Австралии в Сингапур, когда австралийское правительство обратилось к нему с просьбой оказать помощь терпящему бедствие судну, находящемуся в 158 милях от Индонезии. Впоследствии выяснилось, что на терпящем бедствие судне находилось более 400 незаконных мигрантов, в основном из Афганистана. Под давлением спасенных пассажиров капитан направил судно в территориальные воды Австралии, однако австралийское правительство отказалось принимать незаконных мигрантов, и в течение пяти дней судно продолжало находиться в водах Австралии, пока конфликт не был разрешен: спасенных

²⁴ См.: Ibid. P. 196.

²⁵ Cuba-United States: Joint Statement of Normalization of Migration, Building on the Agreement of September 9, 1994 // International Legal Materials. 1996. 35(2). P. 327.

²⁶ См.: Douglas J., Schloenhardt A. Combating Migrant Smuggling with Regional Diplomacy: An Examination of the Bali Process. St Lucia: Research Paper, Migrant Smuggling Working Group, Faculty of Law, University of Queensland. 2012. P. 3.

²⁷ См.: Gallagher A., David F. The International Law of Migrant Smuggling. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. P. 6.

пассажиров перевезли в Науру – островное государство на юге Микронезии²⁸. Данный инцидент поставил перед международным сообществом несколько вопросов, а именно: имела ли право Австралия запрещать проход судну, которое спасло пассажиров, терпящих бедствие; имело ли право судно Тамра перевозить незаконных мигрантов, пусть даже и спасенных после бедствия, в Австралию или же капитан судна должен был доставить их в Индонезию – ближайшее государство от места кораблекрушения; и наконец, хотя в международном праве и существует обязанность «спасать лиц, терпящих бедствие», каким образом должны регулироваться условия для высадки спасенных людей на территории государства и была ли Австралия обязана принять спасенных незаконных мигрантов?²⁹

После данного инцидента австралийское правительство пришло к выводу о необходимости сотрудничества для борьбы с незаконной миграцией с другими странами региона, особенно с Индонезией, которая является транзитным пунктом для незаконно ввозимых в Австралию мигрантов³⁰.

Однако рассмотренный инцидент привел не только к развитию регионального сотрудничества для предотвращения незаконной миграции через морские пространства, но и повлиял на решение Австралии учредить в 2001 г. операцию Relex (впоследствии в 2013 г. Sovereign Borders), согласно которой все незаконно пребывающие в австралийские территориальные воды суда должны быть перехвачены и переданы индонезийской береговой охране³¹. С этой целью судно, перевозящее незаконных мигрантов и находящееся в прилегающей зоне Австралии, должно быть сделано предложение о добровольном возвращении в Индонезию, однако если судно откажется следовать данным указаниям, оно должно быть взято на буксир и возвращено принудительно. Практика таких уведомлений прекратилась после инцидента в 2009 г., когда пассажиры индонезийского судна после получения такого уведомления устроили пожар на судне, который привел к взрыву, в результате пять афганских граждан погибли, а сорок получили ранения³². Следует отметить, что практика применения подобной принудительной меры, как буксировка судна с незаконными мигрантами австралийскими военными кораблями, вызывает множество споров на международном уровне. Дело в том, что практически всегда такие меры сопровождаются агрессией, угрозами соверше-

²⁸ См.: Ibid.

²⁹ См.: *Guilfoyle D.* Shipping interdiction and the Law of the Sea. Cambridge, Cambridge University Press, 2009. P. 202.

³⁰ См.: *Douglas J., Schloenhardt A.* Combating Migrant Smuggling with Regional Diplomacy: An Examination of the Bali Process. St Lucia: Research Paper, Migrant Smuggling Working Group, Faculty of Law, University of Queensland. 2012. P. 5.

³¹ См.: *Schoenhardt A., Craig C.* Turning Back the Boats: Australia's Interdiction of Irregular Migrants at Sea // *International Journal of Refugee Law*. 2015. 27 (4). P. 537.

³² См.: Ibid. P. 546–547.

ния самоубийства, нанесением повреждения судну и поджогом судна со стороны незаконных мигрантов. Не раз возникали ситуации, когда судно, подвергающееся буксировке, начинало тонуть, что требовало оказывать помощь терпящим бедствие³³. Спасенных мигрантов в таком случае доставляют на острова Науру (карликовое государство) и Манус (входит в состав Папуа – Новой Гвинеи), где они должны находиться, пока идет проверка и оформление необходимых документов, хотя в реальности переселение мигрантов с этих островов так и не происходит. Следует также отметить, что между Австралией и Индонезией не существует соглашения, которое регулировало бы возвращение незаконных мигрантов, поэтому буксировка судна с мигрантами, как правило, осуществляется до территориальных вод Индонезии, следовательно, такое «возвращение» не может считаться безопасным. Поскольку Австралия является стороной Конвенции о статусе беженцев 1951 г., а также Конвенции против пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г., следовательно, она должна руководствоваться в своей деятельности принципом *non refoulement* на границы территорий, где жизнь и свобода беженца будет под угрозой, поэтому процедура применения такой принудительной меры, как буксировка судна с целью его возвращения, является весьма дискуссионной и поднимает вопрос о соблюдении Австралией международных обязательств³⁴.

В целях исследования реализации существующих норм международного права на территории различных государств для предотвращения незаконной миграции, а также практики применения принудительных мер правоохранительного характера на море, уместно обратить внимание на практику стран средиземноморского региона, в частности таких, как Италия и Испания. Данные страны являются наиболее привлекательными для незаконных мигрантов, однако они же являются и наиболее опасными, поскольку незаконная миграция в эти страны, как правило, осуществляется через морские пространства³⁵. Италия и Албания, подобно США и Доминиканской Республике, заключили Соглашение о предотвращении некоторых незаконных актов (*Protocol Between Italy and Albania to Prevent Illegal Acts and Render Humanitarian Assistance to those Leaving Albania*, 2 April 1997), в соответствии с которым албанские должностные лица могут находиться на итальянских военных судах, для того чтобы иметь возможность остановить албанское судно в албанских или международных водах. Данное соглашение позволяет также конвоировать в итальянский порт те суда, которые отказались добровольно покинуть итальянские территориальные воды, вследствие

³³ См.: *Schoenhardt A., Craig C. Turning Back the Boats: Australia's Interdiction of Irregular Migrants at Sea // International Journal of Refugee Law. 2015. 27 (4). P. 540–541.*

³⁴ См.: *Ibid. P. 568.*

³⁵ См.: *Monzini P. Sea-Border Crossing: The organization of Irregular Migration to Italy // Mediterranean Politics. 2007. 12 (2). P. 164.*

чего нарушившие нормы права лица могут быть задержаны. Что же касается Испании, то она 16 октября 2007 г. заключила также двухстороннее соглашение с Мавританией о сотрудничестве по вопросам незаконной миграции на море (Memorando de Entendimiento entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Islámica de Mauritania sobre coordinación y colaboración operativas en el marco de la lucha contra la migración clandestina por vía marítima y para el salvamento de vidas humanas en el mar). Помимо этого Испания обратилась в Европейский союз с целью инициировать кампанию морского патрулирования, а также начать сотрудничество с африканскими странами происхождения незаконных мигрантов³⁶.

Таким образом, проблема правового регулирования применения принудительных мер правоохранительного характера на море не теряет своей актуальности. В сфере борьбы с нелегальной миграцией данные меры включают в себя поиск судов правонарушителей, остановку и осмотр судна, при наличии оснований подозревать, что на судне находятся нелегальные мигранты, конвоирование судна или буксировку судна в морской порт соответствующего государства, решение вопроса о дальнейшем размещении нелегальных мигрантов, а также принятие мер по привлечению капитана морского судна и других организаторов перевозки к ответственности.

Следует отметить, что соответствующие меры в данной области ограничены пределами распространения суверенных прав и юрисдикции государств. Именно поэтому с целью недопущения ухудшения отношений между заинтересованными государствами данные меры необходимо осуществлять с учетом правового статуса и режима морских пространств, субъектов правоохранительной деятельности, национальности судна, гражданства незаконных мигрантов.

Тем не менее осложнения в отношениях между государствами – это не единственная проблема, которая может возникнуть при реализации государствами своих прав в борьбе с незаконной миграцией. Одностороннее применение принудительных мер без достаточных на то оснований может подвергнуть опасности жизнь и здоровье людей, которые нередко находятся на плавучих средствах, не соответствующих требованиям безопасности мореплавания. Более того, применение такой меры, как буксировка судна, должно производиться только в том случае, если это не противоречит требованиям безопасности мореплавания. Государства при осуществлении этих мер не должны заведомо оставлять нелегальных мигрантов в опасности, выдворяя их за пределы своей морской территории и не предоставляя им возможности вернуться в государство, из которого они прибыли. В этом случае не последнюю роль могут сыграть соглашения о возвращении незаконных мигрантов, которые должны заключать-

³⁶ См.: *Guilfoyle D. Shipping interdiction and the Law of the Sea*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. P. 217.

ся между страной, осуществляющей правоохранительные действия, и принимающей страной.

Наконец, нельзя не отметить, что в сфере применения принудительных мер правоохранительного характера на море для борьбы с нелегальной миграцией последовательно развивается сотрудничество на двухстороннем, региональном и универсальном уровнях. Следует более активно идти по пути заключения региональных и двухсторонних договоров со странами происхождения незаконных мигрантов, которые в настоящее время не слишком активно участвуют в договорном закреплении своих отношений.

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики»

*Глазова А. П., аспирант
E-mail: angla.1892@mail*

National Research University «Higher School of Economics»

*Glazova A. P., Post-graduate Student
E-mail: angla.1892@mail*

МЕСТНОЕ САМОУПРАВЛЕНИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВОЙ, УПРАВЛЕНЧЕСКОЙ И ПОЛИТИЧЕСКОЙ КУЛЬТУРЫ: НА ПРИМЕРЕ РОССИИ И РЕСПУБЛИКИ СЕВЕРНАЯ МАКЕДОНИЯ

17 сентября 2018 г. на юридическом факультете Воронежского государственного университета с участием зарубежных коллег был проведен круглый стол на тему «Местное самоуправление в контексте правовой, управленческой и политической культуры (на примере России и Республики Северная Македония)». Мероприятие было организовано в рамках действующих Договора и Программы сотрудничества между Воронежским государственным университетом и университетом им. Гоце Делчева (г. Штип, Северная Македония). Участниками круглого стола стали преподаватели юридического факультета университета им. Гоце Делчева и юридического факультета, а также кафедры социологии и политологии ВГУ. В дискуссии приняли также участие студенты юридического факультета ВГУ.

С приветственным словом к участникам круглого стола и всем присутствующим обратился декан юридического факультета ВГУ доктор юридических наук, профессор Ю. Н. Старилов. Он отметил важность для юридического факультета ВГУ сотрудничества с македонским университетом им. Гоце Делчева в научной сфере, а также в сфере образования. Россия исторически всегда стремилась поддерживать дружеские связи с братскими балканскими народами. Участие в совместных научных мероприятиях, обмен преподавателями и студентами непременно будет способствовать развитию народной дипломатии, взаимопониманию и укреплению дружбы между нашими славянскими народами. Ю. Н. Старилов подчеркнул и актуальность темы круглого стола, который имеет статус международного научного мероприятия. Он пожелал успешной работы его участникам и выразил уверенность в том, что компаративистское исследование местного самоуправления через призму политической, правовой и управленческой культуры будет плодотворным и интересным как для теории, так и для практики.

2019. № 3

354

Координатор Договора о сотрудничестве от Воронежского государственного университета и юридического факультета ВГУ, модератор круглого стола доктор юридических наук, профессор Н. В. Бутусова.

Сотрудничество между двумя университетами осуществляется уже четыре года: это обмен научной литературой, участие в организации и проведении международных конференций, обмен преподавателями и студентами. Правда, в ВГУ наиболее активен в этом отношении филологический факультет. Однако и преподаватели юридического факультета в течение времени действия договора принимали участие в международных конференциях, организуемых македонским университетом, но в основном – заочно.

Мне как координатору договора о сотрудничестве дважды довелось принимать непосредственное участие в организации и проведении международных конференций в Штип, организовывать с участием македонских коллег самую первую после заключения Договора международную конференцию в Воронеже на базе юридического факультета с участием преподавателей не только юридического, но и филологического, исторического и иных гуманитарных факультетов. Представители юридического факультета македонского университета второй раз участвуют в совместном научном мероприятии в Воронеже – международном круглом столе по проблеме, актуальной для обеих стран. Это попытка не только активизировать наше сотрудничество, но и сделать очередной шаг в сравнительном исследовании местного самоуправления через призму правовой, политической и управленческой культуры. Сама идея такого сравнительного исследования была предложена координатором Договора от университета им. Гоце Делчева, деканом юридического факультета профессором Йованом Ананиевым в 2017 г. Дважды в г. Штип под руководством декана профессора Й. Ананиева мы обсуждали программу, а также различные аспекты и методологию будущего исследования. Было достигнуто единое понимание того, что это должно быть системное комплексное исследование с позиций правовой и политической науки, социологии и науки управления.

Цель исследования – показать, насколько требования правовой, политической и управленческой культуры реализуются на уровне местного самоуправления в России и Северной Македонии (возможно, и в других Балканских странах). Но особое внимание должно быть уделено реальной возможности граждан, населения муниципальных образований участвовать в осуществлении местного самоуправления, ведь именно в этом состоит смысл самого существования местного самоуправления как низового уровня публичной власти, максимально приближенного к населению. (Кстати, македонскими социологами разработана весьма интересная программа социологического исследования, основной целью которой является выявление отношения как населения, так и органов власти, муниципальных служащих к участию граждан в осуществлении местного самоуправления.)

На примере России можно видеть, что существует серьезное расхождение между нормативным определением местного самоуправления, где акцент делается именно на участии граждан в его осуществлении, и реальной правоприменительной практикой. Так, в соответствии с российской Конституцией (ст. 130): «Местное самоуправление в Российской Федерации обеспечивает самостоятельное решение населением вопросов местного значения, владение, пользование и распоряжение муниципальной собственностью. Местное самоуправление осуществляется гражданами путем референдума, выборов, других форм прямого волеизъявления, через выборные и другие органы местного самоуправления». Но это только нормативная модель отношений. Говоря же о реалиях жизни, сошлюсь на мнение Президента РФ В. В. Путина о том, в какой мере в

действительности реализуются конституционные положения об участии российских граждан в местном самоуправлении. Еще в 2000 г. в своем первом Послании Федеральному Собранию Президент признал, что у нас местное самоуправление «слишком часто ... на мэрах начинается и на них же заканчивается». Изменилось ли что-то в этом отношении сегодня в лучшую сторону, почти через два десятка лет? Увы, едва ли.

Местное самоуправление в России после принятия Конституции в декабре 1993 г. находится в состоянии перманентного реформирования. В 90-е годы прошлого века только ленивый не критиковал положение ст. 12 Конституции РФ о том, что «органы местного самоуправления не входят в систему органов государственной власти», хотя демократическая направленность этого положения очевидна: закрепить прежде всего организационную самостоятельность местного самоуправления от органов государственной власти, которые не вправе отдавать команды органам местного самоуправления, участвовать в их формировании и деятельности по решению вопросов местного значения. В последнее время на официальном уровне вновь появляются критические высказывания по поводу этого положения Конституции, хотя сегодня на практике от организационной самостоятельности местного самоуправления уже фактически мало что осталось.

Другой наиболее обсуждаемой проблемой всегда была финансово-экономическая самостоятельность местного самоуправления. В 90-е гг. на всех заседаниях, конференциях, посвященных местному самоуправлению, как заклинание, повторялось, что у нас нет финансово-экономической самостоятельности местного самоуправления, и что она жизненно необходима для развития этого уровня публичной власти. Понятно, что такая самостоятельность требовала соответствующих изменений налоговой и бюджетной систем, но этого, по-видимому, российская властвующая элита не желала и не собирается делать, поэтому данная проблема до сих пор не решена.

Хотелось бы обратить внимание на некоторые существенные объективные различия в формировании и осуществлении местного самоуправления в России по сравнению с Республикой Северная Македония. Понятно, Россия – это огромная территория, тогда как территория Северной Македонии сопоставима с территорией отдельных субъектов Российской Федерации. В России существует федеративная форма государственного устройства, Северная Македония – унитарное государство. После принятия ныне действующей Конституции РФ на федеральном уровне были приняты два закона с одинаковым названием «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» – первый в 1995 г., а второй, действующий в настоящее время, в 2003 г. Главная причина их принятия – поиск оптимальной модели разграничения полномочий в области местного самоуправления между федеральным центром, субъектами Федерации и местным самоуправлением.

Закон 1995 г. в разработке которого мне довелось принимать участие, предоставлял широкие полномочия в области местного самоуправления

субъектам Российской Федерации. Они, в частности, разрабатывали свое законодательство в данной области. Конечно, это позволяло учитывать особенности различных муниципальных образований, применять различные модели местного самоуправления. Однако органы власти субъектов РФ вскоре после принятия закона стали нарушать права местного самоуправления, и эта проблема приобрела системный характер.

Данное обстоятельство стало главной причиной принятия действующего Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ, в котором была изменена концепция развития местного самоуправления. Этот закон весьма подробно, даже детально урегулировал общественные отношения в сфере местного самоуправления, существенно ограничил полномочия в этой сфере субъектов Федерации. Свои законы в этой области субъекты могли принимать лишь в исключительных, указанных в федеральном законе, случаях. Конечно, такая ситуация не способствовала развитию местного самоуправления с учетом особенностей регионов (например, в Республике Саха (Якутия), есть муниципальные образования с малой плотностью населения, но их территория больше территории некоторых европейских государств), поэтому требовалась корректировка сложившейся ситуации.

С 2014 г. начинается новый этап муниципальной реформы в России, характеризующийся закреплением в упомянутом федеральном законе широких полномочий органов государственной власти субъектов Федерации, которые, по единодушному мнению специалистов в области местного самоуправления, к сожалению, не способствовали развитию местного самоуправления, в частности активному вовлечению граждан в его осуществление. В первую очередь речь идет о том, что федеральный законодатель предоставил субъектам Федерации право принимать законы, в которых предусматривалась возможность перераспределения полномочий между органами местного самоуправления и органами государственной власти субъектов Российской Федерации. Органы местного самоуправления передавали значительную часть своих полномочий по вопросам местного значения органам государственной власти субъектов. Согласно другим нововведениям, в законах субъектов Федерации они могут закреплять процедуры ликвидации низового, непосредственно приближенного к населению, уровня муниципальных образований – городских и сельских поселений, которые объединяются и включаются в городские и муниципальные округа, утрачивая при этом статус муниципальных образований, т. е. фактически обозначен переход на одноуровневую систему муниципальных образований в России. Все эти направления реформирования отражали, к сожалению, усиление тенденции односторонней централизации публичной власти в России и не способствовали вовлечению населения в осуществление местного самоуправления.

В плане нашего сравнительного исследования было бы чрезвычайно интересно узнать о правовом регулировании местного самоуправления

в Республике Северная Македония, в связи с чем предоставляем слово нашим македонским коллегам.

Доцент университета им. Гоце Делчева (г. Штип) Мария Амповска.

Прежде всего нужно выделить два этапа в процессе децентрализации в Республике Северная Македония.

Первый этап – период с момента принятия Конституции Республики Македонии (с 2019 г. – Северной Македонии) – с 1991 г. до принятия закона о местном самоуправлении в 2002 г. Хотя Конституция Республики Македонии 1991 г. содержит ряд норм, на основе которых закрепляются требования к уставу муниципальных образований, компетенция органов местного самоуправления и гарантии финансовой самостоятельности местного самоуправления, а также статус города Скопье как отдельного муниципального образования, законом о местном самоуправлении 1995 г. не были урегулированы все вопросы, связанные с его осуществлением.

Принятию действующего закона о местном самоуправлении 2002 г. предшествовали принятые в течение всего этого периода стратегические документы: Стратегия реформирования местного самоуправления 1999 г. и Охридское рамочное соглашение 2001 г., которые вместе с конституционными поправками, вытекающими из этого соглашения, определяли систему местного самоуправления в соответствии с Европейской хартией местного самоуправления, принятой Советом Европы в 1985 г., которая была ратифицирована Парламентом Республики Македонии в 1997 г.

Второй этап – период с момента принятия закона о местном самоуправлении в 2002 г. до настоящего времени. Принятый в январе 2002 г. Парламентом Республики Македония закон о местном самоуправлении является правовой основой для создания новой системы местного самоуправления в Северной Македонии. В соответствии с положениями Охридского рамочного соглашения, пересмотр границ муниципальных образований был осуществлена в соответствии с законом о территориальной организации местного самоуправления и законом о городе Скопье.

В целях создания адекватной системы финансирования, которая позволит местным органам власти выполнять свои обязанности, в сентябре 2004 г. был принят закон о финансировании муниципальных образований. Для завершения формирования правовой основы местного самоуправления в Северной Македонии были приняты следующие законы: о межмуниципальном сотрудничестве; о сбалансированном региональном развитии; о государственной инспекции по местному самоуправлению. Кроме того, были внесены изменения в более чем пятьдесят законов, непосредственно связанных с компетенцией субъектов местного самоуправления. Тем самым была создана нормативная основа не только для развития местного самоуправления, но и для децентрализации власти в стране в целом.

Следует выделить ряд проблем в осуществлении местного самоуправления в Республике Северной Македонии. В течение многих лет по-

сле передачи компетенций и ресурсов с центрального на местный уровень развитие потенциала местного самоуправления в целях осуществления децентрализованных компетенций субъектами местного самоуправления в соответствии со ст. 22 закона о местном самоуправлении по-прежнему остается одним из ключевых вызовов реформы системы местного самоуправления и процесса децентрализации в Республике Македонии.

Факторами, которые влияют на эту ситуацию, являются монотипическая (т. е. единообразная) форма муниципалитетов, дублирование компетенций муниципалитетами, отношения между муниципалитетами в городе Скопье и городом Скопье, кадровые и технические возможности субъектов местного самоуправления, отсутствие значительной финансовой автономии субъектов местного самоуправления, координация деятельности основных субъектов в процессе децентрализации и недостаточное использование альтернативных способов осуществления децентрализованных компетенций.

Анализируя современные процессы децентрализации в соответствии с их оценкой в официальных Ежегодных отчетах о развитии Республики Северная Македония, следует отметить постоянное указание на ряд проблем: неравенство между муниципалитетами (в частности различия в предоставлении услуг), проблема задолженностей в муниципалитетах, необходимость укрепления финансовой стабильности, а также необходимость более эффективного использования муниципалитетами административных возможностей. В связи с этим особенно отмечается, что государственные органы центрального уровня, в частности Министерство местного самоуправления и Министерство финансов, должны более активно участвовать в процессе и принимать конкретные меры по ускорению децентрализации. Юристы-теоретики и исследователи проблем осуществления функциональной децентрализации констатируют: с позиций оптимального правового регулирования (*de lege ferenda*) существуют большие различия между законодательным регулированием, содержанием программ децентрализации (*de lege lata*) и реальной практикой. Именно фактическая ситуация указывает на то, что в будущем необходимо предпринять конкретные решительные шаги и меры для последовательного решения выявленных проблем.

Доцент юридического факультета Университета им. Гоце Делчева (г. Штип) Кристина Мишева.

Самостоятельность субъектов местного самоуправления неразрывно связана с их финансовой независимостью. Это подразумевает наличие прав и полномочий органов местного самоуправления в отношении общих доходов и расходов, хотя фискальная децентрализация ограничивается только областью полномочий в отношении местных доходов. Для осуществления фискальной децентрализации и обеспечения ее действенности и эффективности необходимо, чтобы в государстве существовала до известной степени политическая, территориальная и административная децентрализация, что предполагает широкий спектр системных решений для регулирования отношений между центральными властями

и органами местного самоуправления, а также передачу полномочий по предоставлению услуг с центрального на местный уровень. Правовое регулирование финансовой автономии и моделирование фискальной децентрализации являются очень чувствительной областью. Начало фискальной децентрализации в Республике Северная Македония после приобретения ею независимости связано с ратификацией Европейской хартии местного самоуправления Совета Европы. Согласно ст. 9 Хартии, государствам, подписавшим ее, дается относительно широкая свобода действий и свобода выбора в отношении источников финансирования и степени фискальной автономии. В Республике Северная Македония реализовано большинство положений действующего законодательства: закона о местном самоуправлении и закона о финансировании субъектов местного самоуправления в области фискальной децентрализации, которая началась в 2005 г. и проводилась в несколько этапов.

Согласно Конституции Республики Северная Македония, македонскому законодательству и подзаконным актам, фискальная децентрализация на практике основывается на трех основных столпах: передача компетенций для предоставления публичных услуг с центрального на местный уровень; передача органам местного самоуправления права формировать доходы из собственных источников с целью финансирования предоставляемых ими услуг; создание системы фискальных трансфертов из центрального бюджета для бюджетов субъектов местного самоуправления.

Закон о финансировании субъектов местного самоуправления в Македонии детально регулирует вопросы финансирования субъектов местного самоуправления, в том числе финансирование города Скопье. Статья 3 закона о финансировании субъектов местного самоуправления предусматривает следующие источники финансирования муниципальных образований (субъектов местного самоуправления).

1. *Собственные доходы* (местные налоги, сборы, доходы от собственности, доходы от пожертвований, доходы от штрафов, доходы от разовых взносов и другие доходы, определенные законом). В соответствии с законодательством местными налогами являются: налоги на имущество (налог на имущество, налог на оборот недвижимости, налог на наследство и дарение). В соответствии с действующим законом о налогах на имущество определение и взимание налогов на имущество осуществляется муниципальной администрацией, администрацией муниципалитетов в городе Скопье и администрацией города Скопье. Ставки налога пропорциональны, а сумма ставок по каждому типу налога определяется муниципальным советом, его решениями.

Помимо налога на имущество, другими значительными видами муниципальных доходов являются местные налоги и сборы (административные, коммунальные и другие виды сборов, определенные законом). Например, плата за землю, плата за строительство или здание, плата за строение дороги и улицы, плата за использование дороги, плата за эксплуатацию природных минеральных ресурсов, плата за территориаль-

ные и городские планы и другие местные выплаты, определенные законом. Кроме того, доходы от собственности (доходы от аренды, процентные доходы и другие источники). Денежные поступления от пожертвований также представляют собой доход муниципалитета, цель и использование которого согласовываются между донором и мэром. В целях удовлетворения конкретных потребностей граждан муниципального образования, муниципальный совет – исключительно путем референдума – может ввести оплату добровольного взноса.

2. *Дотации из бюджета* Республики Северная Македония и из бюджетов фондов (НДС дотация, целевая дотация, блок-дотация, капитальная дотация, дотация на делегированную компетенцию) обеспечивают дополнительные доходы в муниципальный бюджет для финансирования полномочий органов местного самоуправления.

3. *Займы и кредиты* как от государства, так и от банков и других финансовых учреждений страны и из-за рубежа).

Таким образом, децентрализация власти и укрепление общественных функций местного самоуправления невозможны без финансовой децентрализации и укрепления ее финансовой самостоятельности по отношению к государству, в связи с чем местное самоуправление должно иметь собственные источники доходов. Однако несмотря на реформы правовой системы Республики Северная Македония и принятые в последние годы законы в области финансирования местного самоуправления, исследования показали, что Северная Македония еще серьезно отстает от большинства стран с переходной экономикой, поскольку местное самоуправление здесь все еще находится в относительной финансовой зависимости от центральной власти.

Модератор Н. В. Бутусова (далее – модератор): Таким образом, в Республике Северная Македония проблема финансовой самостоятельности местного самоуправления в основном решена, но существует *относительная* финансовая зависимость местного самоуправления от центральной власти. На этом фоне было бы интересно посмотреть, как обстоит дело в данной сфере в Российской Федерации.

Профессор кафедры финансового права юридического факультета ВГУ А. Г. Пауль.

Говоря о *финансовых основах самостоятельности местного самоуправления в Российской Федерации*, необходимо подчеркнуть, что Конституция РФ гарантирует самостоятельность местного самоуправления (ст. 12). Одной из гарантий такой самостоятельности является наличие местных бюджетов, за счет которых финансируется решение вопросов местного значения.

Бюджетное и налоговое законодательство России признает муниципальные образования в качестве субъектов соответствующих правовых подотраслей. Бюджетный кодекс РФ закрепляет принципы самостоятельности бюджетов и необходимость распределения доходов и расходов между бюджетами бюджетной системы. Однако муниципальные образо-

вания обладают узкими полномочиями по формированию доходной части своих бюджетов.

Налоговый кодекс РФ фактически полностью самостоятельно устанавливает местные налоги и сборы. Муниципальные образования могут лишь определить их ставки в пределах, обозначенных в Налоговом кодексе РФ, а также определить порядок и сроки уплаты, налоговые льготы и особенности налоговой базы. Одновременно к местным налогам отнесены лишь два имущественных налога – налог на имущество физических лиц и земельный налог, которые не способны обеспечить функционирование местных бюджетов.

В рамках Бюджетного кодекса РФ осуществляется распределение доходов между бюджетами, в том числе местными. Существуют два способа распределения доходов между бюджетами:

- 1) метод процентных отчислений;
- 2) метод межбюджетных трансфертов.

Метод процентных отчислений является наиболее предпочтительным для получающего бюджета. При получении доходов в качестве процентного отчисления муниципальное образование не обязано соблюдать какие-либо дополнительные обязанности или выполнять дополнительные требования. Доходы поступают в местный бюджет в этом случае, минуя другие бюджеты. Однако, как свидетельствует статистика, например, в 2017 г. в общем объеме поступивших доходов местных бюджетов на налоговые пришлось около 29,2 %, неналоговые – 7,0 %. Доля безвозмездных поступлений, в том числе межбюджетных трансфертов из бюджетов других уровней, составила 63,8 %¹.

Межбюджетные трансферты позволяют сбалансировать местные бюджеты, однако этот метод распределения доходов является менее стабильным, поскольку суммы трансфертов утверждаются ежегодно. Кроме того, бюджетное законодательство предусматривает некоторые условия предоставления межбюджетных трансфертов, которые в определенной мере ограничивают самостоятельность местного самоуправления.

Проблема недостаточности местных налоговых и неналоговых доходов, предоставленных местным бюджетам, существует в течение последних 10–20 лет. Одной из основных проблем финансового законодательства и законодательства о местном самоуправлении является несоответствие собственных доходных источников расходным обязательствам муниципальных образований. Однако до настоящего времени способы решения этой проблемы не найдены.

В связи с этим можно заключить, что провозглашенная в Конституции РФ самостоятельность муниципальных образований далеко не в полной мере обеспечивается финансовыми источниками.

Модератор: Таким образом, проблема обеспечения финансовой самостоятельности местного самоуправления в России стоит гораздо острее,

¹ Муниципальные бюджеты – 2017. Ключевые цифры. URL: <http://bujet.ru/article/338832.php>

чем в Республике Северная Македония, и, пожалуй, в этом отношении было бы полезно изучить положительный македонский опыт. По-видимому, эффективность местного самоуправления, а также возможность активного участия населения в его осуществлении в значительной степени зависят от многих факторов, в частности, от того, оптимально ли определяется статус органов местного самоуправления в частноправовых и публичных отношениях.

**Доцент кафедры гражданского права и процесса ВГУ
Т. Н. Сафронова.**

Остановлюсь на проблемных вопросах правового положения органа местного самоуправления с позиций соотношения публичных функций и частноправового регулирования статуса юридических лиц. В российской действительности наряду с юридическими лицами, созданными в порядке, предусмотренном гражданским законодательством, существует немало конструкций, не вполне отвечающих признакам юридического лица, закрепленным в ГК РФ. К их числу относятся различные подразделения Министерства обороны, государственные фонды, органы государственной власти и местного самоуправления. Основная функция таких организаций заключается не столько в участии в гражданском обороте, сколько в осуществлении определенных властных полномочий от лица публично-правовых образований, а отчасти в управлении самим гражданским оборотом. Российское законодательство на различных уровнях правовой регламентации (в одних случаях на уровне законодательных актов, в других – в подзаконных нормативных актах, определяющих статус подобных организаций) требует наделения перечисленных выше органов и организаций правами юридического лица.

«Родиной» конструкции «юридическое лицо» выступает Гражданский кодекс РФ, именно он содержит исчерпывающий перечень организационно-правовых форм юридических лиц. Поэтому подходящую правовую форму, скажем, для государственного органа или органа местного самоуправления приходится искать именно в гражданском законодательстве. Прием, на наш взгляд, заведомо неудачный, поскольку модели юридических лиц, создаваемые для гражданского оборота, с трудом подходят к конструкциям, имеющим публично-правовую природу. Некоторым выходом из ситуации могло бы стать внедрение в отечественное законодательство категории «юридическое лицо публичного права», известной ряду правопорядков, например германскому праву; недавно данная категория юридических лиц закреплена в законодательстве Украины.

Для юридических лиц такого типа нет необходимости подбирать гражданско-правовую конструкцию, поскольку они создаются в порядке, предусмотренном специальным законом. Применительно к их созданию речь идет не о нормативно-явочном способе, требующем дальнейшей регистрации юридического лица, а скорее о распорядительном механизме выражения воли учредителя. При отсутствии модели юридических лиц публичного права выбор из организационно-правовых форм, подходя-

щих органам местного самоуправления, не столь велик. Очевидно, это должна быть некоммерческая организация, не имеющая членства. Соответственно приходится останавливаться на учреждении как моноформе, созданной одним лицом (в нашем случае самим муниципальным образованием) и не являющейся собственником имущества.

Из всех учреждений Федеральный закон от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» предложил для органа местного самоуправления наименее свободный с распорядительной точки зрения тип учреждения – казенное учреждение (ч. 2 ст. 41). Обратим внимание на негативные последствия обозначенных нами подходов российского законодателя к статусу органа местного самоуправления. Российское законодательство в ультимативной форме связывает статус любого юридического лица с моментом его государственной регистрации (ст. 51 ГК РФ). С точки зрения этого требования даже муниципальным органам приходится проходить государственную регистрацию для включения в Единый государственный реестр юридических лиц. Но такое внесение в реестр органов местного самоуправления наряду с коммерческими и некоммерческими организациями, созданными по нормам гражданского законодательства, выглядит довольно непоследовательно. Требования к перечню документов, необходимых для регистрации обычного юридического лица и органа местного самоуправления, не могут быть едиными. Скажем, устав юридического лица, будучи его учредительным документом, существенно отличается от устава как локального акта муниципального образования, имеет с ним разную природу. Последний относится исключительно к области публичного права и определяет статус не органа местного управления, а самого муниципального образования.

С точки зрения Гражданского кодекса РФ казенное учреждение является усеченной моделью юридического лица с ограниченными распорядительными возможностями. Для совершения сделок с любым имуществом, независимо от источника его получения, казенному учреждению требуется согласие собственника (п. 4 ст. 298 ГК РФ). В то же время сам орган местного самоуправления, действуя от имени собственника – муниципального образования, дает согласие муниципальным учреждениям и предприятиям на совершение сделок. Ограниченная конструкция казенного учреждения не позволяет органу местного самоуправления полноценно выполнять функции по владению, пользованию и распоряжению муниципальным имуществом, эффективно осуществлять полномочия, связанные с имущественным оборотом. Это способно оказать негативное влияние на имущественные правоотношения, в которые муниципальные образования в силу своего правового положения вступают с гражданами, различными юридическими лицами.

Использование законодательством модели казенного учреждения для определения статуса органа местного самоуправления целенаправленно позволяет избежать возложения на муниципальное образование

полной имущественной ответственности по его обязательствам перед другими субъектами права, более того, ограничить размер ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов местного самоуправления гражданам. При совершении незаконного действия органом местного самоуправления субъектом ответственности, безусловно, является само муниципальное образование, поскольку орган или должностное лицо выступает лишь от его имени. Однако ответственность по обязательствам муниципального образования предполагает в действующей модели возложение ее на орган в пределах выделенных ему средств муниципального бюджета. Органы местного самоуправления в соответствии со ст. 6 Бюджетного кодекса РФ выступают главными распорядителями бюджетных средств. Таким образом, снимается вопрос об обращении взыскания на имущество муниципального образования помимо тех денежных средств, которые закреплены за учреждением согласно нормам бюджетного законодательства.

Таким образом, наделение органа местного самоуправления статусом юридического лица во многом лишает правосубъектности само муниципальное образование. Никаких иных способов вступать в отношения с другими лицами, кроме как через свои органы, у муниципального образования нет. Наделяя органы местного самоуправления статусом юридического лица, законодатель дает возможность органу действовать от своего имени, подменяя тем самым само муниципальное образование. Ведь одним из признаков юридического лица, согласно ст. 48 ГК РФ, является возможность выступать в гражданском обороте и суде от своего имени. Благодаря этому роль муниципального образования как субъекта права в имущественных отношениях подменяется участием в обороте органа местного управления как усеченного юридического лица с ограниченными материальными ресурсами.

Согласно нормам гражданского законодательства, участником регулируемых им отношений выступает непосредственно муниципальное образование. Органы местного самоуправления действуют от имени муниципального образования и не имеют собственных интересов для участия в гражданском обороте. В связи с этим неудачным представляется нашедший отражение в ряде нормативных актов подход, направленный на наделение органов местного самоуправления статусом юридического лица.

Модератор: Безусловно, системное, комплексное исследование местного самоуправления предполагает изучение практической деятельности органов местного самоуправления в самых различных сферах. И здесь невозможно переоценить значение социологических исследований. В современный период в связи с развитием цифровых технологий актуализируются проблема формирования информационного пространства муниципальных образований и ее профессиональный социологический анализ. *Процессу формирования информационного пространства и информационной культуры современных крупных городов как фактору*

развития местного самоуправления посвящено исследование Д. В. Щегловой.

Доцент кафедры социологии и политологии Д. В. Щеглова.

Исследователи выявляют прямую зависимость степени развития гражданской культуры от плотности и открытости коммуникации, так как именно коммуникационная среда порождает возможность коллективного действия. Современные образцы социальной активности включают в себя поведение в информационном / виртуальном пространстве, которое может стать не только площадкой коммерческой и межличностной коммуникации, но и ресурсом для проведения общественных экспертиз социально значимых программ по развитию города, что означает реальный, доступный и понятный по процедуре гражданский контроль за их реализацией.

Создание информационного пространства для активных граждан предполагает достаточно разностороннюю деятельность: по повышению цифровой грамотности населения, по работе над мотивацией участия граждан в коммуникации с общественными организациями и с органами муниципальной власти, информатизации самого муниципального управления, налаживанию коммуникаций с медиапространством.

Качественное информационное пространство способствует поддержке некоммерческих организаций, в том числе социально ориентированных, помогает взаимодействию со СМИ, делает открытой и прозрачной деятельность муниципальной власти, что позитивно влияет на процесс вовлечения населения, прежде всего молодежи, в городские информационные коммуникации.

Городское сообщество Воронежа имеет серьезный потенциал для того, чтобы осуществлять эффективную коммуникацию. В городе налажена практика сетевого взаимодействия в рамках городских гражданских инициатив, процесс информатизации и выстраивания информационного пространства города идет очень активно. Растущее количество информации о политике и деятельности органов власти города призвано перейти в качество политического участия, гражданского самоуправления и контроля.

Значимыми для развития городского округа город Воронеж видятся механизмы реализации цели развития общественных институтов через улучшение информационно-коммуникационного городского пространства. Это способствует поддержанию потенциала человеческого капитала и повышению легитимности муниципальной власти. Важными агентами формирования информационного городского пространства становятся группы в социальных сетях (ProВоронеж, Downtown Воронеж, Типичный Воронеж), которыми обзавелись все новостные каналы, агентства, СМИ. В связи с этим вопрос об активности городских властей в области привлечения граждан к управлению через такие информационные платформы стоит как никогда актуально. Пока что (по результатам анализа посещаемости электронных СМИ города за 2017 г.) создается впечатление, что электронные СМИ гораздо более активны в создании информационного

пространства города, чем городские власти (Блокнот-Воронеж, 360n.ru, МОЁ-Воронеж и иные сайты городских печатных СМИ и др.)

Прослеживается прямая взаимосвязь между интерактивностью сайтов и имиджем органов муниципальной власти, которым эти сайты принадлежат: чем больше проявляется интерактивности, тем выше репутация. Повышение интерактивности муниципальных сайтов, формирование информационной среды и виртуального пространства повышают доверие к муниципальной власти: открытость информации, приложения создадут ситуацию, когда гражданин будет чувствовать, что он контролирует городскую среду, включен в коммуникацию по основным вопросам.

Можно предложить ряд стратегических действий в области формирования информационного пространства города Воронежа:

1. Создание информационной платформы для муниципального финансирования (гражданский бюджет). Это приведет к повышению эффективности бюджетных расходов, увеличению участия граждан в бюджетном процессе на местном уровне и вовлечению жителей в соуправление и со-планирование развития города. Последнее также означает расширение участия населения в определении приоритетов расходования бюджетных средств муниципальных образований.

2. Формирование виртуального городского пространства – приложений, отражающих жизнь города, позволяющих жителям и гостям Воронежа оценивать достопримечательности, комментировать проекты и предложения городских властей по благоустройству города и голосовать «за» или «против» этих предложений. Это включает разработку для портала активного гражданина («Цифровой Воронеж») приложений, связанных с городским пространством (с возможностью оценки городского пространства и степени удовлетворенности граждан деятельностью органов местного самоуправления); это позволит привлечь и гостей города. Необходимо расширение функций и сфер ответственности Центра информатизации при администрации города (администрирование портала, обновление, анализ и обработка данных и т. п.), в частности для разработки веб-интерфейса.

Было бы, на наш взгляд, весьма полезным создание домовых сайтов/форумов при поддержке фирм-застройщиков. Комфортная среда, муниципальный вайфай будут способствовать выработке оптимальной стратегии работы при сохраняющихся низких доходах (экономия на средствах связи, своевременное получение информации и т. д.), что в свою очередь будет способствовать снижению социальной напряженности.

3. Привлеченные администрацией города ресурсы IT фирм по созданию удобных информационных пространств следовало бы направить на формирование проектов, связанных с органами муниципальной власти, внутри/рядом с которыми можно организовать новые пространства городской информационной среды (бесплатные точки доступа в Интернет, места отдыха, доступ к приложениям «госуслуги» и приложениям, посвященным городу Воронежу и т. п.).

Модератор: Разумеется, местное самоуправление изучалось и изучается как в России, так и в других странах в многообразных аспектах (мне это хорошо известно и по собственному опыту участия в международных конференциях и конгрессах за рубежом как представителю России в Исследовательском комитете по местной политике и местному самоуправлению Международной Ассоциации политической науки – консультативного органа ЮНЕСКО – с 1994 по 2003 г.).

Стремление проанализировать проблемные вопросы развития местного самоуправления и, прежде всего, возможности населения, граждан России и Северной Македонии, в нем активно участвовать, в контексте правовой, политической, управленческой культуры – задача амбициозная, чрезвычайно сложная и новаторская. Но это именно такой подход, который в максимальной степени позволяет придать научную обоснованность нашим выводам и предложениям, с позиций различных наук обосновать практическую и теоретическую ценность избранного нами аспекта исследования.

Сложность задачи в том, что существует множество подходов к изучению культуры вообще, и правовой, политической и управленческой культуры в частности. Отсюда и десятки определений культуры и упомянутых ее видов, что представляется вполне закономерным: по-видимому, одна дефиниция столь многогранного феномена, как «культура управления», не может включать в себя все его стороны и элементы: «определений может быть много, как много сторон в предмете» (Гегель, «Наука логики»). Как известно, теоретические или концептуальные определения, которые, как правило, даются в словарях и малопригодны при проведении практических исследований и измерений. В практических исследованиях применяются так называемые операционные или рабочие определения, которые отражают сущностные стороны какого-либо явления (или процесса), но формулируются с учетом определенных целей и аспектов исследования. Многообразным подходам к определению политической культуры в зарубежной политической науке посвящено выступление О. А. Сиденко.

Доцент кафедры социологии и политологии ВГУ О. А. Сиденко.

Культура – это, действительно, многогранный феномен, однако львиную долю внимания исследователи уделяют смыслам, ценностям и ориентациям. Трудно не согласиться с Терри Иглтоном в том, что «культура – в большей степени то, ради чего мы живем». Особенно это касается политической культуры.

В исследовательской традиции можно выделить несколько ключевых интерпретаций политической культуры. Субъективистская интерпретация предполагает рассмотрение политической культуры прежде всего как совокупности индивидуальных позиций, ориентаций, убеждений, мнений (Г. Алмонд, Л. Пай). В рамках объективистской интерпретации политическая культура на уровне политической системы представит как объективированная реальность (Д. Пол, Е. Вятр, Э. Я. Баталов). Взгляд с позиций семантики предполагает рассмотрение политической

культуры в качестве совокупности значений, воплощенных в символических формах (К. Гиртц). Подчеркивается, что ее формирование происходит адаптивно, постоянная адаптация и модификация отношений с властью и по поводу нее расставляет акценты в системе предпочтений. Социологический фокус предполагает восприятие политической культуры как части духовной культуры общества, характеризующейся значительной инерционностью. Указывается на то, что динамика на уровне системы проявляется в гораздо меньшей степени, чем на уровне значимости отдельных структурообразующих связей. Тем не менее сдвиги происходят. В частности, в современных обществах и в восприятии политической культуры наблюдается смещение в сторону так называемых постматериальных ценностей (ценностей признания, самовыражения и самоутверждения, творческого использования своих навыков и др.), что в свою очередь вызывает:

- падение уважения к власти и политическим авторитетам;
- актуализацию проблемно-ориентированного политического участия, стремление к самовыражению;
- фокусировку политических конфликтов вокруг проблем культуры и качества жизни;
- нисходящий тренд доверия к традиционным политическим институтам (партиям, СМИ и др.) и т. д. (Р. Инглхарт).

Особый интерес представляет предложенная Джеффри Голдфарбом социологическая модель политической культуры, в которой этот феномен рассматривается как погруженный в социальный контекст ассоциаций и сетей, а его понимание увязывается с тремя измерениями власти. Первое – власть принуждения и его легитимация (М. Вебер). Второе – власть дискурса в разных режимах истины (М. Фуко). Третье – власть, проистекающая из способности людей действовать сообща (Х. Арентд).

Со вторым измерением власти тесно связан концепт культуры власти, выражающей себя как дискурсивные стратегии, с помощью которых политические акторы занимают позиции, дающие доступ к различным формам капитала (М. Урбан). Фокусирование на элитах в данном случае неизбежно, при этом не следует забывать о том, что власть – это скорее кумулятивный эффект, сложный набор скоординированных социальных действий и связей, посредством которых создаются новые ресурсы и возможности. Без активного вовлечения отдельных граждан и сообществ элиты обречены на бессилие.

Последовательная и полноценная обратная связь между элитой, принимающей политические решения, и общественностью, простыми гражданами, участвующими в сердцевине политического процесса – процессе выработки, принятия и реализации политических решений, – несомненно, способствует формированию политической культуры общества в целом (Р. Формисано). Хотя и здесь необходимо согласиться с С. М. Липсетом: культурными факторами, связанными с особенностями исторического развития, крайне сложно манипулировать, но можно существенно расширить окно возможностей, изменяя условия, институции

и технологии, и таким образом способствовать формированию культуры политического участия. Вовлечение населения муниципальных образований, локальных сообществ в решение проблем местного самоуправления и развития территории, в свою очередь может стать катализатором трансформации таких культурных комплексов, как культура принятия решений, культура коммуникации и культура разрешения конфликтов.

Модератор: В свете сказанного о подходах к определению политической культуры, по-видимому, есть основания для определения политической культуры (или уровня политической культуры) того или иного государства, гражданского общества и политической элиты как определенного качества политических отношений, характеризующихся степенью реальной вовлеченности и участия граждан, населения, народа как политической общности в управлении делами государства и в осуществлении местного самоуправления. По аналогии, подобный подход вполне применим и к определению управленческой культуры.

Профессор Н. В. Бутусова.

Обращаясь к определению «культуры управления» в научной литературе, неизбежно приходится повторяться: здесь так же, как и в связи с формулированием общего понятия культуры, мы встречаем многообразие дефиниций, которые нередко представляют собой перечисление различных сторон, элементов культуры управления. Концептуальное осмысление культуры социального управления в научной литературе учитывает многогранность, сложность этого явления, а также то, что на формирование управленческой культуры конкретного общества и государства значительное влияние оказывают национальные, региональные и исторические особенности страны, в том числе господствующие в конкретном обществе ценности.

Следует признать продуктивным определение *культуры управления* как *качественной характеристики управленческого труда*, так как оно фиксирует единство управления и культуры. Но рассуждая о качестве управленческой деятельности, необходимо определить объективные *показатели качества управления*. По-видимому, это, в первую очередь, его эффективность: получение максимального результата при минимуме управленческих усилий и ресурсов.

В современный период важнейшим условием успешного, эффективного функционирования и развития любого общества, государства и человеческой цивилизации в целом является повышение роли науки в процессе управления и особенно в принятии стратегических управленческих решений. Только научно обоснованное государственное управление (как и управление в иных социальных системах) может быть названо «культурным». Наука, изучающая всю гамму многообразных сторон и проявлений управленческой деятельности (в том числе ее объективные закономерности, сущность, структуру, динамику, управленческую этику, эстетику, психологию, собственно феномен культуры управления), называется *наукой (теорией) социального управления*. В связи с этим есть все основания определить культуру управления как последовательную

реализацию требований науки (теории) управления на практике. Сами же эти требования (положения и выводы науки управления) фактически выступают как концентрированное выражение культуры управления.

Отмечая комплексный характер культуры управления, следует подчеркнуть особую важность выполнения требований науки управления на практике, получивших отражение в принципах (закономерностях) управления, представляющих собой выявленные наукой управления существенные повторяющиеся причинно-следственные связи между отдельными элементами системы социального управления, которые обуславливают степень ее целостности, а следовательно, эффективность воздействия субъекта управления на объект управления. *Принципы (объективные закономерности) управления*, в том числе в публичной сфере, выражают сущностные стороны управленческой деятельности, определяют условия ее оптимального осуществления и предостерегают от серьезных ошибок при реализации этой деятельности. Таким образом, именно они и позволяют понять сущностные стороны культуры управления.

В теории управления выделяется система объективных закономерностей (законов) социального управления, которые формулируют представители различных научных направлений и школ.

Одной из наиболее известных закономерностей управления, имеющих важное практическое значения для успешного осуществления управления в обществе, является *кибернетическая закономерность (или принцип) обратных связей*. Игнорирование указанной закономерности приводит к серьезным сбоям в функционировании системы управления и даже к ее разрушению. Печальными подтверждениями правильности этого вывода могут служить целые этапы современной истории России – (периоды застоя, перестройки, рыночных реформ), а также похожие процессы в других государствах, в частности на постсоветском пространстве.

Суть *закономерности самовозрастания бюрократизма* органов публичной власти сводится к тому, что бюрократизм возрастает прямо пропорционально росту закрытости и времени существования этих структур. Поэтому обеспечение «прозрачности» в деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, непосредственное привлечение широких слоев граждан к участию в публичном управлении на всех уровнях (но особенно на уровне местного самоуправления) – наиболее действенные средства борьбы с бюрократическими и коррупционными проявлениями.

Первый и третий законы, открытые английским ученым С. Паркинсоном («Законы Паркинсона»), направлены на предотвращение постоянного ежегодного роста численности управленцев и усложнения внутренней организации управляющих подсистем (субъектов управления): постоянный рост численности управленцев приводит к самовозрастанию их сложности, как следствие этого, – к неэффективному функционированию социальных систем и даже может привести к их гибели.

Основным средством нейтрализации упомянутых закономерностей, наряду с постоянной кадровой работой: повышением уровня компетен-

ции управленческого персонала и сокращением его численности, является последовательное внедрение в деятельность органов государственной власти и местного самоуправления демократических начал, все более широкое привлечение к управлению широких слоев гражданского общества, передача ряда государственных функций общественным формированиям.

С точки зрения содержания *объективной закономерности оптимального сочетания централизации и децентрализации* вызывает серьезные опасения тенденция к централизации государственной власти в России вопреки данной закономерности, а нередко осуществляемая вопреки Конституции Российской Федерации, что проявляется, прежде всего, в построении «исполнительной вертикали», не всегда согласующейся с конституционными принципами федерализма и местного самоуправления.

Очевидно, что это не соответствует и закономерности обеспечения общей заинтересованности (согласования интересов), которая исходит из необходимости обеспечения в политике и практической деятельности государства наиболее полного совпадения интересов общества, государства, личности, субъектов Федерации, местного самоуправления.

Существующая ситуация также противоречит *объективной закономерности организации управленческой деятельности*, в соответствии с которой эффективность управления зависит от четкости разграничения и сбалансированности прав и обязанностей, ответственности на всех уровнях власти и управления.

Названные объективные закономерности управления неразрывно связаны с *объективной закономерностью обязательного привлечения широких народных масс к управлению*, последовательная реализация которой обеспечивает и оптимальное сочетание централизации и децентрализации и согласование интересов личности и государства, баланс прав, обязанностей, ответственности на всех уровнях власти и управления.

В соответствии с данной закономерностью эффективность функционирования любой социальной системы (будь то государство, общество или отдельная организация, предприятие и др.) во многом определяется степенью массовости участия различных слоев населения в управлении. В частности, как свидетельствует опыт демократических стран, реальный контроль со стороны гражданского общества за деятельностью государства способен противодействовать коррупции, влиять на процессы принятия политических, управленческих решений с точки зрения более последовательного отражения в них интересов народа.

Закономерность максимально широкого привлечения граждан к управлению, получившая конституционное закрепление как принцип суверенитета народа, отражает объективную потребность в реальном народовластии как важной гарантии реализации прав человека и условия эффективного управления обществом и государством. На наш взгляд, именно это составляет сердцевину, квинтэссенцию феномена «культура управления», и, следовательно, развивая и укрепляя гарантии суверени-

тета народа, мы повышаем и культуру управления. Безусловно, в первую очередь это относится к местному самоуправлению как демократическому институту, необходимым условием реального функционирования которого является активное участие населения в осуществлении этой формы народовластия: в противном случае неизбежно происходит деформация местного самоуправления, превращение его в бюрократические организации, не всегда озабоченные проблемами развития соответствующих территорий и интересами населения муниципальных образований.

Модератор: По-видимому, дальнейшее исследование предполагает не только углубление представлений об управленческой, политической и правовой культуре. Важно увидеть взаимосвязи подходов и методов изучения местного самоуправления с позиций соответствующих наук в обозначенном аспекте, что позволит провести системный комплексный анализ практических проблем активного привлечения населения к осуществлению местного самоуправления в России и Республике Северная Македония.

УДК 342.5

**ГОСУДАРСТВО СОЗИДАЮЩЕЕ:
ПЕРЕОСМЫСЛЕНИЕ СЛОЖИВШИХСЯ ПОЗИЦИЙ
И ТОЧЕК ЗРЕНИЯ НА НОВОЙ МЕТОДОЛОГИЧЕСКОЙ ОСНОВЕ**

(Рец. на кн.: Тонков Е. Е. Государство созидающее
как вектор развития современной России : монография. –
М. : Юрлитинформ, 2019. – 392 с.)

Ю. Н. Старилов, О. С. Рогачева

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 31 августа 2019 г.

Проблема моделирования государства созидающего – это вызов времени, с которым приходится считаться, осуществлять поиск адекватных средств государственно-правового реагирования. В монографии Е. Е. Тонкова представлена авторская позиция о необходимости создания юридической модели государства созидающего. Приведены доводы, что при претворении в жизнь государственной политики в таком государстве взаимодействуют базовые правовые ценности в совокупности с реализацией ожиданий граждан, составляющие органическую основу поддержания режима порядка и равновесия.

Как осуществляется правовое регулирование в государстве созидающем (с. 12)? Какие юридические формы деятельности существуют в государстве созидающем (с. 31)? Каковы перспективы совершенствования правотворческой формы деятельности государства созидающего (с. 67)? Какие существуют методологические основания возникновения и развития правоуправленческой формы государственной деятельности (с. 112)? Что является содержанием конвергенции правоохранительной и правозащитной деятельности в государстве созидающем (с. 191)? Каковы перспективы развития контрольно-надзорной формы государственной деятельности (с. 328)? Эти и многие другие вопросы, возникшие у автора рецензируемой монографии, позволили ему сначала «очертить» проблему, а затем предпринять попытку осмысления государства созидающего, классификации форм его юридической деятельности и тщательного их рассмотрения. Результатом исследовательского внимания и усилий автора стала добротная книга, содержащая полное научное представление о рассматриваемой категории.

Монография Е. Е. Тонкова – объемный научный труд. В связи с этим отзыв о книге вряд ли может включить мнение по всем исследуемым в ней вопросам, поскольку непросто решить такую глобальную задачу в небольшой по объему рецензии. Вместе с тем в число разрешимых задач рецензента и в его обязанности входит необходимость хотя бы краткого рассмотрения структуры монографии. Рецензируемая книга содержит

2019. № 3

374

пять глав, в которых сконцентрирован общий критический настрой исследователя по обсуждаемым вопросам и предстоящая работа по разрешению поставленных задач.

Научный труд Е. Е. Тонкова представляет собой крупное, основательное и результативное исследование современной теории государства созидающего. Как ученый-юрист Е. Е. Тонков предпринимает попытку исследования проблемы с критических позиций. Публикация этой книги стала заметным событием в юридической науке, а ее содержание будет оказывать значительное влияние на характер дискуссий по исследуемой проблеме.

Начиная свое повествование, автор справедливо задается вопросом о смысле государства созидающего, его философском камне. Е. Е. Тонков последовательно отвечает на этот вопрос, приводя доводы о том, что «в государстве созидающем одной из важнейших задач ближайшего будущего является адаптация политической, социально-экономической и правовой систем к новой ситуации, определяемой цифровизацией»; основным принципом государства созидающего является «уважение к закону» (с. 6); «в созидающем государстве решающее значение имеет переосмысление правовых подходов к взаимоотношениям государства и личности, гражданина и права» (с. 7).

Подвергая конструктивной критике существующий процесс правового регулирования в государстве созидающем, автор анализирует предпосылки его совершенствования, при этом подчеркивает, что цифровизация экономики «инициирует параллельное развитие процесса политико-правовой модернизации» (с. 14).

В модели государства созидающего автор выделяет такие компоненты, как поведенческий, структурно-нормативный, функционально-инструментальный, интеллектуально-идеологический (с. 20–21). В государстве созидающем право должно быть авторитетно, законы уважаемы, новая правовая реальность уже не может существовать «вне практики правовой коммуникации, обеспечиваемой с помощью юридических форм государственной деятельности (с. 26)».

Далее, формулируя авторские положения, приводя классификацию юридических форм деятельности государства созидающего, Е. Е. Тонков последовательно, находя те или иные изъяны как в простых рассуждениях, так и в глубоких итоговых утверждениях многочисленных авторов относительно категории «юридические формы деятельности государства», предлагает авторское видение юридических форм деятельности государства. По его мнению, деятельность по осуществлению своих функций государством созидающим осуществляется в следующих формах – «правотворческой, правоуправленческой, правоохранительной и контрольно-надзорной» (с. 38). Далее подчеркивается важный признак юридической деятельности – «процессуализация, то есть нормативно-регламентированная система последовательно осуществляемых субъектами права в установленных процессуальных формах действий, операций и способов» (с. 51).

Во второй главе монографии рассматривается правотворческий процесс в государстве созидающем (с. 67–75), итогом которого должно быть повышение качества правовых решений. Автор рассматривает принципы законотворческой деятельности государства созидающего: законности, социальной обусловленности принимаемых решений, приоритетности прав и свобод человека и гражданина, федерализма, демократизма, гласности, сбалансированности средств и ресурсов для достижения целей, согласованности с международными стандартами правового регулирования (с. 83–85). Этим автор не ограничивается, а выделяет специфические принципы, такие как научная обоснованность, системность, стабильность и т. д.

Следует согласиться с мнением автора, что бурное развитие законодательства ведет к девальвации понятия отрасли права, к формированию значительного числа комплексных отраслей российского права, что отрицательно сказывается на правоприменении.

Третья глава монографии посвящена правоуправленческой форме деятельности государства созидающего. Авторский замысел направлен на изучение методологических оснований возникновения и развития правоуправленческой формы с опорой на работы Г. В. Атаманчука, В. Г. Афанасьева, В. М. Баранова, Д. Н. Бахраха, Н. В. Витрука, А. В. Малько и др.

Автор приходит к выводу, что осуществляемые государством созидающим властью и управление необходимо рассматривать как правовые явления, т. е. обусловленные правом и законом (с. 119). Вполне логично дальше рассматривать правоуправленческую форму как властеотношение, поскольку она тесно связана и реализуется с помощью власти. Размышляя на эту тему, Е. Е. Тонков приходит к выводу, что правоуправленческая форма государства созидающего развивается при осуществлении функций государства по оказанию населению государственных услуг в различных сферах (с. 153), основываясь на взаимном доверии государства и общества. По справедливому замечанию автора, государству созидающему мешает коррупция, которая рассматривается как атрибутивный признак государственной власти (с. 169–190). При этом возможно предположить, что такие выводы тоже способны вызвать, с одной стороны, «критические отклики», а с другой – «единодушную поддержку».

Рассматривая конвергенцию правоохранительной и правозащитной деятельности, в четвертой главе монографии Е. Е. Тонков тонко отметил, что в государстве созидающем – это «...властный оперативный и правоприменительный процесс охраны правопорядка, реальной защиты и восстановления нарушенных прав и свобод человека и гражданина...» (с. 203), при этом «правозащитная функция государства созидающего – это сущностное направление его деятельности, содержание которого выражается в предупреждении, выявлении и пресечении нарушения...». Таким образом, автор подчеркивает взаимосвязь правозащитной и правоохранительной форм государственной деятельности, эту взаимосвязь он видит при характеристике гарантий охраны достоинства личности в государстве созидающем.

Не вызывает сомнений то, что данная монография была бы неполной без понимания контроля и надзора как форм деятельности в государстве созидающем. Контрольно-надзорная форма рассматривается автором как деятельность системы компетентных государственных органов по установлению отклонений (ошибок, нарушений) в исполнении субъектами требований нормативных правовых актов (с. 340); им выделяются принципы контрольно-надзорной деятельности и виды контроля.

Итоговые, концептуальные, глубокие и критические суждения Е. Е. Тонкова относительно юридических форм деятельности государства созидающего имеют значение не только для науки теории государства и права, но и для отраслевых юридических наук, в числе которых можно выделить конституционное право, административное право, процессуальное право и др.

В монографии всесторонне, полно и объемно анализируются практически все существующие научные взгляды и обоснования правотворческой, провуправленческой, правоохранной и контрольно-надзорной форм деятельности в государстве созидающем. По замыслу Е. Е. Тонкова, государство созидающее рассматривается как государство, в котором вышеуказанные юридические формы деятельности эффективны, авторитетны, качественны, четко регламентированы правом.

Практически во всех частях научного труда автор монографии, рассматривая различные научные подходы к пониманию форм деятельности государства, весьма критически относится к современному состоянию правового регулирования, управленческой деятельности, наполненной возрастанием коррупции, правоохранной деятельности, где достоинство личности не имеет ценности. При этом сформировано представление о том, что «государство созидающее выводит общество на ... эффективный уровень развития, ... может выполнять интегративную функцию, способствовать сплочению населения...».

Полагаем, книга Е. Е. Тонкова о государстве созидающем как о векторе развития современной России найдет и своих сторонников, и своих оппонентов. Итоговые суждения автора о собственной теории и его критический подход к уже сформировавшимся понятиям в юридической науке, безусловно, будет способствовать развитию новейших направлений в изучении и поиске путей повышения качества форм юридической деятельности, которые будут в основе надлежащего публичного управления в государстве созидающем. Монография Е. Е. Тонкова, по нашему убеждению, вносит заметный вклад в развитие теории государства и форм его юридической деятельности. Внимательное прочтение книги или краткий обзор основных ее положений заставит читателя всерьез задуматься над анализируемыми в ней проблемами и, может быть, предпринять попытку участия как в теоретическом анализе государства созидающего, так и в вопросах практического применения правотворческой, провуправленческой, правоохранительной и контрольно-надзорной форм деятельности.

Рецензии

Воронежский государственный университет

Старилов Ю. Н., декан, заведующий кафедрой административного и административного процессуального права, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

E-mail: juristar@vmail.ru

Рогачева О. С., доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры административного и административного процессуального права

E-mail: olga_rogacheva@mail.ru

Voronezh State University

Starilov Yu. N., Dean, Head of the Administrative and Administrative Procedural Law Department, Doctor of Legal Sciences, Professor, Honoured Scientist of Russian Federation

E-mail: juristar@vmail.ru

Rogacheva O. S., Doctor of Legal Sciences, Associate Professor, Professor of the Administrative and Administrative Procedural Law Department

E-mail: olga_rogacheva@mail.ru

Требования к материалам, направляемым в редакционную коллегию журнала для опубликования

1. ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

1.1. К публикации принимаются материалы, содержащие результаты научных исследований, оформленные в виде полных статей, кратких сообщений, обзоров. В журнале могут быть опубликованы рецензии и материалы-обзоры проведенных научных конференций (форумов, семинаров).

1.2. Содержание присылаемых в редакционную коллегию журнала материалов и их оформление должно соответствовать установленным требованиям (см. сайт журнала: <http://www.vestnik.vsu.ru/content/pravo/>; <http://www.law.vsu.ru/science/publications/vestnik.html>).

1.3. Материалы необходимо представлять в редакционную коллегию по почте или по электронной почте. В случае если материал направляется в редакционную коллегию по почте, нужно прилагать электронный носитель, содержащий файл со статьей автора.

1.4. Подписанный автором (соавторами) текст публикации оформляется **одним файлом**, который содержит следующую информацию и структуру:

- индекс УДК;
- название статьи на русском и английском языках;
- инициалы и фамилия автора (соавторов);
- наименование образовательной, научной или иной организации, в которой автор (соавторы) работает (или занимает соответствующую должность);
- дата направления материала в редакцию журнала;
- аннотация статьи на русском и английском языках;
- ключевые слова на русском и английском языках;
- текст статьи;
- сведения об авторе (соавторах) на русском и английском языках с полным указанием фамилии, имени, отчества, ученой степени, ученого звания, основного места работы, занимаемой должности, номера (служебного, домашнего или мобильного) телефона, домашнего или служебного адреса, адреса электронной почты.

1.5. Для аспирантов и соискателей дополнительно необходимо прислать в редакцию журнала выписку из протокола заседания кафедры (сектора, подразделения организации) о рекомендации присланного материала к опубликованию в журнале или краткий отзыв научного руководителя с рекомендацией опубликования статьи.

1.6. Статьи, направляемые в редакцию, подлежат рецензированию, и в случае положительной рецензии – научному и контрольному редактированию.

1.7. Решение о публикации статьи принимается редакционной коллегией журнала.

1.8. Плата с авторов за публикацию статей не взимается.

2. ТРЕБОВАНИЯ К ОФОРМЛЕНИЮ МАТЕРИАЛОВ, НАПРАВЛЯЕМЫХ В РЕДАКЦИОННУЮ КОЛЛЕГИЮ ЖУРНАЛА ДЛЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ

2.1. Текст печатается в текстовом редакторе WinWord шрифтом Times New Roman 14-го кегля (размера) через 1,5 интервала.

2.2. Все поля на листе составляют по 2 сантиметра.

2.3. Объем статьи не должен превышать 16–18 страниц (к сведению: 22 страницы, или 40 000 знаков, включая пробелы и знаки препинания, составляют один печатный лист).

2.4. Сноски оформляются постранично. Нумерация – сквозная.

2.5. Правила оформления сносок – в соответствии с ГОСТом 7.0.5 – 2008 «Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления». Во избежание оши-

бок редакционная коллегия рекомендует авторам самостоятельно не сокращать сноски, всякий раз приводя полные сведения о цитируемом источнике.

2.6. Все страницы рукописи следует пронумеровать.

2.7. Наименования организаций, органов государственной власти, учреждений, международных организаций не сокращаются. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.

2.8. Все таблицы должны быть упомянуты в тексте. Каждая таблица печатается на отдельной странице и нумеруется соответственно первому упоминанию ее в тексте. Каждый столбец (колонка) должен иметь короткий заголовок (в нем могут быть использованы сокращения, аббревиатуры). Разъяснения терминов, аббревиатур помещаются в сноске (примечаниях), а не в названии таблиц. Для сноски применяется символ – *. Если используются данные из другого опубликованного или неопубликованного источника, то приводится полностью его название.

2.9. Схемы и диаграммы должны быть пронумерованы и представлены в виде отдельных файлов.

2.10. Иллюстрации (фотографии) могут быть черно-белыми и цветными, отсканированы с разрешением 300 точек на дюйм и сохранены в отдельном файле в формате tif или jpg.

3. РЕШЕНИЕ О ПУБЛИКАЦИИ И ОТКАЗ В ПУБЛИКАЦИИ

3.1. Автор, направляя в журнал текст статьи, обязуется до принятия решения о публикации не представлять идентичный материал другим печатным изданиям.

3.2. В случае если для принятия решения о публикации необходимы познания в узкой области юриспруденции, редакционная коллегия направляет статью для заключения специалистам или экспертам.

3.3. В отдельных случаях возможна доработка (улучшение качества) статьи автором по рекомендации редакционной коллегии. Статья, направленная автору на доработку, должна быть возвращена в исправленном виде вместе с ее первоначальным вариантом в максимально короткие сроки. К переработанной рукописи автору (соавторам) необходимо приложить письмо, содержащее ответы на сделанные редакцией замечания и поясняющее все произведенные в статье изменения.

3.4. Отказ в публикации возможен в случаях:

- несоответствия статьи профилю и специфике журнала;
- грубых нарушений, допущенных при цитировании, в том числе при ссылках на нормы права;
- несоответствия статьи критериям научного уровня и практической полезности;
- отрицательного заключения редакционной коллегии;
- опубликования статьи в иных изданиях или представления статьи для опубликования идентичных материалов в другие издания.

3.5. Рукописи, представленные для публикации, не возвращаются.

3.6. Мнение редакционной коллегии не всегда может совпадать с точкой зрения автора.

Requirements to the materials directed to an editorial board of the journal for publication

1. GENERAL PROVISIONS

1.1. To the publication the materials containing the results of scientific researches issued in the form of full articles, short messages, reviews are accepted. Reviews and materials reviews of the held scientific conferences (forums, seminars) can be published in the journal.

1.2. The content of the materials sent to the editorial board of the journal and their arrangement must conform to the established requirements (see website: <http://www.vestnik.vsu.ru/content/pravo/>; <http://www.law.vsu.ru/science/publications/vestnik.html>).

1.3. Materials should be sent to the editorial board by mail or by e-mail. In case material goes to an editorial board by mail, it is necessary to apply the electronic data storage device containing the file with the author's article.

1.4. The text of the publication signed by the author (coauthors) should be made out by **one file** which contains the following information and structure:

- UDC identifier;
- article heading in Russian and in English;
- author's (coauthors') initials and surnames;
- name of educational, scientific or other organization where the author (coauthors) works (or holds any appointment);
- date of directing materials to the editorial board of the journal;
- summary of the article in Russian and in English;
- key words in Russian and in English;
- text of article;
- data on the author (coauthors) in Russian and in English with the full indication of a surname, name, middle name, academic degree, academic status, primary place of employment, post, phone number (office, home or mobile), home or office addresses, e-mail.

1.5. For postgraduate students and degree-seeking students it is also necessary to send an extract from the minutes of chair (sector, division of the organization) about the recommendation of the sent material to publication in the journal or a short response of the research supervisor with the recommendation of publication of article to editorial board of the journal.

1.6. Articles sent to the editorial board shall be reviewed, and in case of the positive review – scientific and control correcting.

1.7. The decision on the publication of the article is made by the editorial board of the journal.

1.8. The publication of articles is free of charge.

381

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. 2019. № 3 (38)

Дата выхода в свет 27.09.2019

Ведущий редактор *Н. Н. Масленникова*
Электронная верстка *Е. Н. Попуга*

Формат 70×100/16.

Уч.-изд. л. 30,4. Усл. п. л. 31,0. Тираж 150 экз. Заказ 485

Издательский дом ВГУ
394018 Воронеж, пл. Ленина, 10
Отпечатано в типографии Издательского дома ВГУ
394018 Воронеж, ул. Пушкинская, 3